



# Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca del COVID

Quaderno 4



*Volume a cura di Antonella Ciriello, componente del Comitato direttivo e Massimiliano Delfino, professore ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Napoli Federico II*

*Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano*



*Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:*  
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2021  
ISBN 9791280600028

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.  
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori*



# Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca del COVID

Quaderno 4



## La Scuola e la collana dei Quaderni

*La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).*

*In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).*

*Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.*

*Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.*

*Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.*

*La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.*

*La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.*

*La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.*

*I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.*



## INDICE

Presentazione .....	9
<b>Adalberto Perulli</b>	
Salute e sicurezza, Cassa integrazione, gestione dei livelli occupazionali, blocco dei licenziamenti .....	11
<b>Massimiliano Delfino</b>	
Lo stato d'emergenza e le misure in tema di sospensione dal lavoro al tempo del Covid-19 .....	43
<b>Chiara Colosimo</b>	
Sul potere di controllo nel rapporto di lavoro subordinato .....	53
<b>Maria Teresa Carinci</b>	
I "controlli difensivi" nell'art. 4 St. Lav. prima e dopo il <i>Jobs act</i> : finalità ammesse e vietate .....	93
<b>Vincenzo Di Cerbo</b>	
Diritti e obblighi nella risoluzione del rapporto di lavoro .....	107
<b>Umberto Gargiulo</b>	
Assestamenti, contraddizioni e questioni aperte in tema di esercizio del potere nel licenziamento disciplinare .....	123
<b>Maria Luisa Vallauri</b>	
Il diritto al lavoro agile .....	145
<b>Lorenzo Zoppoli</b>	
Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane? .....	157
<b>Annalisa Di Paolantonio</b>	
Il lavoro agile nel pubblico impiego .....	183
<b>Laura Tomasi</b>	
Focus sui diritti e gli obblighi del lavoratore pubblico al tempo del Covid-19 .....	197



## Presentazione

1. Il presente volume comprende alcuni contributi raccolti a valle del corso della Scuola Superiore della Magistratura che si è tenuto a distanza dal 25 al 27 novembre 2020. Non si tratta della mera riproposizione delle relazioni svolte allora perché quasi tutti i contributi sono stati rielaborati e/o aggiornati. Il corso aveva ad oggetto “*Le obbligazioni del lavoratore dall’assunzione alla risoluzione del rapporto*” e, come si può vedere, nel titolo non c’è alcun riferimento alla pandemia da Covid-19 ma soltanto perché il corso era stato progettato circa un anno prima. Naturalmente ciò non significa che dell’emergenza sanitaria non si sia tenuto conto, anzi molti dei contributi presentano approfondimenti in materia.

L’impostazione degli scritti parte dal presupposto che il contratto di lavoro si caratterizza per la presenza di una pluralità di obbligazioni a carico del datore e del lavoratore. In capo al lavoratore, a seguito della stipula del contratto, sorge l’obbligazione principale di eseguire la prestazione lavorativa, sottostando, entro i limiti previsti dalla legge e dai contratti collettivi, al potere direttivo, al potere di controllo e al potere disciplinare del datore di lavoro. Com’è noto, sul lavoratore gravano altri doveri ed obblighi contemplati dal codice civile, quali il dovere di diligenza e il dovere di obbedienza (entrambi disciplinati dall’articolo 2104 c.c.) e l’obbligo di fedeltà (di cui all’articolo 2105 c.c.). Inoltre, ai sensi del Testo unico in materia di sicurezza sui luoghi del lavoro, il lavoratore è sottoposto al dovere di cooperazione con il datore di lavoro.

Il corso si è proposto di approfondire le specificità delle obbligazioni del lavoratore, da leggersi in combinato anche con l’esame di condotte extra lavorative che possono aver impatto sul rapporto di fiducia con il datore di lavoro, tanto da legittimare anche l’irrogazione di atti espulsivi.

2. I temi trattati sono diversi. Il volume si apre con i contributi di Adalberto Perulli e Massimiliano Delfino che sono quelli di carattere più generale e strettamente collegati alla pandemia, occupandosi di salute e sicurezza, cassa integrazione, gestione dei livelli occupazionali, blocco dei licenziamenti, il primo, e di stato d’emergenza e misure in tema di sospensione dal lavoro al tempo del Covid-19, il secondo.

Di potere di controllo si occupano gli scritti di Chiara Colosimo e Maria Teresa Carinci, nella prospettiva, rispettivamente, della nuova disciplina dei controlli nel rapporto di lavoro subordinato e dei “controlli difensivi” nell’art. 4 St. lav. prima e dopo il *Jobs Act*.

Il contributo di Vincenzo Di Cerbo ha ad oggetto i diritti e gli obblighi dei lavoratori nella risoluzione del rapporto di lavoro ed è seguito da quello di Umberto Gargiulo sulle questioni risolte e irrisolte in materia di licenziamento disciplinare.

Gli scritti di Maria Luisa Vallauri, Lorenzo Zoppoli e Annalisa Di Paolantonio si concentrano, invece, sulla fattispecie maggiormente al centro dell'attenzione nell'emergenza sanitaria, il lavoro agile, analizzato, nel primo caso, nella prospettiva della conciliazione tempi di vita/tempi di lavoro e, negli altri due, sul versante delle pubbliche amministrazioni. Sempre al settore pubblico e, più specificamente, ai diritti e agli obblighi dei lavoratori al tempo della pandemia, è dedicato l'ultimo contributo, a firma di Laura Tomasi.

I nostri ringraziamenti vanno a Paola Vagnoli e ad Andrea Cantoro per la gestione amministrativa e informatica del corso e a Ilaria Esposito, per il lavoro redazionale svolto nella preparazione di questo volume.

Antonella Ciriello e Massimiliano Delfino

## Salute e sicurezza, Cassa integrazione, gestione dei livelli occupazionali, blocco dei licenziamenti

SOMMARIO: 1. Con riferimento alla salute e sicurezza. – 2. Il Protocollo condiviso tra le parti sociali – 3. Il Protocollo e gli art. 2087 c.c. e 2, decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. – 4. Il Protocollo e i suoi richiami negli atti dell'Esecutivo. – 5. Il Protocollo e ruolo delle Regioni. – 6. Le integrazioni al Protocollo. – 7. La salute e sicurezza sul lavoro, oltre la subordinazione. – 8. Cassa integrazione guadagni e ammortizzatori sociali. – 9. La gestione concordata dei livelli occupazionali. – 10. La sospensione dei licenziamenti per motivo economico e la tutela costituzionale del lavoro. – 11. Il contemperamento tra valori. – 12. Altri profili del bilanciamento e spunti di comparazione. – 13. L'accordo sindacale che “autorizza” la risoluzione del rapporto di lavoro. – 14. Politiche attive del lavoro e ridisegno organizzativo.

### 1. La salute e sicurezza

L'obiettivo di contemperare la ripresa delle attività produttive con l'esigenza di assicurare l'integrità psico-fisica dei dipendenti è il compito di un “diritto dell'emergenza sanitaria”, in cui le parti sociali giocano un ruolo essenziale nel progettare, attuare e monitorare un'efficace attività di prevenzione e protezione, per evitare che la ripartenza economica non si traduca in una ulteriore crisi epidemiologica, questa volta concentrata nei luoghi di lavoro.

Benché i presidi sanitari e organizzativi a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori costituiscano, in linea di principio, norme di ordine pubblico, il modello seguito dal legislatore si basa su un inedito intreccio di fonti non legislative, vale a dire provvedimenti amministrativi (d.p.c.m.), e, soprattutto, disposizioni dell'autonomia collettiva.

In tal modo, il governo italiano ha rilanciato la funzione regolativa delle parti sociali, riattivando prassi di concertazione da tempo assopite, peraltro fornendo ai prodotti negoziali un'inedita valenza normativa diretta, di carattere generale.

## 2. Il Protocollo condiviso tra le parti sociali

Il meccanismo del diritto emergenziale è stato attivato dal legislatore con una serie di decreti riguardanti vari profili dei rapporti di lavoro e della sicurezza (4 marzo, 8 marzo e, 11 marzo 2020 (art. 1), 22 marzo (art. 1 comma 3), 17 marzo n. 18 (art. 16) e 25 marzo n. 19), mediante i quali l'Esecutivo, con riferimento ad una serie di rilevanti materie (lavoro agile, ferie e congedi, sospensione attività di reparti aziendali, spostamenti all'interno dei siti, protocolli di sicurezza anti-contagio, adozione strumenti di protezione individuale, operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro), ha stabilito che "si favoriscono intese tra organizzazioni datoriali e sindacali" (art. 1, comma 9, d.p.c.m. 11 marzo 2020).

Le indicazioni contenute nel d.p.c.m. 11 marzo, sono infatti state recepite e tradotte in termini operativi dalle parti sociali, che hanno stipulato il "*Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*", del 14 marzo 2020. Tale accordo, sottoscritto dalle principali Confederazioni sindacali e datoriali, ha aperto la strada ad altri accordi integrativi, con riferimento a specifiche categorie produttive, come 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.

Il Protocollo del 14 marzo parte dall'importante premessa assiologica secondo la quale "*La prosecuzione delle attività produttive può avvenire solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione*". L'obiettivo prioritario dichiarato dalle parti sociali è quindi la tutela della salute dei lavoratori, tanto che si afferma espressamente che "*Nell'ambito di tale obiettivo, si può prevedere anche la riduzione o la sospensione temporanea delle attività*". In tal modo, posto l'obiettivo prioritario di "*coniugare la prosecuzione delle attività produttive con la garanzia di condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro e delle modalità lavorative*", il Protocollo attiva a sua volta ulteriori meccanismi di valorizzazione delle relazioni industriali quali "*il confronto preventivo con le rappresentanze sindacali presenti nei luoghi di lavoro*", e per le piccole imprese "*le rappresentanze territoriali come previsto dagli accordi interconfederali*", al fine di rendere condivisa ogni misura adottata "*e resa più efficace dal contributo di esperienza delle persone che lavorano, in particolare degli RLS e degli RLST, tenendo conto della specificità di ogni singola realtà produttiva e delle situazioni territoriali*".

Per quanto concerne il contenuto, poi, il contributo delle parti sociali si dipana su due fronti:

- da un lato, che riguarda propriamente la dimensione organizzativa del lavoro, il Protocollo garantisce la possibilità di ricorrere agli ammortizzatori sociali nel caso in cui, al fine di mettere in sicurezza i lavoratori e i luoghi di lavoro, sia necessario sospendere temporaneamente le attività produttive;

– dall'altro lato, che attiene soprattutto ai profili sanitari della sicurezza in senso stretto, il Protocollo prevede analiticamente alcune misure per la riorganizzazione all'interno di ambienti di lavoro salubri e sicuri.

Ispirato dal principio di precauzione, il documento perfezionato dalle parti sociali fornisce indicazioni operative con l'obiettivo di potenziare nei luoghi di lavoro le misure adottate per il contenimento del rischio biologico generico; si aggiunge pertanto alle disposizioni di cui al d.p.c.m. 11 marzo 2020 e deve essere integrato con eventuali misure aggiuntive legate alla peculiarità del sito produttivo previa consultazione con le rappresentanze sindacali.

Sul piano contenutistico il Protocollo si suddivide in tredici misure operative specifiche, disciplinando anzitutto le modalità di informazione più idonee che l'azienda è chiamata ad adottare per portare a conoscenza i lavoratori (e chiunque si trovi ad entrare nei locali aziendali) le disposizioni adottate dalle autorità e le modalità di ingresso nei locali medesimi, anche dei fornitori esterni.

Il Protocollo dedica poi particolare attenzione alle precauzioni igieniche personali che le persone presenti in azienda devono obbligatoriamente seguire, così come alla necessità di assicurare la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica di tutti i locali aziendali, sia delle singole postazioni di lavoro sia delle aree comuni. Viene ribadita l'importanza e la necessità dell'utilizzo dei dispositivi di protezione individuale.

Un ulteriore capitolo è dedicato alla gestione degli spazi interni con l'obiettivo di contingentare le presenze in quelli comuni e di favorire la chiusura di quelli non necessari: laddove possibile, infatti, la modalità di esecuzione della prestazione in *smart working* sostituisce quella in presenza e si interviene sui turni nei reparti in cui la produzione non si ferma per ridurre i contatti tra lavoratori.

Il Protocollo prescrive la sospensione o l'annullamento delle attività di formazione e degli eventi non caratterizzati da necessità e urgenza; non viene invece sospesa la sorveglianza sanitaria periodica, in quanto strumento di prevenzione contro la diffusione del virus. È prevista infine una procedura specifica per la gestione di un lavoratore in azienda che si scopra sintomatico.

### 3. Il Protocollo e gli art. 2087 c.c. e 2, decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81

Il rinvio all'autonomia collettiva, si snoda attraverso molteplici meccanismi riflessivi, che risolvono i problemi di efficacia e vincolatività delle misure emergenziali previste dalle parti sociali, altrimenti sprovviste di una solida base giuridica. Nel caso di specie, è possibile individuare ben tre congegni di normatività, il primo dei quali è costituito dalla vincolatività del rispetto delle norme del Protocollo condiviso, in quanto direttamente riconducibili al generale obbligo di

sicurezza che incombe sul datore di lavoro *ex art.* 2087 c.c. (“norma di chiusura” del sistema ed espressione del principio della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”).

L’art. 2087 c.c. può essere riguardato come un dispositivo riflessivo, nella misura in cui, rinviando all’esperienza e alla tecnica, funge da quadro esterno, rigido nei suoi confini ultimi ma elastico al suo interno. Di conseguenza la disciplina collettiva contenuta nel Protocollo *riflette* l’art. 2087 c.c. nella sua dimensione di disciplina dinamicamente radicata nell’esperienza e nella tecnica, che a sua volta *si riflette* nella disciplina collettiva, consentendole di concorrere ad individuare le misure di sicurezza “effettivamente dovute” in quanto “oggettivamente positivate” dalla normativa emergenziale.

Lo stesso meccanismo riflessivo vale, a ben vedere, per le fonti integrative degli obblighi previsti dal d.lgs. n. 81/2008, come le “buone prassi” e “linee guida” (art. 2, comma 1) con la conseguenza che la rilevata carenza dei “requisiti formali” per assicurare pienamente al rango di misure legislative di prevenzione è del tutto superabile in ragione del meccanismo riflessivo, assumendo in tal modo carattere di doverosità per le aziende, quali regole cautelari “minime” da adottare, sia pure con alcuni margini di discrezionalità organizzativa.

#### 4. Il Protocollo e i suoi richiami negli atti dell’Esecutivo

Il secondo meccanismo di normatività riguarda la dinamica istituzionale con cui il Protocollo è stato recepito dal sistema giuridico generale attraverso una serie di atti che hanno visto la partecipazione attiva dell’Esecutivo, con la conseguenza che quel prodotto dell’autonomia negoziale privata ha acquisito una “potestà *lato sensu* normativa” in vista di finalità di tutela dell’interesse pubblico generale.

Infatti, una successione di attività procedurali successive alla stipula del Protocollo ne hanno chiaramente rafforzato la centralità in termini di estensione della sua efficacia soggettiva ed effettività. Ci si riferisce, in particolare, all’art. 1, comma 3, del d.p.c.m. del 22 marzo 2020, laddove statuisce che “*Le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali*”, nonché all’art 1, comma 2, del d.-l. 19 del 2020 che rinvia alle “raccomandazioni” *ex art.* 1, numero 7), del d.p.c.m. dell’11 marzo 2020 ed ai “protocolli di sicurezza anti-contagio”.

Ma non basta, perché tra le misure previste dall’art. 1 del decreto-legge 25

marzo 2020, n. 19, per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, sono annoverati anche “*protocolli di sicurezza anti-contagio, con adozione di strumenti di protezione individuale*” (art. 2, lett. z) e gg)), onde può sostenersi che in forza del rinvio “originario” agli accordi tra le parti sociali di cui art. 1, comma 9, d.p.c.m. 11 marzo 2020, il Protocollo sia qualificabile come una delle “*misure*” previste dal legislatore, e che tali *misure* siano assistite dall’apparato sanzionatorio di cui all’art. 4, tra cui anche la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell’esercizio o dell’attività da 5 a 30 giorni. Infine, l’art. 2, comma 10, d.p.c.m. del 10 aprile 2020 ribadisce che “*Le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo fra il Governo e le parti sociali*”. Il Protocollo è stato da ultimo richiamato più volte, assieme a quelli settoriali, anche nel discorso alla Nazione del Presidente del Consiglio Conte del 26 Aprile, il cui rispetto, nelle parole del Capo del Governo, assurge a condizione necessaria per la ripresa delle attività produttive a partire del 4 maggio.

## 5. Il Protocollo e ruolo delle Regioni

Il terzo meccanismo di normatività riguarda il ruolo svolto dalle Regioni, che a loro volta hanno variamente promosso l’implementazione del Protocollo nazionale, non solo adattandolo rispetto al tessuto produttivo e alle specificità territoriali, ma anche fornendo un ulteriore supporto di normatività alla regolazione di fonte collettiva.

Le Regioni, invero, hanno fornito risposte diversificate nell’implementazione del Protocollo nazionale, limitandosi alcune a coinvolgere le Parti sociali per la definizione gli accordi quadro per la concessione della cassa integrazione in deroga, ai sensi dell’art. 22 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18; altre, invece, a interessare le Organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali anche nella redazione di disposizione integrative o di veri e propri protocolli aggiuntivi a quello nazionale.

Il caso più interessante, sotto questo profilo, è rappresentato dalla *Regione del Veneto*, la quale, in accordo con le Parti sociali, ha ritenuto, tramite un Accordo sottoscritto il 14 marzo 2020, di adottare il Protocollo nazionale in maniera “*generale, tassativa ed immediata in tutto il tessuto produttivo veneto*”, ritenendo prioritario garantire la salute e sicurezza di ciascun lavoratore per evitare il rischio di contagio. Le Parti hanno sottoscritto l’impegno a dare la massima diffusione al Protocollo, a monitorarne l’applicazione, a supportare le imprese

nella sua applicazione con spirito di massima collaborazione, a valorizzare il Protocollo anche attraverso gli organismi paritetici bilaterali di settore per i compiti loro spettanti ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2008. La Regione Veneto, da parte sua, si è impegnata, per quanto di sua competenza, a favorire, supportare e vigilare sull'applicazione delle misure di prevenzione e di tutela della salute e sicurezza. In particolare, i Dipartimenti di Prevenzione e i Servizi Prevenzione, Igiene e Sicurezza negli Ambienti di Lavoro (SPISAL) raccoglieranno e valuteranno le segnalazioni anche al fine di dare informazioni, istruzioni e indicazioni ovvero collaborare con le autorità pubbliche competenti al fine di supportare e vigilare sulla corretta applicazione delle misure di prevenzione. In tale ambito, inoltre, gli SPISAL diffonderanno, attraverso i canali istituzionali, indirizzi operativi al fine di promuovere l'adozione delle misure di prevenzione in maniera omogenea sull'intero territorio regionale. Le parti firmatarie si impegnano, infine, a monitorare l'attuazione dell'accordo e a valorizzarlo anche per il tramite degli organismi paritetici bilaterali di settore.

Ma non è tutto, perché la Giunta regionale (con delibera la n. 346 del 17 marzo 2020) ha *ratificato* l'accordo sottoscritto dalle Parti sociali, recependolo in un allegato che – si legge nella delibera – costituisce “*parte integrale e sostanziale del presente provvedimento, che mira a tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro per tutta la durata dell'emergenza epidemiologica*”. La ratifica dell'accordo, in relazione a quanto disposto dall'articolo 1 del d.lgs. n. 81/2008, che identifica nella materia della sicurezza sul lavoro un ambito di competenza legislativa delle Regioni e Province autonome (con esercizio del potere sostitutivo dello Stato con carattere di cedevolezza), rappresenta quindi un ulteriore veicolo di giuridificazione riflessiva dei prodotti dell'autonomia collettiva.

La necessità di una collaborazione stretta e sinergica con le parti sociali al fine di declinare efficacemente il Protocollo nazionale nei diversi ambiti territoriali ha guidato l'azione di altre regioni italiane. La Regione Sicilia ha incorporato e adottato interamente il Protocollo nazionale del 14 marzo 2020 in un Protocollo sottoscritto tra Regione e Parti Sociali onde condividere e fornire ulteriori indicazioni operative per il contrasto e contenimento del Covid-19 negli ambienti di lavoro che si aggiungono, aggiornandole, a quelle di cui all'Ordinanza del presidente della Regione n. 5 del 13 marzo 2020. Il Protocollo si rivolge a tutti i datori – che provvederanno conseguentemente ad aggiornare il documento di valutazione dei rischi – che dovranno collaborare per la creazione di una *task force* aziendale – composta dai responsabili aziendali, RSPP, dal Medico competente, dai Preposti, da RLS/RLST, rappresentanze sindacali aziendali – con l'obiettivo di dar applicazione alle disposizioni di cui al Protocollo e monitorare l'evoluzione dell'emergenza. Riprende poi il contenuto del Protocollo nazionale,

aggiungendo un allegato con informative specifiche da posizionare su tutti gli accessi agli ambienti di lavoro.

## 6. Le integrazioni al Protocollo

In data 24 aprile, con l'approssimarsi dell'inizio della c.d. Fase 2 per il contenimento dell'emergenza sanitaria, il Governo e le Parti sociali hanno provveduto a integrare il Protocollo nazionale sottoscritto lo scorso 14 marzo. Dopo avere preliminarmente ribadito che l'obiettivo precipuo è quello di garantire il proseguimento delle attività produttive in contesti lavorativi sicuri e salubri, il Protocollo aggiunge ai 13 punti già individuati, misure per affrontare la nuova e imminente fase, nell'ottica di una ripartenza graduale che si allargherà a partire dal 27 aprile a un numero sempre maggiore di settori produttivi.

Ogni azienda si impegna innanzitutto a informare adeguatamente i lavoratori sulle misure generali adottate per prevenire la diffusione del contagio e sul corretto uso dei dispositivi individuali anche in base alle mansioni e ai contesti lavorativi specifici. Indipendentemente dalla mansione, si prevede che tutti i lavoratori che condividono spazi comuni indossino una mascherina chirurgica. Nelle aziende collocate nei territori maggiormente colpiti dal COVID-19 o nelle quali si sono registrati casi sospetti, oltre alle pulizie ordinarie, deve essere disposta una sanificazione straordinaria dei locali (aree comuni e singole postazioni di lavoro).

Per quanto riguarda le modalità di ingresso in azienda, qualora un lavoratore sia risultato positivo al COVID-19 dovrà far precedere il suo ritorno all'interno dei locali da una certificazione medica che attesti la "avvenuta negativizzazione" del tampone sulla base delle procedure previste dal dipartimento di prevenzione locale territorialmente competente; il datore collaborerà con le autorità sanitarie competenti qualora, per prevenire l'insorgere di ulteriori focolai nelle zone più colpite dal virus, verranno disposte misure aggiuntive e ulteriori come il tampone per i lavoratori.

Le aziende committenti dovranno dare debita informazione alle imprese appaltatrici sui protocolli aziendali che verranno adottati e vigilare sul loro rispetto; qualora un lavoratore di una appaltatrice dovesse risultare positivo ad un tampone, l'appaltatore, informato tempestivamente il committente, dovrà collaborare con questo e con l'autorità sanitaria per risalire e individuare i lavoratori che potrebbero aver avuto con il contagiato stretti contatti.

Anche nella cd. Fase 2, si continua a sostenere il lavoro a distanza in quanto "*utile e modulabile strumento di prevenzione*", che richiede, però, un adeguato supporto da parte del datore circa la strumentazione da fornire al lavoratore e l'organizzazione del lavoro; è necessario rimodulare gli spazi nei locali aziendali

per garantire il rispetto del distanziamento sociale, anche riposizionando le postazioni e riorganizzando i turni, aspetto che si lega alla necessità di evitare assembramenti eccessivi in fase di spostamento per raggiungere o lasciare il posto di lavoro, in particolare sui mezzi pubblici.

Il capitolo dedicato alla sorveglianza sanitaria è stato massicciamente integrato, al fine di potenziare la lotta alla diffusione e il contenimento del virus.

Nel rispetto della privacy, il medico competente applica le indicazioni dell'Autorità sanitaria, potendo altresì collaborare e suggerire mezzi diagnostici diversi e ulteriori per la lotta al contagio; segnala anche all'azienda patologie pregresse o situazioni di fragilità, dettate ad esempio dall'età, dei lavoratori, affinché possano essere efficacemente monitorate; viene inoltre coinvolto nel momento in cui un lavoratore che sia stato contagiato riprenda la sua normale attività lavorativa: in tal caso, dopo aver certificato l'avvenuta negativizzazione del tampone secondo le procedure previste dal dipartimento di prevenzione territoriale di competenza, effettuerà, precedentemente alla ripresa del lavoro, una visita per verificare l'idoneità alla mansione, anche al fine di valutare profili specifici di rischiosità.

Da ultimo, in relazione alla costituzione di un Comitato aziendale per l'applicazione e la verifica del Protocollo, qualora un'azienda non lo dovesse costituire – per la specificità dell'impresa o del sistema di relazioni sindacali – sarà costituito un Comitato Territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza con il coinvolgimento anche di parti sociali e RLST.

## 7. La salute e sicurezza sul lavoro, oltre la sfera della subordinazione

La pandemia ha rilanciato con forza il tema della sicurezza sui luoghi di lavoro, sia nell'ambito dell'impresa tradizionale sia con riferimento ai nuovi settori dell'economia digitale in cui operano le piattaforme. Richiamare le imprese alla responsabilità sociale di assicurare l'integrità psico-fisica dei dipendenti è parte essenziale di una strategia di valorizzazione del lavoro che, partendo dall'emergenza, individui i punti focali su cui sviluppare un'azione normativa. Il dato emergenziale emerge chiaramente dai dati dell'Ufficio Studi dell'INPS che, con riferimento al periodo di *lockdown*, mettono a confronto le aree a maggior densità di imprese attive nei cosiddetti settori essenziali, e per questo non interessati alla chiusura, e le aree in cui tale densità è minore. Ebbene da tali dati si evince chiaramente che a seguito dei provvedimenti governativi le provincie con una maggiore quota di rapporti di lavoro nei settori essenziali hanno registrato una crescita nel numero dei contagiati, con un impatto di circa il 25% della media. Ciò dimostra che, sebbene il rischio biologico Covid-19 non sia strettamente aziendale (salvo ovviamente il settore delle aziende sanitarie), ma esterno e ge-

nerale, si trasforma in rischio interno per i lavoratori che possono essere esposti e di conseguenza va valutato come rischio anche aziendale e in questo senso rischio specifico. Le imprese dovrebbero, di conseguenza, rivedere il proprio documento di valutazione dei rischi, aggiornandolo in funzione del rischio Covid-19 sulla base dei dati oggettivi e dei profili soggettivi dei lavoratori.

Anche in materia di sicurezza del lavoro ritorna con forza l'esigenza di una maggiore universalità di tutela oltre la dicotomia subordinazione/autonomia. In questa prospettiva si dovrebbe rivedere l'interpretazione, se non anche l'assetto, delle norme del t.u. in punto di distinzione selettiva tra subordinato e autonomo. È evidente che il t.u. prevede alcune misure assai deboli a tutela del lavoro autonomo: 1. l'obbligo di utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di legge, 2. munirsi di dispositivi di protezione individuale, 3. di beneficiare, a proprie spese però, della sorveglianza sanitaria e 4. di partecipare a corsi di formazione specifici in materia di salute e sicurezza sul lavoro, incentrati sui rischi propri delle attività svolte. Queste tutele sono inadeguate di fronte ai cambiamenti del mercato del lavoro e in particolare all'emersione di forme di lavoro autonomo tramite piattaforma digitale. Non è più sufficiente estendere le tutele nei confronti dei collaboratori coordinati e continuativi di cui all'articolo 409, primo comma, n. 3, del Codice di procedura civile", solo laddove la prestazione lavorativa si svolga *nei luoghi di lavoro del committente*" (come statuisce l'art. 3, comma 7, del t.u.). Questa previsione esclude la tutela integrale per i collaboratori "esterni", quali, in particolare, i lavoratori autonomi che operano tramite piattaforma digitale e svolgono la loro attività al di fuori dei "locali aziendali"; a questi lavoratori residuerebbe solo la possibilità di applicare l'insoddisfacente disciplina prevista per i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'articolo 2222 del Codice civile (art. 24).

È a causa di questa insufficiente quadro regolativo che il legislatore, con la legge 2 novembre 2019, n. 128, ha introdotto una tutela minima per i *riders* autonomi, così come prevista dall'art. 47 *septies*. Tale normativa, in quanto speciale, deve intendersi come un *rinvio integrale* al t.u., e non alla sola norma dedicata al lavoro autonomo, e ciò a prescindere dalla questione della (in)sussistenza nella fattispecie del requisito normalmente previsto per l'applicazione dell'intero t.u. al lavoro parasubordinato (e cioè, come si è detto, la circostanza che la prestazione si svolga *nei luoghi di lavoro del committente*: art. 3, comma 7). È stata tuttavia sostenuta in dottrina un'interpretazione più restrittiva, volta a limitare l'estensione della disciplina del t.u., con la conseguenza di limitare l'obbligo del committente alla sola assunzione delle spese per l'organizzazione dei presidi previsti dall'art. 21 per i lavoratori autonomi di cui all'art. 2222 c.c. (formazione e la sorveglianza sanitaria). Di conseguenza l'obbligo di prevenzione e sicurezza non riguarderebbe la fornitura delle idonee attrezzature di lavoro ed i dispositivi

di protezione individuale che essi debbono utilizzare; i lavoratori autonomi delle piattaforme inoltre non avrebbero accesso ad altri diritti di sicurezza, come quelli relativi all'informazione e alla valutazione dei rischi preventivabili in relazione alla concreta modalità di esecuzione della prestazione.

Una tale interpretazione restrittiva è contraria alla lettera e alla *ratio* della legge, ai sensi della quale “il committente che utilizza la piattaforma anche digitale è tenuto nei confronti dei lavoratori di cui al comma 1, a propria cura e spese, *al rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*”, quindi, *all'integrale rispetto del decreto*. Se l'intenzione del legislatore fosse stata di limitare l'obbligo del committente alla sola sfera dell'art. 21, la norma sarebbe stata formulata diversamente, riferendosi *espressamente* a tale specifica norma del T.U., senza imporre, con formula generale, il “rispetto del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”.

Inoltre, l'art. 21 si riferisce espressamente ai lavoratori autonomi che realizzano un'opera o un servizio ai sensi dell'art. 2222 c.c., mentre l'art. 47 *septies* riguarda una peculiare e specifica categoria di lavoratori autonomi, i *riders* appunto, che non sono inquadrabili nello schema dell'art. 2222 c.c., ma presentano una fisionomia del tutto particolare, tanto che il legislatore, nel fornire loro una disciplina *ad hoc*, ha innanzitutto fatto salvo il loro inquadramento come prestatori *etero-organizzati ex art. 2, co. 1*, disponendo in ogni caso una regolamentazione minima. Questi lavoratori autonomi “speciali” sarebbero ingiustamente discriminati rispetto ai collaboratori che svolgono la prestazione *nei luoghi di lavoro del committente*, e che in ragione dell'art. 3, comma 7, hanno diritto all'applicazione integrale del t.u., posto che con quei collaboratori condividono elementi di status, di debolezza economica e di dipendenza economica.

Del resto, sarebbe incongruo limitare la previsione dell'art. 47 *septies* al solo obbligo per il committente di sostenere le spese di formazione e di sorveglianza sanitaria, senza porre a carico del committente anche ulteriori obbligazioni, considerata la peculiare natura, forma organizzativa e struttura operativa dell'impresa-piattaforma, la quale non “esternalizza” il lavoro come avviene nei normali processi produttivi secondo i criteri dell'*outsourcing* o del decentramento produttivo, ma, al contrario, “internalizza” all'interno del proprio peculiare processo produttivo i lavoratori autonomi: i quali, pur non svolgendo la propria attività all'interno di un perimetro fisso costituito da uffici, locali o stabilimenti in senso fisico, operano pur sempre “*nei luoghi di lavoro del committente*”, intesi, questi, come i “luoghi” in cui si svolge la produzione del committente, una produzione del tutto indipendente dall'esistenza di un luogo fisico di stabilimento.

Questa ricostruzione è coerente non solo con le caratteristiche del ciclo produttivo che connota questo segmento di attività d'impresa, *ma anche con la nozione giuridica di piattaforma* posta dal legislatore, il quale ha precisato come le

piattaforme, “*indipendentemente dal luogo di stabilimento*”, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione.

La tesi qui sostenuta ha trovato le prime conferme giurisprudenziali durante l'emergenza Covid-19. In particolare, i tribunali di Bologna e di Firenze hanno imputato alle piattaforme il mancato rispetto dell'art. 71 del t.u. in tema di dispositivi di protezione individuale, ordinando la consegna dei dispositivi di protezione individuale contro il rischio di contrarre la malattia da Covid-19 (mascherina protettiva, guanti monouso, disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia dello zaino), interpretando quindi il disposto come norma che estende ai *riders* autonomi l'intero d.lgs. n. 81/2008, e non il solo art. 21.

Il lavoro autonomo, nelle sue diverse forme giuridiche, è sempre più un lavoro integrato nei processi produttivi, ma i processi produttivi sono sempre meno materiali e identificabili in un ciclo produttivo che si sviluppa entro coordinate spaziali definite. Nel caso del lavoro tramite piattaforma il legislatore ha opportunamente previsto l'estensione integrale del t.u. Ma *quid* per altre attività di lavoro autonomo, continuative o anche solo occasionali, che non si svolgono nei luoghi di lavoro del committente, ma sono pur sempre a vario titolo funzionalmente inserite nell'organizzazione dello stesso committente? La distinzione tra collaboratori interni ed esterni al luogo di lavoro, è sempre meno appagante, come dimostra la questione dei *collaboratori misti* che operano in parte nei luoghi di lavoro in parte fuori: si pensi ai collaboratori informatici o i collaboratori che svolgono attività di promozione e vendita di prodotti, per i quali le tutele antiinfortunistiche si applicherebbero solo nelle fasi di lavoro svolte all'interno della sede aziendale.

Recuperare il significato più ampio di lavoratore, quello dell'art. 2, comma 1, lett. a, del t.u. “persona che indipendentemente dalla tipologia contrattuale svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione.

## 8. Cassa integrazione guadagni e ammortizzatori sociali

L'emergenza Covid ha messo a nudo una peculiare criticità per quanto concerne la tutela del reddito e la protezione sociale nella fase di sospensione del rapporto di lavoro, determinando una spinta verso un nuovo assetto di tutele, più universalistico e selettivamente adeguato ai mutamenti del mercato del lavoro, che hanno per molti relativizzato la distinzione tra subordinazione e autonomia come ragionevole discriminare per l'applicazione delle tutele sociali.

Il legislatore ha creato una nuova causa integrabile (“emergenza covid-19”) e ne ha promosso l’impiego anche in funzione di tutela della salute, come previsto dal Protocollo condiviso tra le parti sociali. Si è così determinata una vera e propria stratificazione di decreti riguardanti la cassa integrazione (Decreto Cura Italia, Decreto Rilancio, Decreto Agosto, Decreto Ristori uno e bis). Nella sostanza il legislatore ha operato secondo tre linee di intervento:

1. una nuova cassa ordinaria anche per imprese che stanno già usando CIGS;
2. un rafforzamento del fondo di integrazione salariale per aziende con più di 5 dipendenti escluse dalla CIGO, anche per chi utilizza assegni di solidarietà;
3. estensione della Cassa integrazione in deroga per le aziende non coperte dalle misure precedenti, quindi senza limitazioni legate al numero dei dipendenti.

Il legislatore ha inoltre snellito le procedure di informazione e consultazione sindacale, che possono essere svolte in via telematica e devono concludersi entro 3 gg dalla comunicazione.

Da ultimo, il Decreto Ristori bis ha esteso la platea della nuova CIGO anche ai lavoratori assunti dopo il 13 luglio 2020 e in forza al 9 novembre 2020, e ha esteso il limite temporale prevedendo 6 nuove settimane nel periodo ricompreso dal 16 novembre al 31 gennaio.

In linea generale, e guardando anche oltre l’emergenza, è necessario pensare in modo strutturale a *nuove forme di protezione sociale* e, quindi, alla riforma di un sistema che, in questa crisi pandemica, ha dimostrato evidenti limiti.

Da una parte la frammentazione degli istituti di protezione sociale crea una situazione di incertezza difficilmente gestibile, anche sul piano operativo, foriera di complicazioni e ritardi nell’intervento e nell’erogazione delle risorse: ben 14 strumenti diversi di “ammortizzatori sociali”, con requisiti, tempistiche, attori istituzionali e campi di applicazione diversificati. Lo stress-test cui sono stati sottoposti gli istituti della cassa integrazione ordinaria, della cassa in deroga e del Fis, con procedure ancora troppo complesse e farraginose (foriere di immancabili polemiche, anche sul piano politico-sindacale), ha convinto il governo a procedere ad una riforma, annunciata nel corso dei c.d. Stati generali, che dovrebbe assumere carattere strutturale e dovrebbe accorpate gli istituti in una logica di universalismo delle tutele.

Non v’è dubbio che l’emergenza possa quindi svolgere un ruolo di acceleratore di processi da tempo dormienti, per dotare il nostro paese di un nuovo sistema di ammortizzatori sociali 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.

Dall’altra parte, la crisi ha evidenziato un’irragionevole esclusione dalle tutele dell’intero mondo del lavoro autonomo, specie di quello più debole o “economicamente dipendente”, che ha sofferto ancor più di quello subordinato la sospen-

sione delle attività industriali e commerciali. Il *bonus* di 600 euro per le partite IVA disposto dal governo italiano disvela un buco nero fatto di migliaia e migliaia di lavoratori autonomi personali e microimprenditori stremati dalla mancanza di commesse, senza alcun ammortizzatore sociale. Provvedimenti di questo genere sono stati emanati da molti paesi europei, dal Regno Unito al Lussemburgo, dall'Olanda al Belgio, a testimonianza sia della crescita del lavoro autonomo negli ultimi anni, sia della necessità di estendere a queste fasce di lavoratori alcune tutele di base, tra cui, appunto, un supporto a garanzia del proprio reddito.

È tempo quindi per ripensare alla tutela del lavoro “personale”, o “prevalentemente” tale, in una logica universalistica, al di là della distinzione tra lavoratori subordinati e autonomi, come peraltro previsto dal Pilastro sociale europeo e come avvertito dalle istituzioni europee, che sulla base di quel testo (e della Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017) hanno predisposto una importante Raccomandazione del Consiglio del 15 ottobre 2019 sul tema “*access to social protection for workers and the self-employed*”, volta all'estensione delle tutele di protezione sociale ai lavoratori autonomi. In particolare, secondo il testo attualmente non ancora formalmente adottato, gli stati membri dovrebbero prevedere “*the following branches of social protection, insofar as they are provided in the Member States: (a) unemployment benefits; (b) sickness and healthcare benefits; (c) maternity and equivalent paternity benefits; (d) invalidity benefits; (e) old-age benefits and survivors' benefits; (f) benefits in respect of accidents at work and occupational diseases*” (art. 3, 2).

Anche su questo tema quindi è necessario assumere provvedimenti non contingenti, i quali, pur nati in una situazione emergenziale, si giustificano in ragione di cambiamenti strutturali dei sistemi economici e sociali. Se poi ragioniamo in termini globali, le stime dell'OIL per il secondo semestre del 2020 rappresentano uno scenario “pessimistico” secondo cui la seconda ondata pandemica rallenterebbe di molto la ripresa, con una riduzione di 340 milioni di posti di lavoro a tempo pieno (*Nota OIL Covid-19 e mondo del lavoro*, 30 giugno 2020). Una prospettiva del genere non può che aprire ulteriori scenari regolativi, rilanciando il tema, già all'ordine del giorno nel dibattito dottrinale, ma la cui rilevanza ed attualità viene acuita dalla crisi Covid-19 con riflessi di politica del diritto di grande importanza, di un reddito universale incondizionato, la cui ragion d'essere, soprattutto secondo la dottrina neo-repubblicana della libertà come non-dominio, dovrebbe rappresentare uno dei principi obiettivi di riforma dei sistemi di democrazia sociale. Si consideri, in questa prospettiva, che la Spagna ha approvato di recente una legge sul c.d. *Ingreso Mínimo Vital* (legge n. 20 del 29 maggio 2020), esempio lampante di una disciplina stimolata ed emanata nel corso dell'emergenza, ma avente carattere non contingente, ed anzi decisamente strutturale, destinata a vivere di vita propria indipendentemente dalla crisi del Covid-19.

## 9. La gestione concordata dei livelli occupazionali

Un'altra disposizione emergenziale si pone, a pieno titolo, nell'ambito di una valorizzazione non necessariamente contingente del ruolo dell'autonomia collettiva nella gestione della crisi. Mi riferisco evidentemente alla norma che condiziona la garanzia statale dei prestiti per le imprese all'impegno di una gestione concordata dei livelli occupazionali attraverso accordi sindacali: disposizione promozionale e condizionale che ha sollevato voci allarmate per il *vulnus* in tal modo inflitto alla libertà d'impresa, sino ad ipotizzare che questo provvedimento sancisca addirittura "la fine dell'impresa italiana".

La norma intende innescare una regolazione consensuale in cui l'elemento della razionalità sociale emerge per mezzo di "procedure istituzionali" che includono la partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori nella gestione della crisi, in vista di un accordo sulla migliore modalità di controllo dei livelli occupazionali. L'opinione secondo la quale con tale norma si realizzerebbe una grave lesione dell'art. 41 Cost. non può certo condividersi, anzitutto perché il disposto, nella sua formulazione tecnicamente generica ("*gestire i livelli occupazionali mediante accordi sindacali*") è sprovvisto di sanzione, ed esprime una logica promozionale per la ricerca di soluzioni concordate senza imporre un vero e proprio obbligo a contrattare i livelli occupazionali idoneo a limitare il potere di licenziamento (che, peraltro, è inibito sino al 17 agosto). Un obbligo a negoziare in buona fede, quindi, come già del resto avviene, di regola, nell'ambito delle procedure di informazione e consultazione sindacale finalizzate a trovare un accordo nella gestione degli esuberanti, con la particolarità che, in questo caso, non si negozia il licenziamento collettivo ma "i livelli occupazionali": concetto più ampio e indeterminato, che racchiude in sé l'impiego di diversi strumenti, alternativi al licenziamento, e che comunque, per quanto sin qui detto, non deve essere inteso come un divieto assoluto di licenziare in assenza di accordo. L'interpretazione massimalistica secondo la quale la gestione dei livelli occupazionali mediante accordi sindacali si porrebbe in rotta di collisione con il principio di libertà di iniziativa economica contrasta con i canoni dell'interpretazione costituzionalmente orientata: se il potere di licenziamento fosse davvero condizionato *ad libitum* da un contro-potere di veto sindacale, la norma rischierebbe davvero di essere ritenuta incostituzionale per un vincolo improprio alla facoltà dell'imprenditore di "adattare" la dimensione dell'azienda in relazione alle diverse contingenze economiche, produttive ed organizzative. Né si può ragionevolmente immaginare un'improbabile attuazione, attraverso il disposto in esame, di un principio di "co-determinazione", sia pure interinale e limitato alla materia di gestione dei livelli occupazionali, in attuazione dell'art. 46 Cost. Una tale interpretazione sarebbe destinata a scontrarsi sia con l'assoluta vaghezza della norma, che non prevede

né istituzionalizza alcun meccanismo co-decisionale, sia con la peculiare natura della norma, che non riguarda il rapporto di lavoro e la dialettica sindacale ordinaria, ma costituisce elemento di un più complesso procedimento emergenziale di sostegno finanziario alle imprese, all'interno del quale la gestione concordata dei livelli occupazionale funge da condizione.

L'interprete deve quindi ricostruire con prudenza la *ratio legis* della norma, impiegando l'interpretazione orientata alle conseguenze, senza infilarci nel vicolo cieco dell'esegesi anticostituzionale, per prospettare una soluzione compatibile con l'attuale assetto istituzionale delle relazioni industriali, che se da un lato non contemplano forme di codeterminazione, dall'altro attribuiscono alle organizzazioni sindacali dei lavoratori prerogative collettive di controllo e condizionamento *ab externo* delle scelte aziendali.

Ciò detto, va anche osservato che il disposto in esame si pone in sintonia con le soluzioni apprestate da altri paesi europei come, ad esempio, la Spagna e la Polonia, i quali, nel pieno dell'emergenza sanitaria Covid-19, hanno seguito una difficile linea di compromesso tra le esigenze dell'impresa (in particolare ricevere sostegno economico da parte dello Stato) e la valorizzazione del lavoro, scoraggiando comportamenti opportunistici da parte delle aziende, che avrebbero potuto sommare ai vantaggi offerti dal governo i benefici di una libera e incontrollata riduzione del personale.

La norma, peraltro, non deve essere confusa con quella che dispone la temporanea sospensione dei licenziamenti economici, secondo un modello sperimentato non solo dall'Italia, ma anche da paesi come la Spagna e la Polonia: sistemi che pure hanno in vario modo deciso di condizionare, al pari della norma in esame, la fruizione dei vantaggi messi a disposizione dagli esecutivi all'impegno dei datori di lavoro di mantenere invariati i livelli occupazionali, o, come nel caso italiano, di gestire tali livelli con le OO.SS. Se poi guardiamo al sistema economicamente e socialmente più avanzato dell'Unione Europea ci accorgiamo che un gran numero delle misure adottate dalle imprese tedesche per affrontare l'emergenza pandemica sono assoggettate alle regole della codeterminazione, e necessitano, pertanto, di consultazione o concertazione con il consiglio d'azienda (*Betriebsrat*); per non parlare dei tanti accordi aziendali stipulati durante la pandemia da parte di grandi gruppi tedeschi, come Steigenberger o Sodexo, che contengono precise garanzie per l'occupazione, oltre ad integrazioni dell'indennità erogata per la sospensione dei rapporti di lavoro.

Quando la norma di sospensione dei licenziamenti prevista dal decreto "cura Italia" avrà cessato di produrre i suoi effetti, si porrà quindi il tema della salvaguardia dei posti di lavoro in una fase economica incerta e di probabile contrazione del mercato. Ciò suggerisce alle imprese di pensare fin d'ora a dei piani di gestione degli eventuali esuberi collettivi mediante l'accesso agli ammortizzatori

sociali e ai contratti di solidarietà, per far sì che la ripresa avvenga non solo senza rischi per la salute dei lavoratori, ma anche con il necessario sostegno dello Stato all'economia, per traghettare le aziende verso il pieno recupero della loro capacità produttiva. Questi percorsi eccezionali di gestione concordata dei livelli occupazionali saranno quindi destinati a rientrare, per far spazio ai consueti procedimenti di informazione e consultazione sindacale nella gestione delle crisi aziendali. Eppure, anche questa valorizzazione emergenziale dell'autonomia collettiva in funzione promozionale di accordi di gestione dei livelli occupazionali potrebbe rappresentare l'occasione per un legislatore lungimirante e innovativo, che guardi alla crisi pandemica come ad un laboratorio in cui sperimentare soluzioni che possano avere una capacità operativa non contingente sul piano delle relazioni industriali. Resta sul terreno, in particolare, il tema di una vera normativa strutturale di attuazione dell'art. 46 Cost., volta ad introdurre anche nel nostro sistema, così come avviene nella maggior parte dei paesi europei, una forma di partecipazione istituzionale dei lavoratori alla gestione delle aziende.

Concepire le relazioni industriali come un elemento di freno alla dinamica economica esprime invece un modo piuttosto sbrigativo e miope di guardare alla ripresa, nonché, più in generale, alla crescita dell'economia italiana. Lo sviluppo sostenibile deve coniugare i pilastri economici, sociali e ambientali: volenti o nolenti, la logica collettiva delle relazioni sindacali fa parte di questo progetto di sostenibilità, oltre che della nostra tradizione industriale. Sta poi alle stesse parti sociali il compito di guardare al valore dell'impresa come un bene da coniugare con quello del lavoro, in una logica cooperativa e non necessariamente conflittuale, come appunto dimostra l'esempio virtuoso del capitalismo tedesco.

Se riguardiamo da questo punto di vista la norma che promuove una gestione concordata dei livelli occupazionali non vedremo un limite all'iniziativa economica, ma uno strumento di valorizzazione del lavoro come "bene comune", come risorsa non solo produttiva ma anche "vitale" e solidaristica, necessaria per rimettere al centro delle nostre società una visione etica dell'economia.

## **10. La sospensione dei licenziamenti per motivo economico e la tutela costituzionale del lavoro**

Il decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 (Decreto Cura Italia), nell'ottica di attuare, tra l'altro, "misure ... di sostegno economico per ... lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", ha previsto all'articolo 46 (rubricato "sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti") il blocco generalizzato dei licenziamenti per motivi economici a decorrere dal 17 marzo 2020, per un periodo di 60 giorni,

poi prorogato per cinque mesi complessivi con il decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Decreto Rilancio), convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77. In particolare, il blocco sospende i licenziamenti individuali e collettivi per motivi economici indipendentemente dal numero dei dipendenti in servizio presso il datore di lavoro e sospende altresì l'avvio delle procedure di cui agli artt. 4, 5 e 24 della legge 223/1991 avviate dopo il 23 febbraio 2020. Sono invece esclusi dall'alveo della misura i licenziamenti per sopraggiunta inidoneità allo svolgimento delle mansioni e per superamento del periodo di comporta, quelli intimati durante o al termine del periodo di prova o di apprendistato e quelli intimati per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

A fronte di tale divieto, la cui durata è stata prevista dal 17 marzo al 17 agosto 2020, il legislatore ha adottato una serie di misure volte fronteggiare – da un lato – le conseguenze dell'emergenza epidemiologica Covid-19, che aveva determinato l'imposizione del *lockdown* e – dall'altro – a ridurre l'impatto sociale della crisi emergenziale sui livelli occupazionali.

Tali misure di sostegno si sono sostanziate nella possibilità di ricorso da parte dei datori di lavoro agli ammortizzatori speciali quali, nello specifico, il trattamento ordinario di integrazione salariale o l'accesso all'assegno ordinario (FIS) con causale “emergenza COVID-19” (art. 19) nonché la cassa integrazione salariale in deroga (art. 22), sempre per la medesima causale.

Il periodo massimo di utilizzo di tali ammortizzatori sociali è stato previsto per complessive 18 settimane nell'arco temporale compreso tra il 23 febbraio ed il 31 agosto.

Con un terzo provvedimento (decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, c.d. “Decreto Agosto”) il legislatore, all'art. 14 ha disposto una nuova “proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo”, stabilendo che “Ai datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui all'articolo 1 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto” resta precluso sia l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 (e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto), sia la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge.

Diversamente dai primi due provvedimenti di blocco, il Decreto Agosto introduce una serie di temperamenti al rigido blocco dei licenziamenti, e contempla

una serie di rilevanti eccezioni. “Le preclusioni e le sospensioni di cui ai commi 1 e 2” – recita infatti la norma – “non si applicano nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell’attività dell’impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell’attività nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d’azienda o di un ramo di essa ai sensi dell’articolo 2112 c.c., ovvero nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo”, specificando che a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento Nاسpi di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22.

Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l’esercizio provvisorio dell’impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l’esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell’azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.

Il quadro normativo così sintetizzato pone una serie di problemi interpretativi, già affrontati dalla dottrina, specie sul piano pratico-applicativo. Resta sullo sfondo, invece, un tema di più ampio respiro, che tocca profili di legittimità costituzionale dei provvedimenti in esame, per il possibile *vulnus* che essi arrecano alla libertà di iniziativa economica privata di cui all’art. 41 Cost. La questione, nei termini in cui si è posta, è praticamente inedita. Con specifico riguardo al potere di licenziamento, per trovare un intervento comparabile al blocco disposto dall’esecutivo è necessario risalire all’immediato dopoguerra laddove, per mezzo del decreto legislativo luogotenenziale n. 523, entrato in vigore il 14 settembre 1945, si stabiliva (art. 1) il divieto per le imprese industriali di licenziare i lavoratori fino al 30 settembre 1945, esplicitando che il divieto non si applicava a) ai lavoratori che, senza grave giustificato motivo, si fossero rifiutati di accettare altra occupazione che sia loro offerta presso altro datore di lavoro; b) nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo fosse consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore. Successivamente il legislatore non si è mai visto costretto ad assumere un provvedimento di sospensione generale del potere datoriale di recesso, onde non esiste alcun precedente comparabile che possa guidare l’interprete nella lettura di questa disposizione.

Per valutare se il legislatore, con i provvedimenti che hanno disposto il blocco temporaneo e generalizzato dei licenziamenti economici, abbia imboccato un percorso contrario a Costituzione, dobbiamo necessariamente spostarci ai livelli più elevati del ragionamento giuridico, vale a dire il ragionamento per valori. I valori, che consentono al sistema non solo di rimanere in sintonia con il proprio

statuto assiologico “interno”, ma anche di comunicare con la sfera della razionalità pratico-morale, si traducono in principi e dai principi in norme, nell’ambito di una tavola di valori che riconosce nel “lavoro” (inteso ovviamente in senso ampio, non limitato al lavoro subordinato) l’elemento fondativo del nostro ordinamento repubblicano. Da questo punto di vista, si potrebbe essere tentati di affermare che la tutela del lavoro sia un valore sempre e comunque preminente rispetto ad altri valori contemplati dall’ordinamento, in particolare la libertà di iniziativa privata, non a caso qualificata come libertà e non come diritto, onde il blocco temporaneo dei licenziamenti economici si giustificerebbe per la prevalenza del valore lavoro rispetto alla tutela necessariamente recessiva di altri interessi e diritti di matrice economica. Sarebbe, questa, una conclusione affrettata, nella misura in cui il lavoro non può realizzare quella tirannia del valore intesa come sua illimitata espansione nei confronti di altre situazioni giuridiche costituzionalmente garantite e protette, perché è sempre il bilanciamento, in applicazione del più generale principio di proporzionalità, a presiedere a tutte le operazioni di ragionevole contenimento tra diritti fondamentali tutelati dalla Carta Costituzionale, garantendo in tal modo l’equilibrio complessivo di un ordinamento di diritti che – come affermato in più occasioni dalla Corte Costituzionale – si trovano in rapporto di integrazione reciproca e sistemica. Infatti, se è vero che il costituzionalismo moderno si basa su una tassonomia di diritti classificati in base ad un ordine che ne determina il valore normativo, e che i diritti sociali hanno conquistato una posizione di fundamentalità che prima non avevano, la tesi del “bilanciamento diseguale” rispetto ai diritti dell’impresa e dell’economia, pur astrattamente condivisibile come progetto normativo nel quadro della promozione del pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.) non mi pare sia rappresentativa degli orientamenti (oscillanti) della Corte costituzionale nelle materie che qui interessano (salute, ambiente, lavoro, libertà economiche), così come – per spostarci sul piano sovranazionale – della Corte di giustizia europea. Lo stesso diritto alla salute, unico diritto definito “fondamentale” dalla Costituzione, ha subito un progressivo ridimensionamento in seguito alla crisi economica, e viene ridotto da una parte della dottrina a norma meramente programmatica e perfino concepito dalla stessa Corte come un diritto “finanziariamente condizionato”.

È quindi pur sempre al “continuo e vicendevole” bilanciamento tra diritti di rilevanza costituzionale “senza pretese di assolutezza per nessuno di essi” (Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85) che dobbiamo affidare la risposta al nostro quesito, consapevoli che si tratta di un percorso affatto pre-definito e scontato *ex ante* ma, anzi, di assai incerto esito, posta la complessità dei valori in questione e la naturale tensione tra di essi, già in un contesto di “normale” dialettica tra diritti fondamentali. Nel caso di specie, il bilanciamento è ancor più difficile e

complesso, giacché siamo chiaramente al fuori dalla consueta dialettica tra valori costituzionali che si traduce, in materia di licenziamento, nel bilanciamento tra l'interesse dell'impresa e la tutela del diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro. Questo bilanciamento tra libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., si è storicamente sviluppato in base alla riconosciuta necessità che il licenziamento – come atto di recesso del datore – fosse giustificato e che fossero previste delle tutele per il lavoratore nell'ipotesi di mancanza di giustificazione in guisa tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto: questa è la prospettiva coltivata dalla Corte Costituzionale sino alla recente sentenza 24 giugno 2020, n. 150, secondo la quale gli artt. 4 e 35 Cost. impongono al legislatore di circondare di “doverose garanzie” e di “opportuni temperamenti” il recesso del datore di lavoro (sentenza n. 45 del 1965, punto 4. del Considerato in diritto), come del resto la Corte aveva ribadito da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018 (punto 9.1. del *Considerato* in diritto).

Invero, il “blocco dei licenziamenti”, resosi indispensabile per salvaguardare i posti di lavoro in un periodo eccezionale di crisi sanitaria che ha interrotto gran parte delle attività produttive e dei consumi interni, si colloca in una diversa e più ampia prospettiva sistemica, in cui il tradizionale bilanciamento tra diritti sociali e libertà d'impresa cede il passo ad un più complesso bilanciamento in cui entrano in gioco altri diritti inviolabili dell'uomo (*in primis* il diritto alla salute) unitamente ai doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. La valorizzazione emergenziale delle esigenze di tutela del (posto di) lavoro è quindi parte di un flusso di razionalità assiologica normalmente non presente nel tradizionale confronto tra libertà di iniziativa economica e tutela dell'occupazione, collocandosi entro uno scenario particolarmente ampio e pluralistico di valori, riferibili non solo ai due termini in conflitto ma ad altri beni, interessi e diritti di rango costituzionale. Basti pensare, per comprendere sino in fondo la complessità valoriale in cui si colloca il tema in esame, che l'esecutivo, nel periodo iniziale dell'emergenza sanitaria, ha decretato non solo la sospensione delle attività produttive non essenziali, ma anche restrizioni alla libertà di domicilio (art. 14 Cost.), alla libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), all'istruzione di ogni ordine e grado (art. 34 Cost.), nonché al diritto al lavoro (art. 4 Cost.) in alcune sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.).

È ovvio che la “razionalizzazione” di questo conflitto tra diritti tramite il bilanciamento risulti particolarmente difficile e perfino drammatico – al limite dell'indecidibilità -, così come si comprendono le preoccupazioni legate, in particolare, al timore che la sospensione (pur temporanea) dei licenziamenti economici, e soprattutto il suo ulteriore prolungamento nel tempo, possa comprimere eccessivamente il diritto sancito dall'art. 41, comma 1, Cost., a tutela dell'iniziativa

economica privata. Peraltro, come si è appena detto, le restrizioni imposte specie nella fase più acuta della crisi sanitaria hanno inciso anche su altre sfere giuridiche soggettive e perfino su alcuni diritti inviolabili relativi alle libertà personali, in modo tale da sospendere temporaneamente – se non addirittura creando delle vere e proprie “rottture” – le norme costituzionali.

Il rischio paventato da più parti, e da qualcuno evocato a conferma di paradigmi biopolitici da tempo sotto osservazione del pensiero critico – è quello di una *creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente* (cd. Stato di eccezione) in cui non solo la libertà di iniziativa economica, ma addirittura i diritti fondamentali della persona risultano violati, secondo una prospettiva che richiama alla mente la dottrina del decisionismo schmittiano, per cui la sovranità è decisione nello stato di eccezione.

## 11. Il contemperamento tra valori

Premesso che non condivido la tesi (che anzi reputo aberrante) secondo la quale il nostro governo avrebbe determinato uno stato di eccezione con sospensione di diritti e garanzie costituzionali che non erano state poste in discussione neppure durante il regime fascista, vero è che lo stato di emergenza pone acute questioni di bilanciamento tra principi e diritti che la dottrina costituzionalistica riconduce necessariamente nell’ambito della ragionevolezza, ossia a un “non-irragionevole” bilanciamento. Di conseguenza, anche nel caso delle limitazioni relative alle libertà tipiche dei rapporti economici di produzione, il giurista deve valorizzare il “sistema” e gli elementi normativi e valoriali che consentono di affrontare il tema con alcuni punti fermi.

Il primo punto fermo è che l’art. 41, comma secondo, della Costituzione dispone che il libero esercizio di un’attività economica non possa svolgersi *in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*. Prendendo a prestito le parole di Massimo D’Antona, l’iniziativa economica privata di cui all’art. 41 è condizionata dal precetto del secondo comma al rispetto di una vasta garanzia della persona, che si sostanzia nella prevalenza sulla libertà di impresa dei tre valori della dignità (“espressione sintetica della posizione dell’individuo nella comunità sociale e quale membro di essa”, che abbraccia l’insieme dei diritti della persona “nel suo statico esserci”), della libertà (che trascrive in termini soggettivi lo spiegamento della persona verso il mondo esterno) e della sicurezza (che per il lavoratore significa, oltre che fondamentalmente diritto alla integrità fisica, “sicurezza della propria esistenza, cioè garanzia di potere disporre in ogni tempo dei mezzi necessari alla propria esistenza ed alla esistenza della propria famiglia”).

Esiste quindi un limite “interno” alla norma sulla libertà di impresa che deve essere anzitutto considerato nell’ambito del bilanciamento. I due concetti chiave che emergono dal disposto, utilità sociale e sicurezza/libertà/dignità umana dall’altro, possono utilmente guidarci nell’opera di ragionevole bilanciamento, tenendo presente che per contenere il dilagare della pandemia il diritto di iniziativa economica è stato in più modi compresso, giacché la tutela della salute di cui all’art. 32 Cost., in quanto diritto fondamentale dell’individuo e interesse della collettività, è stato ritenuto preminente nella prima, e più drammatica, fase della pandemia. Come dire che nel bilanciamento diretto tra tutela della salute e libertà economica l’art. 41 stabilisce un ordine di priorità tra i due diritti. E così come il diritto al lavoro (inteso questa volta come strumento della produzione) non può essere inteso quale diritto ad un qualsivoglia lavoro tale da pregiudicare la salute di chi lo svolge, o quella di altre persone – presupponendo quel lavoro, imprescindibilmente, la tutela della salute – , allo stesso modo il pericolo di contrarre il Covid-19 nei luoghi di lavoro ha giustificato la sospensione d’autorità delle attività produttive non essenziali (altrimenti l’iniziativa economica si sarebbe svolta arrecando danno alla sicurezza delle persone); con la conseguenza che, al fine di non creare un *vulnus* al diritto al lavoro (inteso questa volta come diritto sociale fondamentale), in quel bilanciamento la sospensione del licenziamento economico appariva come un atto del tutto ragionevole e proporzionato al fine di garantire l’interesse costituzionalmente tutelato al mantenimento dei livelli occupazionali.

Quanto al criterio dell’utilità sociale, ancora Massimo D’Antona ci ha ricordato che “sul significato e sulla efficacia del limite dell’utilità sociale opposti settori della dottrina si son dati battaglia in anni ormai lontani; in anni in cui, sarebbe ingiusto trascurarlo, l’intero ordinamento del lavoro scontava un ritardo storico rispetto al sistema di valori introdotto dalla costituzione”. In questa prospettiva, l’utilità sociale è variamente considerata: clausola generale per alcuni, principio valvola dell’ordinamento per altri. Il dibattito dottrinale ha in particolare riguardato l’indagine sull’indeterminatezza che caratterizza questa formula. Anche alla luce della giurisprudenza costituzionale<sup>1</sup>, possiamo considerare l’utilità sociale come una clausola generale in senso stretto, di rango costituzionale, che ha bisogno dell’intervento del legislatore per essere concretizzata. La Corte costituzionale non ha mai fornito una definizione di utilità sociale e il sindacato sulla stessa

---

<sup>1</sup> Già in Corte Costituzionale, sentenza n. 40 del 1964, la Corte ha avuto modo di sottolineare come la riserva di legge dell’art. 41, rappresenti una costante per l’utilità sociale che, in quanto formula vaga, ne rende sicuramente assai complessa una immediata operatività che richiede invece l’intermediazione del legislatore.

è stato condotto con uno schema simile a quello adoperato per il controllo di ragionevolezza delle leggi. La Corte, nella sentenza n. 137 del 1971, ha ritenuto che “nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo”. Negli ultimi anni sono aumentate le questioni sottoposte al vaglio della Corte in cui tutela dell’ambiente e utilità sociale fungono da parametri per valutare la legittimità di una norma. La Corte si riferisce all’utilità sociale in una varietà di ambiti (ambiente, salute, lavoro, proprietà). Nella sua vaghezza, l’utilità sociale richiama diritti fondamentali legati alla stessa dignità umana, ad esempio il lavoro o l’ambiente. Sono diritti soggettivi ma anche interessi della collettività in cui l’utilità sociale funge da parametro per un equo bilanciamento. Luciani definisce l’utilità sociale come un principio-valvola e un concetto di valore, rappresentando al contempo un limite all’iniziativa privata, ma anche una garanzia affinché questa libertà non possa essere compressa, se non – appunto – per l’utilità sociale: nella sentenza n. 200 del 2012, sul principio generale della liberalizzazione, contenuto nell’art. 3, comma 1, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, la Consulta ha avuto modo di sottolineare come “una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale”.

Il secondo punto fermo riguarda la rilevanza, nell’ambito del giudizio di bilanciamento, della *durata temporale* del disposto in esame. Già Mortati distingueva tra *rottture* e *sospensioni* delle norme costituzionali: queste ultime “non hanno lo scopo di sostituirle con altre, ma solo di interrompere provvisoriamente l’efficacia di una o più delle disposizioni, in corrispondenza ad eventi eccezionali che non potrebbero essere efficacemente fronteggiati se si dovessero rispettare le disposizioni stesse e che ne richiedono quindi in modo urgente la temporanea quiescenza”. Per scongiurare il rischio di incostituzionalità della norma – a conferma di un “non irragionevole” bilanciamento – si deve verificare la natura della disposizione, che deve essere transitoria, provvisoria ed eccezionale, volta cioè a regolare una particolare situazione emergenziale giustificatrice della compressione di alcuni diritti costituzionalmente tutelati per la necessaria *temporanea* preminenza da attribuire ad altri diritti. Basterà qui il richiamo a Corte cost. n. 106 del 1962, relativa alla legge Vigorelli laddove è stato deciso che anche una sola reiterazione della delega (a tale riducendosi la

proroga prevista dall'art. 1 della legge impugnata), toglie alla legge i caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità che consentono di dichiarare insussistente la pretesa violazione del precetto costituzionale e finisce col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo”.

Non avendo altri parametri di confronto, propongo di procedere per analogia, con riferimento a situazioni in cui la normativa eccezionale è stata valutata alla luce della temporaneità degli effetti normativi. Ad esempio, nel caso delle misure anti terrorismo adottate dopo gli attentati del 2001, il bilanciamento ha riguardato le esigenze di maggiore sicurezza da una parte, ed il mantenimento degli standard di tutela delle libertà dall'altra, onde evitare che un'eccessiva limitazione delle libertà personali e democratiche conducesse ad una sospensione dei principi liberal-democratici.

Nel periodo post 11 settembre 2001, non conoscendo la Costituzione una disciplina specifica per questa ipotesi emergenziale, si è fatto ricorso alla decretazione d'urgenza, come il decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 contenente *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*. Di queste misure, per alcune era previsto un termine, che non ha impedito in ogni caso all'Italia di essere condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *laddove invece la Corte costituzionale non ha ritenuto manifestamente irragionevole una misura non temporanea che prevedeva la reclusione da uno a cinque anni in caso di inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni sulla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno*<sup>2</sup>.

Il *punctum dolens* rimane in ogni caso la durata di previsioni che limitino i diritti fondamentali.

Un secondo esempio riguarda il terrorismo politico che ha colpito l'Italia tra gli anni '70 e '80. In quegli anni la Corte costituzionale si è trovata a dover analizzare il decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625 sul prolungamento

---

<sup>2</sup> Corte Cost., sentenza n. 161 del 2009: “Nel caso in esame la pena prevista dalla norma denunciata riguarda soggetti sottoposti ad una grave misura di prevenzione, perché ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica, in relazione alla cui salvaguardia altre misure non sono state considerate idonee. In questo quadro è interesse dello Stato che il fine di tutela preventiva sia garantito con l'osservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura, anche allo scopo di consentire l'esercizio di adeguati controlli da parte dell'autorità di pubblica sicurezza (...) Si è in presenza, dunque, di una scelta legislativa per la repressione della criminalità che, dal punto di vista del profilo evidenziato ed a torto ignorato dal rimettente, non può definirsi manifestamente irragionevole o ingiustificata. Pertanto, sotto tale aspetto, resta esclusa la violazione del parametro costituzionale riferito all'art. 3, sotto il profilo della ragionevolezza.

dei termini massimi di carcerazione preventiva<sup>3</sup>, dichiarando la misura urgente come necessaria a tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione. La Corte, in quell'occasione, aveva avuto modo di precisare che *“se si deve ammettere che un ordinamento, nel quale il terrorismo semina morte (...) e distruzioni, determinando insicurezza e, quindi, l'esigenza di affidare la salvezza della vita e dei beni a scorte armate ed a polizia privata, versa in uno stato di emergenza, si deve, tuttavia, convenire che l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. Ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo”*.

La mancanza a livello costituzionale di previsioni generali, espressamente destinate e gestire le emergenze interne, sposta dunque inevitabilmente

---

<sup>3</sup> Corte cost., sentenza n. 82 del 1982: “Per operare il controllo sulla ragionevolezza dei termini massimi di carcerazione preventiva, quali risultano stabiliti con la norma impugnata, occorre previamente individuare e valutare la ratio che ha indotto il legislatore a disporre il prolungamento di quei termini. Al riguardo non è consentito nutrire alcun dubbio: tale prolungamento rientra fra le “misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica”, come testualmente recita il titolo della legge, ed è causato dalle “obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali concernenti i reati in questione”, come testualmente dichiara la relazione governativa che accompagna il disegno di legge di conversione. Dunque, come l'esigenza della tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica è *l'occasio legis*, così le obiettive difficoltà degli accertamenti ne sono la ratio. È in questo ambito, allora, ed in rapporto alle circostanze, che la questione va valutata. Nella specie, tali circostanze sono identificabili nella causa occasionale e nella ragione giustificatrice di cui sopra. In quanto alla causa occasionale, esplicitamente indicata dallo stesso legislatore nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro il terrorismo e l'eversione, non può certo dubitarsi dell'esistenza e consistenza, della peculiarità e gravità del fenomeno che si intende combattere, e cui appunto si riferisce l'imputazione sulla quale deve giudicare la Corte di assise di Torino. Ed invero, si tratta di un fenomeno caratterizzato, non tanto, o non solo, dal disegno di abbattere le istituzioni democratiche come concezione, quanto dalla effettiva pratica della violenza come metodo di lotta politica, dall'alto livello di tecnicismo delle operazioni compiute, dalla capacità di reclutamento nei più disparati ambienti sociali. Di fronte ad una situazione d'emergenza, quale risulta quella in argomento, quando la questione venga collocata in un quadro più ampio di quello offerto dall'ordinanza che l'ha sollevata, Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza. Conseguentemente, non può non riconoscersi che i limiti massimi della carcerazione preventiva, derivanti dal prolungamento stabilito con l'art. 10 del decreto legge n. 625 del 1979, nel testo modificato dalla legge di conversione n. 15 del 1980, valutati alla luce delle suesposte considerazioni, non possono considerarsi irragionevoli, risultando disposti in ragione delle “obiettive difficoltà che esistono per gli accertamenti istruttori e dibattimentali” nei procedimenti che hanno ad oggetto “i delitti commessi per finalità di terrorismo e di evasione dell'ordine democratico”.

l'attenzione sulle normative adottate a livello sub-costituzionale: l'emergenza è una condizione ontologicamente anomala e grave che abilita – anzi impone – Parlamento e Governo ad adottare tutte le misure del caso necessarie, a patto che mantengano il carattere della temporaneità, cioè a dire della contingenza.

In conclusione, pare di poter dire che, nell'ambito di un ragionevole bilanciamento tra diritti antagonisti, la temporaneità legata allo stato emergenziale rappresenti il principale *discrimen* per un giudizio di costituzionalità delle disposizioni emergenziali in esame.

## 12. Altri profili del bilanciamento e spunti di comparazione

Altri quattro profili si inseriscono nell'analisi sul bilanciamento, deponendo, a mio parere, nel senso della legittimità costituzionale dei provvedimenti in esame.

In primo luogo, entra in gioco la salvaguardia dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica. La Carta costituzionale italiana all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, richiedendo anche l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale; il successivo art. 3, nel descrivere e garantire l'uguaglianza in senso formale e sostanziale, mette al centro non l'individuo isolato, ma contestualizzato nel panorama sociale e relazionale di riferimento.

La sicurezza da potenziali intrusioni all'interno della sfera individuale di libertà, ma anche la sicurezza di poter estrinsecare la propria personalità in relazione e nel contesto sociale, rappresentano quindi valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale. La sicurezza diventa uno strumento di tutela dei diritti, ma la Costituzione riconosce anche l'intervento dei pubblici poteri per tutelare esigenze collettive connesse alle libertà positive, con riferimento precipuo ai diritti sociali, al fine di garantire l'equilibrio tra esigenze della collettività e quelle del singolo senza ledere i diritti fondamentali. Conseguentemente, ragioni legate alla sicurezza possono legittimamente giustificare limitazioni dei diritti individuali, come quello sancito dall'art. 41 Cost., poiché il concetto di libertà riconosce anche il suo stesso limite che ben può derivare dalla tutela di esigenze collettive.

Recentemente, nella sentenza n. 58 del 2018 relativa al caso Ilva, la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità del decreto che consentiva la prosecuzione delle attività produttive del sito, ha avuto modo di puntualizzare come, con quel provvedimento, il legislatore abbia “finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della

vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)”<sup>4</sup>.

Un secondo argomento da tenere in considerazione per valutare il bilanciamento è rappresentato dalla *dimensione solidaristica* che permea sia la relazione verticale cittadino-Stato sia quella orizzontale tra privati. In questa prospettiva, se da un lato l’art. 46 del decreto Cura Italia (unitamente alle successive disposizioni richiamate) ha sospeso i licenziamenti per ragioni economiche, dall’altro ha stanziato una cospicua somma per la (nuova) causa integrabile Covid-19 della Cassa integrazione guadagni, destinata a raggiungere il più alto numero di lavoratori possibili, comprendendo anche le imprese con meno di cinque dipendenti, in buona parte dei settori produttivi. A voler cioè leggere la norma che impone il blocco dei licenziamenti non come dispositivo isolato, ma come parte del sistema composito dei provvedimenti adottati dal Governo per contrastare la crisi economica e di mercato provocata dalla pandemia, non può non tenersi conto che le imprese hanno ricevuto notevoli aiuti economici per mantenere stabili i livelli di occupazione, onde, nel complesso gioco di prerogative costituzionali

---

<sup>4</sup> Diversamente nella prima sentenza sul caso ILVA – Sentenza n. 85 del 2013 (Gallo, Silvestri), la Corte aveva dichiarato che “La ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. 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. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). 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.

Per le ragioni esposte, non si può condividere l’assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l’aggettivo «fondamentale», contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. 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.

in bilanciamento, non si devono dimenticare i doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale e quindi, in ultima analisi, la *responsabilità sociale dell'impresa* in questa straordinaria emergenza, che il sistema economico non sarebbe in grado di affrontare se non indirizzato dalle scelte del legislatore e sostenuto dai provvedimenti di natura finanziaria che il governo ha messo in campo.

Il terzo aspetto da considerare riguarda la previsione – strettamente intrecciata con quella in esame – relativa al mantenimento dei livelli occupazionali come condizione per fruire delle garanzie per i prestiti bancari concessi al fine di fronteggiare la crisi derivante dalla pandemia (Decreto Liquidità), di cui abbiamo già detto (retro). L'impresa che beneficia della garanzia assume l'impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali; qualora poi l'impresa occupi più di 5.000 dipendenti o abbia un fatturato superiore a 1,5 miliardi di euro, deve tenere in debito conto l'impatto sui livelli occupazionali e sul mercato del lavoro. La norma intende innescare una regolazione consensuale in cui l'elemento della razionalità sociale emerge per mezzo di "procedure istituzionali" che includono la partecipazione delle rappresentanze dei lavoratori nella gestione della crisi, in vista di un accordo sulla migliore modalità di controllo dei livelli occupazionali.

Il quarto argomento è di carattere comparativo. Il disposto in esame si pone, infatti, in sintonia con le soluzioni apprestate da altri paesi europei come, ad esempio, la Spagna e la Polonia, che nel pieno dell'emergenza sanitaria Covid-19 hanno seguito una difficile linea di compromesso tra le esigenze dell'impresa (in particolare ricevere sostegno economico da parte dello Stato) e la valorizzazione del lavoro. Anche quei sistemi hanno in vario modo deciso di condizionare, al pari della norma in esame, i diritti di libera iniziativa economica, sia condizionando la fruizione dei vantaggi messi a disposizione dagli esecutivi all'impegno dei datori di lavoro di mantenere invariati i livelli occupazionali, sia disponendo l'illegittimità del licenziamento economico nel periodo emergenziale.

Se poi guardiamo al sistema economicamente e socialmente più avanzato dell'Unione Europea, un gran numero delle misure adottate dalle imprese tedesche per affrontare l'emergenza pandemica sono assoggettate alle regole della codeterminazione, e necessitano, pertanto, di consultazione o concertazione con il consiglio d'azienda (*Betriebsrat*). Molti accordi aziendali stipulati durante la pandemia da parte di grandi gruppi tedeschi, inoltre, contengono precise garanzie per l'occupazione, oltre ad integrazioni dell'indennità erogata per la sospensione dei rapporti di lavoro.

### 13. L'accordo sindacale che "autorizza" la risoluzione del rapporto di lavoro

La valutazione di legittimità costituzionale del blocco temporaneo dei licenziamenti non può essere svolta se non in relazione ai diversi segmenti normativi

che abbiamo ricordato nel primo paragrafo, evidenziando un diverso approccio ed una diversa intensità e pervasività del divieto. In particolare, nell'attuale vigenza del decreto Agosto, il vincolo originariamente rigido e generale si è notevolmente allentato, a vantaggio di un blocco assai più leggero e, talvolta, superabile, anche attraverso la normale dialettica collettiva. Infatti, tra le eccezioni al divieto di licenziamento previste dall'art. 14, comma 3, del d. l. 104 (c.d. decreto Agosto), spicca quella relativa agli "*accordi collettivi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro*", che consentono di riconoscere il trattamento Naspi ai lavoratori "*che aderiscono al predetto accordo*". Ancora una volta la contrattazione collettiva aziendale viene impiegata dal legislatore come strumento derogatorio, in una logica di flessibilità che ricorda l'effetto della contrattazione di prossimità, pur senza confondersi con essa. Si tratta, infatti, di un nuovo tipo di contratto collettivo aziendale, che potremmo classificare come "autorizzatorio", non nel senso che "autorizza" il licenziamento del lavoratore, ma in quanto consente di superare la disciplina limitativa del recesso attraverso una inedita modalità di risoluzione consensuale (e quindi non un recesso unilaterale) con diritto del lavoratore di percepire la Naspi, di cui il contratto aziendale costituisce il presupposto di legittimità. Dal punto di vista soggettivo, si deve trattare di un accordo stipulato "*dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale*", nozione cui il legislatore ricorre ogniqualvolta deleghi specifiche funzioni alla contrattazione collettiva; non si tratta quindi di un contratto collettivo aziendale stipulato dalle rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria, bensì dalle OO.SS territoriali. Se il requisito soggettivo appare in tal modo particolarmente selettivo e qualificato, dal punto di vista procedurale, invece, la norma non prevede condizioni particolari, essendo sufficiente un atto individuale del lavoratore di "*adesione*" all'accordo aziendale "*di incentivo alla risoluzione*", senza alcuna prescrizione formale: in particolare non è necessario che la volontà risolutiva del lavoratore venga espressa in una sede "protetta. In modo simile a quanto accade con gli accordi sindacali in materia di riduzione del personale quando si prevedono licenziamenti c.d. "non oppostivi", il lavoratore dovrà quindi aderire a quanto previsto dall'accordo collettivo, comunicandolo, entro un termine indicato nell'accordo stesso, al datore di lavoro, che avrà l'onere di raccogliere le suddette adesioni. Sotto il profilo del contenuto, infine, l'accordo aziendale, oltre ai termini temporali di adesione e di scioglimento del rapporto, dovrà prevedere la somma dovuta al lavoratore quale incentivo economico alla risoluzione del rapporto; per tale somma, da ritenersi sostanzialmente un "incentivo all'esodo", non sarà dovuto il pagamento di contributi all'Inps e verrà applicata una tassazione separata, ovvero in base all'aliquota media relativa ai cinque anni precedenti alla cessazione del rapporto di lavoro (e non in base all'aliquota dell'anno in

corso). Si tratta quindi una fattispecie complessa, in cui alla fonte collettiva, che predispone le modalità di “incentivo” e i tempi di scioglimento del rapporto, si deve aggiungere il consenso individuale alla risoluzione: solo la somma di questi due elementi produce l’effetto estintivo del rapporto di lavoro, con il diritto del lavoratore a percepire la Naspi.

#### 14. Politiche attive del lavoro e ridisegno organizzativo

Alla luce di quanto sin qui osservato, appare evidente che la questione della legittimità costituzionale dei diversi provvedimenti che hanno sospeso l’esercizio del potere di licenziamento per motivi economici si giochi sul piano di un complesso contemperamento tra diritti, nell’ambito di uno scenario affatto diverso rispetto al consueto rapporto dialettico e conflittuale tra interesse dell’impresa e tutela del lavoro.

In questo ragionevole bilanciamento, in cui emergono diverse *rationes* che, a partire dal diritto alla salute e alla sicurezza dell’ordine pubblico intrecciano i diversi limiti intrinseci al potere di iniziativa privata, i doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, si delinea una complessa trama valoriale che ha portato il governo ed il parlamento a privilegiare la tutela della salute, diritto “fondamentale” per eccellenza, garantendo al diritto al lavoro una tutela necessaria per garantire beni e interessi della collettività, compreso il bene rappresentato dall’impresa e dalla sua attività. Quest’ultima è stata a sua volta tutelata e sostenuta con provvedimenti di diverso tipo, di ordine soprattutto finanziario, a sostegno di una ripartenza dell’economia che, come dimostrano i dati, si preannuncia assai difficile e densa di incognite. In questo complesso bilanciamento, il dato della temporaneità del blocco dei licenziamenti economici contribuisce in modo decisivo all’opera di ragionevole contemperamento tra i diritti, contestualizzandoli nell’emergenza e nella sua estensione temporale; come dire che il blocco, se fosse prolungato oltre limiti di ragionevolezza, offrirebbe probabilmente il destro ad un giudizio di incostituzionalità per lesione dell’art. 41. In altri termini, per scongiurare il rischio di incostituzionalità della norma sul blocco dei licenziamenti, si rivela essenziale la verifica dei caratteri della disposizione, che deve essere transitoria, provvisoria ed eccezionale, volta cioè a regolare una particolare situazione emergenziale che oggettivamente – per i riflessi sociali che comporta – giustifica una compressione di alcuni diritti costituzionalmente tutelati per la necessaria prevalenza (temporanea) da attribuire alla tutela di altri diritti.

L’aspetto temporale è senz’altro critico, tanto che se la misura dovesse prolungarsi ulteriormente, perderebbe il carattere necessario della transitorietà. L’eventuale legittimità della disposizione dipende anche dal conteso in cui si incardina,

ovvero sulla prosecuzione o sospensione dello stato di emergenza che giustificherebbe il protrarsi di interventi a sostegno dell'occupazione e del reddito.

Sarebbe in ogni caso il momento di spingere l'acceleratore sull'implementazione delle politiche attive in favore soprattutto dei percettori di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto, il che potrebbe aiutare sia a mantenere i livelli occupazionali, sia di riorganizzare l'azienda per la fase post emergenziale. In ipotesi di contemporaneo blocco dei licenziamenti ed erogazione della cassa integrazione, le stringenti limitazioni imposte all'iniziativa economica intesa come possibilità di organizzare la propria attività imprenditoriale potrebbero essere ammorbidite dalla possibilità di concordare e di incentivare – anche economicamente – percorsi di riqualificazione e formazione del personale concordati dalle parti sociali. Ciò consentirebbe all'impresa di affrontare la temporanea sospensione dei licenziamenti non come vincolo o compressione di un diritto costituzionalmente garantito, ma come momento di transizione verso il periodo post-emergenziale, in cui ripensare il perimetro dell'impresa e il suo rapporto con i dipendenti, i quali, invece che essere licenziati, possono essere adeguatamente preparati e formati per lo svolgimento di nuove mansioni.

Se dunque il datore, a causa del blocco dei licenziamenti, è obbligato a mantenere stabile il livello occupazionale, allo stesso modo dovrebbe essere incentivato a riprogettare la propria azienda per adattarla ad una nuova fase, che potrebbe richiedere un ripensamento – minimo o radicale – dell'assetto produttivo ed organizzativo, per garantirne la continuità e, al contempo, la tutela dei posti di lavoro. Un "piano sociale" alla francese, che andrebbe introdotto nel nostro ordinamento. Infatti i lavoratori, per essere inclusi attivamente nel processo di cambiamento, hanno il diritto e il dovere di ricevere non solo un sostegno economico, ma anche strumenti per aggiornare il loro profilo professionale nell'ambito di mercati del lavoro (interni ed esterni) resi ancor più fluidi ed incerti dall'emergenza sanitaria globale che stiamo tutti, con angoscia, ancora vivendo.



## Lo stato d'emergenza e le misure in tema di sospensione dal lavoro al tempo del Covid-19

SOMMARIO: 1. Lo stato d'emergenza e l'assetto costituzionale. – 2. I vari tipi di Cassa integrazione guadagni. – 3. Segue. Le novità del d.l. 18/2020, della l. 27/2020 e della normativa successiva. – 4. I congedi dal lavoro al tempo del Covid-19. – 5. Brevi considerazioni finali fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione.

### 1. Lo stato d'emergenza e l'assetto costituzionale

È bene partire da riflessioni di carattere generale sull'emergenza sanitaria cagionata dalla pandemia da Covid-19. Come ben messo in evidenza da Massimo Luciani<sup>1</sup>, il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei Ministri ha adottato la delibera recante la “Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili”, la cui durata è stata inizialmente prevista fino al 31 luglio 2020, prorogata poi al 31 dicembre 2020 dal d.l. 34/2020, conv. in l. 77/2020 (cd. “decreto rilancio”), e fino al 30 aprile 2021, prima, e al 31 luglio 2021, poi, dalle delibere del Consiglio dei Ministri, rispettivamente, del 13 gennaio 2021 e del 21 aprile 2021. Ed è da quel momento che si dipana la porzione finale di quella che il costituzionalista definisce la “catena normativa” che ha retto e regge gran parte della vita pubblica e privata nel nostro Paese ormai da molti mesi. Peraltro, la deliberazione dello stato di emergenza ha il proprio fondamento nel Codice della protezione civile (in particolare nell'art. 24, co. 3, d.lgs. 1/2018, secondo il quale “la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è

---

\* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II.*

<sup>1</sup> M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, Consulta online, 2020. V. anche S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in ID. (a cura di), *Nel ventesimo anno del Terzo Millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid 19*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 11 ss.

prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi”), fonte primaria la cui legittimità è già stata scrutinata dalla Corte costituzionale.

Una cospicua serie di decreti legge ha fatto seguito alla dichiarazione di emergenza. La loro legittimità (e la legittimità delle relative leggi di conversione) dipende evidentemente dal rispetto oppure no dei canoni previsti dall'art. 77 Cost. Sul ricorrere dei due *presupposti* della necessità e dell'urgenza, ad avviso di Luciani, *nulla quaestio*. Discorso più complesso per la *condizione* costituzionale di legittimità della decretazione d'urgenza, cioè per la straordinarietà. Allo stato delle cose, la moltiplicazione dei decreti legge non è altro che la proiezione normativa dell'eccezionalità del momento, sicché la decretazione d'urgenza resta pur sempre (legata a una contingenza) extra-ordinaria. Diversa dovrebbe essere la conclusione qualora il pericolo si protraesse oltre la durata dello stato d'emergenza. In quel caso, infatti, ci si troverebbe in una condizione trasformata in *sostanzialmente* ordinaria, che richiederebbe una risposta altrettanto ordinaria delle istituzioni con un recupero del ruolo del Parlamento.

Se così non fosse, allora, sempre secondo Luciani, potrebbe e dovrebbe porsi il problema della violazione del principio costituzionale della straordinarietà.

Ciò detto non c'è stata alcuna rottura della legalità costituzionale e non soltanto con riferimento alla decretazione d'urgenza. Le procedure seguite sono sostanzialmente corrette. Naturalmente, la guardia non può essere abbassata ma questo è già un punto di partenza importante.

## 2. I vari tipi di Cassa integrazione guadagni

È ora di entrare in *medias res* e di spiegare il titolo del contributo che si fonda sulle misure di sospensione del lavoro che racchiudono in sé istituti diversi quali i congedi (sospensione dell'orario di lavoro) e la cassa integrazione guadagni (strumento di sospensione del rapporto di lavoro e di sostegno al reddito).

Partendo dal secondo istituto occorre analizzare le novità introdotte dal d.l. 18/2020 (c.d. “decreto cura Italia”), convertito, con modifiche, dalla l. 27/2020.

Prima però è opportuno riepilogare brevemente la disciplina dell'istituto. La Cassa integrazione guadagni (CIG) è un ammortizzatore sociale finalizzato a sostenere economicamente il salario dei lavoratori di imprese che si trovano in determinate situazioni di difficoltà, a fronte delle quali richiedono una riduzione o una sospensione del rapporto di lavoro. La misura del trattamento, che è carico dell'Inps, è pari all'80% della retribuzione globale oraria per le ore non prestate.

Si divide in Cassa integrazione guadagni ordinaria (CIGO), Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS) e Cassa integrazione guadagni in deroga (CIGD).

La CIGO riguarda i lavoratori dell'industria (esclusi i dirigenti), del settore agricolo e di quello edile e può essere disposta nel caso di contrazione o sospensione dell'attività produttiva, derivante da eventi aziendali transitori, non imputabili al datore di lavoro né ai lavoratori, o da situazioni temporanee di mercato. In presenza di un caso come quelli indicati, il datore di lavoro può decidere di sospendere in tutto o in parte l'attività lavorativa dei propri dipendenti, rivolgendo un'istanza all'Inps al fine di ottenere l'ammissione alla cassa integrazione ordinaria.

Quest'ultima può essere concessa per un periodo massimo di tre mesi continuativi, eccezionalmente prorogabili trimestralmente fino a un limite massimo complessivo di un anno. In ogni caso, la sospensione, anche se non consecutiva, non può superare i dodici mesi in un biennio.

La Cassa integrazione salariale straordinaria (CIGS) viene invece concessa nei casi di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale; di crisi aziendale di grande rilevanza sociale; di fallimento o altre procedure concorsuali. A differenza della CIGO, il provvedimento può essere adottato a fronte di situazioni di crisi di durata anche lunga, ma pure nel caso in cui la contrazione dell'attività dipenda dalla decisione del datore di lavoro di riorganizzare o ristrutturare la propria attività. Pertanto, questo tipo di CIG è meno rilevante al tempo del Covid-19, ma va comunque tenuta in considerazione perché, come si vedrà di qui a poco, la legislazione dell'emergenza consente alle aziende che usufruiscono di un trattamento salariale straordinario di chiedere la concessione di quello ordinario.

La sospensione straordinaria può essere disposta entro limiti temporali diversi a seconda della causa che l'ha determinata che va da sei mesi ai tre anni, prorogabili. Non può comunque protrarsi complessivamente per più di trentasei mesi nell'arco di un quinquennio.

La cassa integrazione straordinaria si applica ai lavoratori (esclusi i dirigenti) che abbiano maturato un'anzianità aziendale di almeno novanta giorni

Quindi, per i lavoratori ciò che cambia principalmente è il fattore tempo: se l'azienda per cui lavorano ha richiesto la CIGO gli stessi rimarranno sospesi dal lavoro per un tempo molto più breve mentre se è stata richiesta la CIGS i tempi saranno molto più lunghi, e nel secondo caso c'è anche la possibilità che qualcuno venga considerato in esubero.

La cassa integrazione in deroga (CIGD) è uno strumento aggiuntivo rispetto a quelli esistenti, introdotto a partire del 2005, per garantire un sostegno economico a lavoratori di quelle imprese che non possono ricorrere agli strumenti ordinari perché esclusi all'origine da questa tutela o perché hanno già esaurito il periodo di fruizione delle tutele ordinarie.

La CIGD può essere concessa o prorogata ai lavoratori subordinati con la qualifica di operai, impiegati e quadri, compresi gli apprendisti e i lavoratori

somministrati, con un'anzianità lavorativa presso l'impresa di almeno dodici mesi alla data di inizio del periodo di intervento.

Il trattamento di CIGD può essere richiesto dai soggetti giuridici qualificati come imprese, dai piccoli imprenditori e dalle cooperative sociali con riferimento ai lavoratori che hanno instaurato con la cooperativa un rapporto di lavoro subordinato.

### 3. Segue. Le novità del d.l. 18/2020, della l. 27/2020 e della normativa successiva

Come previsto dal d.l. 18/2020, conv. in l. 27/2020, le imprese rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione che sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica da Covid-19 (art. 19, co. 1, d.l. 18/2020)<sup>2</sup>, possono presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale, con specifica causale "emergenza Covid-19" alle condizioni agevolate, rispetto al regime ordinario, che sono di seguito sintetizzate:

- Termini di presentazione della domanda più ampi: la domanda deve essere presentata entro la fine del quarto mese successivo a quello in cui ha avuto inizio il periodo di sospensione o di riduzione dell'attività lavorativa.
- Periodo di fruizione del trattamento: la domanda di CIGO si applica retroattivamente ai periodi a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino alla fine del mese di agosto 2020, per una durata massima di nove settimane, aumentata, dal decreto rilancio, di ulteriori nove settimane fino al 31 ottobre 2020, termine spostato al 31 dicembre 2020 dal decreto legge 104/2020 convertito in l. 126/2020 (cd. "decreto agosto").
- Assenza di causali: ai fini della concessione, è sufficiente indicare la causale specifica "emergenza Covid-19".
- I periodi di integrazione non saranno conteggiati: i periodi di fruizione della CIGO non vengono conteggiati nei limiti temporali di fruizione massima de-

---

<sup>2</sup> M. MARAZZA, *Procedure sindacali e CIGD causale "COVID-19": la commedia degli equivoci*, in *giustiziavivile.com*, ed. speciale, n. 1, 2020, p. 187; C. DE MARCO, *Gli strumenti di sostegno al reddito per situazioni di non lavoro dovute all'emergenza epidemiologica: artt. 19-22 del d.l. n. 18/2020, conv. nella legge n. 27/2020 e successive modifiche*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio. Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 27 ss.; M. MARRUCCI, *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *giustiziavivile.com*, ed. speciale, n. 1, 2020, p. 191; M. FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Instant book della Consulta giuridica della Cgil, n. 1, Ediesse, Roma, 2020, p. 167 ss.

gli ammortizzatori sociali di cui al d.lgs. 148/15 e non vengono computati ai fini delle successive richieste. Ciò consente ad una impresa che aveva già in essere dei programmi di sospensione delle attività attraverso la CIGO/CIGS, la sospensione degli stessi al fine di avere accesso al trattamento di integrazione salariale con causale specifica “emergenza Covid-19”.

- Esonero dal pagamento del contributo addizionale: pur permanendo l’obbligo del pagamento del contributo ordinario già versato mensilmente dalle imprese, dal momento dell’attivazione della CIGO con la causale “emergenza Covid-19”, il datore di lavoro è esonerato dal pagamento del contributo addizionale richiesto in proporzione all’effettiva fruizione dell’ammortizzatore, previsto in linea generale dal d.lgs. 148/2015.
- Assenza del requisito di anzianità lavorativa dei lavoratori destinatari: per i lavoratori destinatari del trattamento di integrazione salariale “speciale” (Covid-19), non è richiesto il requisito di anzianità di effettivo lavoro di novanta giorni alla data di presentazione della domanda, pertanto, potranno beneficiare del trattamento tutti i dipendenti assunti alla data del 23 febbraio 2020.
- Procedura di informazione e consultazione sindacale: la l. 27/2020 di conversione del d.l. 18 ha previsto che il datore di lavoro sia esonerato dall’obbligo di effettuare l’informazione, la consultazione e l’esame congiunto con gli organismi di rappresentanza sindacale in azienda (art. 19, co. 2, d.l. 18/2020). Tuttavia, il decreto rilancio ha reintrodotto l’informazione, la consultazione e l’esame congiunto che possono essere svolte anche in via telematica.
- Come si è anticipato, le aziende che hanno in corso un trattamento di integrazione salariale straordinario, possono presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale per un periodo non superiore a nove settimane. La concessione del trattamento ordinario sospende e sostituisce il trattamento di integrazione straordinario già in corso (art. 19, co. 1, d.l. 18/2020).

Con riguardo alla CIGD, il d.l. 18/2020 prevede che le Regioni e le Province Autonome possono riconoscere trattamenti di cassa integrazione salariale in deroga ai datori di lavoro del settore privato, ivi inclusi quelli agricoli, della pesca e del terzo settore compresi gli enti religiosi civilmente riconosciuti (esclusi soltanto i datori di lavoro domestico), per i quali non trovino applicazione le tutele previste dalle vigenti disposizioni in materia di sospensione o riduzione di orario. La CIGD per l’emergenza Covid-19 è riconosciuta per la durata della sospensione del rapporto di lavoro, sino ad un massimo di nove settimane, durata aumentata, anche in questo caso dal decreto rilancio, di ulteriori nove settimane fino al 31 ottobre 2020 e, successivamente, fino al 31 dicembre 2020. Per i datori di lavoro che occupano più di cinque dipendenti, l’accesso a tale ammortizzatore è subordinato alla conclusione di un accordo, anche in via telematica, con le or-

ganizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Tale trattamento è riconosciuto a decorrere dal 23 febbraio 2020 e limitatamente ai dipendenti già in forza alla medesima data.

#### 4. I congedi dal lavoro al tempo del Covid-19

Passando alla disciplina dei congedi occorre fare una premessa. Il 7 aprile 2020 l'OIL ha pubblicato un rapporto intitolato *Covid-19 and the World of Work* dal quale si ricava un dato a volte sottovalutato: nel Mondo ci sono circa 136 milioni di lavoratori in prima linea nella lotta al virus, ovvero coloro che operano nei settori della sanità e in quello sociale con tutto l'indotto. Mi riferisco a medici, infermieri, lavoratori sociali, lavoratori nelle strutture residenziali, ma anche lavoratori a sostegno di queste attività come lavanderie e operatori delle pulizie. Ebbene da questo studio si evince che il 70% di questi sono donne, dato che va tenuto in considerazione nell'affrontare la tematica dei congedi che si muove lungo il crinale della conciliazione fra vita personale e vita professionale. Pertanto, la prospettiva prescelta è di guardare in primo luogo a questi lavoratori per analizzare la disciplina dei congedi.

A ben guardare, l'art. 25, d.l. 18/2020 fa riferimento proprio alla parità di genere, poiché riconosce ad entrambi i genitori lavoratori il diritto di fruire, alternativamente, del congedo parentale per una durata massima di quindici giorni, estesa a trenta del decreto rilancio. L'ambito di applicazione del congedo di cui all'art. 25 riguarda soltanto i lavoratori del settore privato. Per il personale alle dipendenze della pubblica amministrazione è prevista una disposizione specifica che, pur rinviando per le modalità di fruizione del congedo a quanto previsto per il settore privato, differisce da quest'ultimo con riguardo all'arco temporale di riferimento che si estende fino alla riapertura delle scuole di ogni ordine e grado<sup>3</sup>. In questo modo il legislatore ha previsto un trattamento differente per i lavoratori pubblici e per quelli privati, in quanto per i primi la disciplina speciale dei congedi era utilizzabile fino alla riapertura delle scuole, mentre per i lavoratori privati si applicava fino al 31 agosto 2020. E tale diversità di trattamento non è giustificata nemmeno dal ricorso allo *smart working*, che è considerato lo strumento-principe per garantire la conciliazione tempi di vita/tempi di lavoro soprattutto nel settore pubblico.

---

<sup>3</sup> M. VITALETTI, *Equilibrio fra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, ed. speciale, n. 1, 2020, p. 123; A. GABRIELE, *Worklife balance ed emergenza sanitaria: il difficile "equilibrio" tra attività professionale e lavoro di cura familiare*, in A. GARILLI, *op. cit.*, p. 115 ss.; L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 153 ss.

Interessati dall'art. 25 sono i lavoratori subordinati, i lavoratori iscritti alla gestione separata e quelli autonomi iscritti all'Inps. Il decreto, quindi, identifica i soggetti in considerazione dell'Ente previdenziale di appartenenza.

Tali lavoratori potranno ricorrere al congedo qualora genitori di figli minori di età fino ai dodici anni. L'età non costituisce più condizione per l'accesso a tale misura, quando si è genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, l. 104/1992.

Il limite dei dodici anni di età viene esteso fino ai sedici anni, anche se in questa ipotesi non verrà corrisposta una indennità per la sospensione dal rapporto di lavoro. In tal caso il periodo di congedo non è circoscritto ai quindici giorni, ma può essere fruito per tutto il tempo di sospensione delle attività didattiche nelle scuole, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa.

Il d.l. 18/2020 prevede inoltre il divieto di licenziamento qualora il genitore interessato eserciti il diritto al congedo, così introducendo una norma di protezione che comporta in caso di violazione la nullità del provvedimento posto in essere e la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

L'indennità per i lavoratori del settore privato è pari al 50% della retribuzione e, dunque, più alta di quella normalmente prevista ai sensi dell'art. 34, d.lgs. 151/2001, per i congedi parentali. Per i genitori con figli di età non superiore ai dodici anni, iscritti in via esclusiva alla gestione separata, spetta una indennità calcolata su ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50% di 1/365 del reddito individuato.

## **5. Brevi considerazioni finali fra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione**

È opportuno fare alcune brevi notazioni finali.

Riprendendo il discorso sulle fonti, assodato che il legislatore si muove lungo il crinale della legalità sotto l'ombrello protettivo dello stato d'emergenza, si segnala un profilo di interesse giuslavoristico. Dalla procedura per la CIGO era stata espunta l'informazione, la consultazione e l'esame congiunto con le rappresentanze sindacali così sospendendo una delle principali garanzie previste dalla legge e rischiando di intaccare anche valori protetti dalle norme costituzionali e dalle norme primarie dell'Unione (art. 27 CDFUE, che in questo caso si applica), naturalmente sempre tenendo conto della presenza dell'ombrello protettivo della dichiarazione dello stato d'emergenza, oltre a essere distonica rispetto alle indicazioni che il rapporto dell'Oil prima menzionato fornisce per superare la crisi del lavoro derivante dalla contingenza sanitaria (che consigliano il ricorso

al consenso e al dialogo sociale per rendere effettive le misure sociali). Diversa è invece la questione della sottoscrizione degli accordi collettivi in via telematica perché qui si incide soltanto sulle modalità di svolgimento della trattativa e della relativa sottoscrizione dell'accordo. Pertanto, può dirsi che, con riguardo alla CIG, ad essere sacrificata non era tanto la dimensione collettiva (in fondo nella CIGD l'accordo sindacale, seppure "telematico", ha un ruolo centrale), quanto quella partecipativa poiché in tutti i tipi di CIG si prescindeva completamente dall'informazione e dalla consultazione delle RSA o delle RSU.

In conclusione, occorre volgere lo sguardo al ruolo dell'Unione europea.

Sul versante del rischio disoccupazione va segnalata una misura, che ha carattere temporaneo: la c.d. SURE (acronimo dall'inglese *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) presentata dalla Commissione europea il 2 aprile 2020 e disciplinata dal Regolamento (UE) 2020/672 del 19 maggio del medesimo anno, quale strumento ulteriore per consentire all'Unione di fornire assistenza finanziaria in forma di prestiti agli Stati membri colpiti<sup>4</sup>. Lo strumento è fondato sull'art. 122, par. 2, TFUE, in base al quale "qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione". Pertanto, SURE è stato messo a disposizione degli Stati che devono impiegare notevoli mezzi finanziari per combattere le conseguenze economiche e sociali della pandemia e garantisce un'assistenza finanziaria aggiuntiva, integrando così le misure nazionali e le sovvenzioni normalmente erogate per tali scopi nell'ambito del Fondo sociale europeo. Nello specifico, tale strumento funge da seconda linea di difesa per finanziare i regimi di riduzione dell'orario lavorativo, aiutando gli Stati membri a preservare i posti di lavoro e, così facendo, a tutelare i lavoratori dipendenti e autonomi dal rischio di disoccupazione e di perdita del reddito.

L'atteggiamento dell'UE con riferimento al discorso dei congedi, così come è stato condotto qui, è (casualmente) sintonico con l'emergenza sanitaria. Ricordo che l'Unione ha adottato, circa un paio d'anni fa, una nuova direttiva in materia

---

<sup>4</sup> Su SURE v., fra gli altri, S. GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri...Noterella polemica sulla proposta della Commissione d'una cosiddetta Cassa integrazione europea*, in *RDSS*, 2020, p. 421 ss., critico più che sullo strumento in sé sulla sua qualificazione come forma di solidarietà europea poiché non si rinviene nel caso di specie "un legame che obbliga, un dovere di assistenza, una forma istituzionalizzata di redistribuzione di risorse in favore del membro della comunità che si trovi in difficoltà" (p. 423); A. RICCOBONO, *Un "salto di specie" per l'UE: la solidarietà europea alla prova della crisi pandemica*, in A. GARILLI, *op. cit.*, pp. 201-204.

(la 2019/1158), peraltro ancora non attuata in Italia. Tale direttiva già dal titolo, che contiene l'espressione *equilibrio fra vita professionale e vita familiare per i genitori*, intende contribuire a riformare la disciplina dei congedi proprio nel senso auspicato dal d.l. 18/2020, ovvero nella direzione della parità fra uomini e donne che è sempre opportuna ma che diventa necessaria a garantire al meglio i compiti di soccorso, cura e assistenza durante l'emergenza coronavirus che, come ho detto, sono espletati prevalentemente da donne.



## Sul potere di controllo nel rapporto di lavoro subordinato

SOMMARIO:\* 1. Le ragioni della novella. – 2. La nuova disciplina sui controlli. – 2.1. Il divieto di controlli diretti. – 2.2. La definizione di un nuovo perimetro di legittimità. – 2.3. L'installazione. – 3. Prestazioni, strumenti e presenze: le deroghe di legge. – 3.1. Strumenti di lavoro. – 3.2. Accessi e presenze. – 4. Le ulteriori condizioni di liceità. – 4.1. L'utilizzabilità dei dati. – 4.2. L'informativa al prestatore. – 4.3. L'attrazione delle regole sulla *privacy*. – 5. I controlli difensivi. – 5.1. Le criticità nell'evoluzione giurisprudenziale. – 5.2. La riforma e la possibile ridefinizione della categoria. – 6. Concludendo.

### 1. Le ragioni della novella

La ridefinizione dell'art. 4 Statuto Lavoratori è tema oltremodo complesso che richiede di riflettere su problematiche correlate al controllo a distanza (spaziale e temporale) sull'attività lavorativa, al bilanciamento tra tutela della dignità e della personalità dei lavoratori ed esigenze di difesa del patrimonio aziendale, nonché alle vicende patologiche del rapporto.

Della disposizione originaria si è spesso discusso come di una norma capace di resistere agli effetti del tempo: una disposizione dinamica, capace di adeguarsi al repentino mutare delle modalità di esecuzione della prestazione e al frenetico progresso tecnologico. Tuttavia, parrebbe più corretto riconoscere che la resistenza della norma è stata possibile soprattutto per la sua sostanziale “*mancata attuazione*”<sup>1</sup> imputabile, in via primaria, all'inerzia di imprese e sindacati: la violazione delle regole sul controllo ha permesso ai lavoratori di contestare l'utiliz-

---

\* La presente riflessione trae spunto dal contributo – redatto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 – C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, in AA.VV., *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, a cura di P. CURZIO, L. DI PAOLA e R. ROMEI, Milano, 2018, che viene qui riletto anche in ragione della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità.

<sup>1</sup> In questo senso, A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, IV, 512 ss.

zabilità delle informazioni assunte, ottenendo indirettamente – seppur, nella sola sfera individuale – quella tutela della riservatezza che la disposizione intendeva accordare a livello collettivo.

In questa prospettiva, non pare eccessivo affermare che l'art. 4 Statuto Lavoratori ha garantito il bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco operando, di fatto, quale meccanismo di risoluzione (*ex post*) del contenzioso, più che quale strumento di regolazione (*ex ante*) del rapporto: affermazione che muove dal complesso – discontinuo e, talvolta, ambiguo – panorama giurisprudenziale che ne ha contraddistinto l'applicazione.

La peculiare resilienza della norma, tuttavia, ha dovuto necessariamente cedere a fronte dell'accelerazione dell'evoluzione tecnologica e della conseguente trasformazione delle dinamiche lavorative: una vera e propria rivoluzione nella modalità di esecuzione della prestazione e di gestione del rapporto che ha provocato la definitiva emersione di contraddizioni e limiti propri di una disciplina che appartiene alla preistoria dei *personal computer*<sup>2</sup>.

Ecco, quindi, l'urgenza di un intervento normativo resa palese dall'emersione di contrasti giurisprudenziali non altrimenti risolvibili; il riferimento ai controversi orientamenti in tema di controlli difensivi pare scontato, ma sul punto vi sarà modo di soffermarsi<sup>3</sup>.

Prima di procedere, tuttavia, deve darsi conto dei pregiudizi che ci accompagnano.

In primo luogo, vi è un principio che non si ritiene superato né superabile che è quello per cui la vigilanza sul lavoro deve essere – sempre e comunque – mantenuta in una “*dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro*”<sup>4</sup>: convinzione che muove da un'eredità giurisprudenziale composta – a dispetto delle criticità interpretative già evidenziate – da un nucleo di conoscenza consolidato, ma anche dal fatto che l'art. 1, comma 7, lett. f, l. n. 183 del 2014 ha demandato al legislatore delegato di ridisegnare la “*disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e*

---

<sup>2</sup> In questo senso, ad esempio, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23 d.lgs. 151/2015)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, 77 ss., che espressamente riflette sulle “*aporie del modello statutario*”; E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, in AA.VV., *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. TIRABOSCHI, Milano, 2016.

<sup>3</sup> Vedi I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra le regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del Codice della privacy*, in *Lab. law iss.*, 2016, 2, 1.

<sup>4</sup> Relazione Ministeriale di accompagnamento alla l. n. 300 del 1970.

*contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore*".

In secondo luogo, non pare condivisibile la posizione di quanti ritengono che il legislatore abbia riconsegnato, dopo un *restyling* apparente, una disposizione immutata nelle sue ricadute sostanziali.

L'intento, nel complesso, è verificare se sia ancora possibile sostenere – come affermato dal Supremo Collegio con sentenza del 18 febbraio 1983, n. 1236 – che l'art. 4 Statuto Lavoratori proibisce il controllo intenzionale e diretto del datore di lavoro in quanto in contrasto con la Costituzione e lesivo dei diritti della personalità del dipendente complessivamente considerata.

## 2. La nuova disciplina sui controlli

### 2.1. Il divieto di controlli diretti

Ai sensi dell'originario art. 4, comma 1, Statuto Lavoratori, doveva considerarsi vietato *“l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori”*.

Con l'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015, il legislatore del *Jobs Act* ha profondamente modificato la previsione invertendo la prospettiva dell'intervento regolatorio: il nuovo comma primo – regola generale in materia di controlli – definisce ciò che è permesso, non ciò che deve intendersi vietato (*“gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale...”*).

A dispetto del cambio di prospettiva, non può revocarsi in dubbio che permanga l'originario divieto di controlli diretti sulla prestazione lavorativa finì a se stessi o, comunque, attuati per scopi differenti da quelli – tassativamente – previsti dalla legge<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> In questo senso, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, cit.; vedi anche M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *WP. C.S.LD.L.E.*, 2016, 300; E. DAGNINO, *Tecnologie e controlli a distanza*, cit.; A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, in *AA.VV., Commentario breve alla riforma del “Jobs Act”*, a cura di G. ZILIO GRANDI e M. BIASI, Padova, 2016. Per un approfondimento critico del tema, M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull'adempimento della prestazione di lavoro*, in *AA.VV., Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, a cura di P. TULLINI, Torino, 2017, 45 ss.

Da un lato, l'affermazione opposta si porrebbe in aperto contrasto con il precetto di cui all'art. 41<sup>6</sup>, comma 2, Costituzione, che impone il costante bilanciamento tra gli interessi dell'impresa e quelli dei lavoratori, e con l'art. 2087 c.c.<sup>7</sup>, che pone in capo al datore di lavoro un preciso obbligo di tutela della personalità morale dei lavoratori. Dall'altro, deve rammentarsi, sotto un profilo logico-sistematico, che l'art. 4 appartiene al Titolo I dello Statuto Lavoratori – *“della libertà e della dignità del lavoratore”* – ed è, quindi, disposizione da interpretarsi ponendo al centro la *ratio* che vi è sottesa.

D'altronde, se ai sensi della rinnovata disposizione i controlli debbono ritenersi possibili solo per esigenze organizzative e produttive (da tenere assolutamente distinte dall'interesse all'esatto adempimento della prestazione lavorativa), per la sicurezza del lavoro e/o per la tutela del patrimonio aziendale, deve necessariamente ritenersi che il controllo a distanza fine a se stesso resti vietato, e possa esser tollerato nei soli casi in cui risulti precipitato ineliminabile dell'impiego di strumenti finalizzati alla salvaguardia di legittime esigenze dell'impresa, per come normativamente individuate.

Pare peraltro evidente che, se si accedesse alla tesi opposta, si svuoterebbe di effetto la tipizzazione legale.

## 2.2. La definizione di un nuovo perimetro di legittimità

Stabilendo che il datore di lavoro può avvalersi di strumenti tecnologici caratterizzati da intrinseche potenzialità di controllo per le sole finalità tipizzate dalla norma, l'art. 4 Statuto Lavoratori introduce un vero e proprio vincolo strumentale: un limite che conferma – ineliminabile presupposto logico-giuridico – la permanenza dell'originario divieto di controlli diretti sulla prestazione.

Se l'impiego degli strumenti tecnologici è ammesso *“esclusivamente”* per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, allora il controllo è legittimo solo se conseguenza, accidentale e indiretta, di attività che siano funzionali a quelle sole specifiche esigenze; si rinviene, in sostanza, un vincolo di *necessaria causalità* che opera

---

<sup>6</sup> A mente del quale *“l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*.

<sup>7</sup> Il quale stabilisce che *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

da argine alla possibilità per il datore di assoggettare i dipendenti a un controllo continuo e anelastico.

Nella rinnovata disposizione si rinvergono due ulteriori elementi di discontinuità.

La norma distingue tra *impiego* (consentito solo per le finalità di legge) e *installazione* (subordinata all'autorizzazione del sindacato o dell'ispettorato del lavoro) degli strumenti tecnologici: una distinzione che induce a ritenere che i controlli non possano ritenersi legittimi per il sol fatto dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione amministrativa (che risultano necessari già per l'installazione dello strumento, anche ove non funzionante), dovendo essere altresì funzionali al soddisfacimento di una delle esigenze tassativamente indicate dalla legge.

Il nuovo art. 4 Statuto Lavoratori, inoltre, non disciplina l'utilizzo degli strumenti di controllo propriamente intesi, ma di tutti quei dispositivi il cui utilizzo abbia insita, direttamente o indirettamente ("*dai quali derivi anche*"), una potenzialità di controllo.

Si tratta di una scelta indubbiamente coerente con le prescrizioni della legge delega e la *ratio* che vi è sottesa: la l. n. 183 del 2014 ha inteso ridisegnare la disciplina dei controlli indipendentemente dalla tipologia degli strumenti considerati, circoscrivendo la finalità da perseguire nel contemperamento tra esigenze datoriali e tutela della personalità del lavoratore.

È la presa d'atto di come, nell'attuale rivoluzione tecnologica, gli strumenti per mezzo dei quali può realizzarsi un controllo a distanza non sono più solo quelli esterni alla prestazione lavorativa, ai quali il legislatore dello Statuto aveva potuto limitare la regolamentazione, e la *ratio* della novella sarebbe frustrata se fossero esclusi dalla disciplina quegli strumenti tecnologici che partecipano di una connaturata e ineliminabile potenzialità di controllo, e che rappresentano la quotidianità della realtà lavorativa.

### 2.3. L'installazione

Ai sensi dell'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015, gli impianti e gli strumenti tecnologici possono "*essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive*

*dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali”.*

La norma è stata modificata nella sua ultima parte dall’art. 5, comma 2, d.lgs. n. 185 del 2016, che ha previsto che, *“in mancanza di accordo, gli impianti e gli strumenti di cui al primo periodo possono essere installati previa autorizzazione della sede territoriale dell’Ispettorato nazionale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più sedi territoriali, della sede centrale dell’Ispettorato nazionale del lavoro. I provvedimenti di cui al terzo periodo sono definitivi”*<sup>8</sup>

Due gli aspetti rispetto ai quali può individuarsi una soluzione di continuità rispetto al passato.

In primo luogo, oggi è possibile siglare l’accordo con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>9</sup>, a condizione che si tratti di accordi concernenti imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione, ovvero in diverse regioni. Sul punto, la novella si discosta dall’orientamento giurisprudenziale, oltremodo rigido, che imponeva la stipulazione di un accordo sindacale in ciascuna unità produttiva:

*“l’installazione in azienda, da parte del datore di lavoro, di impianti audiovisivi – che è assoggettata ai limiti previsti dall’art. 4 dello Statuto dei lavoratori anche se da essi derivi solo una mera potenzialità di controllo a distanza sull’attività lavorativa dei dipendenti, senza che peraltro rilevi il fatto che i dipendenti siano a conoscenza dell’esistenza di tali impianti – deve essere preceduta dall’accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, non essendo sufficiente, in ragione della tassatività dei soggetti indicati dal secondo comma dell’art. 4 cit., a legittimare tale installazione un’intesa raggiunta dal datore di lavoro con organi di coordinamento delle r.s.a. di varie unità produttive; con l’ulteriore conseguenza che è identificabile in tale fattispecie un comportamento antisindacale del datore di lavoro, reprimibile con la speciale tutela approntata dall’art. 28 dello Statuto dei lavoratori, la quale prescinde dall’esistenza di alcuno specifico elemento intenzionale”*<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Il previgente art. 4, comma 2, Statuto Lavoratori disponeva: *“gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l’Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l’uso di tali impianti”.*

<sup>9</sup> Sul punto, la novella legislativa si discosta nettamente dall’orientamento giurisprudenziale, oltremodo rigido, che richiedeva la stipulazione di un accordo sindacale in ciascuna unità produttiva (Cass. 16 settembre 1997, n. 9211; contra Cass. 11 giugno 2012, n. 22621).

<sup>10</sup> Cass. 16 settembre 1997, n. 9211; contra Cass. 11 giugno 2012, n. 22621.

Merita, poi, di esser evidenziata – in quanto strumento di significativa semplificazione – la facoltà di stipulare un accordo delocalizzato e unitario (che per il datore di lavoro costituisce un’alternativa, non un obbligo): soluzione che consente di non reiterare le trattative nelle singole unità produttive, così come di evitare il rischio di accordi differenziati in ragione dell’influenza dei differenti equilibri locali<sup>11</sup>.

In mancanza di accordo – che deve essere, quantomeno, tentato – il datore di lavoro può ricorrere all’autorizzazione amministrativa e, anche in questo caso, deve darsi conto di significativi elementi di discontinuità rispetto alla disciplina pregressa.

Al pari di quanto previsto per l’accordo sindacale, l’impresa che abbia più unità produttive dislocate può ricorrere all’autorizzazione della sola sede centrale dell’Ispettorato Nazionale del Lavoro<sup>12</sup>; rispetto all’originaria formulazione, inoltre, non è più prevista la possibilità per l’Ispettorato del Lavoro di dettare “*le modalità per l’uso di tali impianti*”.

Fondamentale, allora, interrogarsi sulla possibilità che possano essere introdotti limiti a livello sindacale o amministrativo all’impiego degli strumenti oggetto di accordo o autorizzazione, anche e soprattutto, avuto riguardo alla possibilità di limitare o escludere l’utilizzabilità dei dati a fini disciplinari.

In astratto, nulla osta a pattuizioni di questo tipo nell’ambito degli accordi sindacali, salvo considerare il rischio che il datore di lavoro – per evitare vincoli – si determini a far ricorso all’autorizzazione amministrativa.

Avuto riguardo a quest’ultima, la mancata riproposizione dell’inciso “*dettando, ove occorra, le modalità per l’uso di tali impianti*” parrebbe trovare la sua ragion d’essere nel nuovo comma terzo, a mente del quale “*le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro...*”: se è il legislatore a sancire – ferme le previste condizioni di legittimità – il diritto del datore di lavoro di utilizzare le informazioni raccolte “*a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”, non pare esservi spazio per ammettere che la Direzione Territoriale del Lavoro possa subordinare l’autorizzazione amministrativa al rispetto di restrizioni in ordine al successivo impiego dei dati<sup>13</sup>. Quest’ultima,

<sup>11</sup> Per quanto la norma non lo chiarisca, si ritiene di condividere l’orientamento di quanti ammettono, ai fini della validità dell’accordo, che sia sufficiente che lo stesso sia siglato con il consenso della maggioranza delle RSA: concludere per la necessità di un consenso unanime significherebbe, di fatto, conferire alle OO.SS. un potere di veto che non trova aggancio normativo e che potrebbe determinare profondi squilibri nelle relazioni sindacali.

<sup>12</sup> Originariamente, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

<sup>13</sup> In questo senso, A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit.; contra, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro*, cit., che ritiene che l’autorità amministrativa abbia ancora la possibilità di dettare le modalità d’uso degli impianti in quanto “*possibilità, rientrando nella discrezionalità dell’amministrazione in uno spirito di bilanciamento...*”.

peraltro, è considerazione che trova conforto nel controlimito introdotto nel medesimo comma terzo, nella parte in cui delinea una specifica condizione cui è subordinato l'esercizio del potere datoriale: "...che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196".

Da ultimo, deve escludersi che il datore di lavoro abbia la facoltà di liberarsi, mediante accordi o autorizzazioni, dei limiti del primo comma o degli obblighi del terzo comma.

Sul permanere del tassativo divieto di controlli fini a se stessi si è già avuto modo di soffermarsi, un limite che è precipitato ineludibile di garanzie di rango costituzionale.

La nuova fisionomia dell'art. 4 Statuto Lavoratori rivela una norma orientata, prima ancora che alla tutela degli interessi della collettività dei lavoratori, alla salvaguardia del prestatore quale individuo: in un sistema così strutturato, sarebbe incoerente dar spazio a deroghe frutto di complessi e contingenti equilibri contrattuali.

### **3. Prestazioni, strumenti e presenze: le deroghe di legge**

Il nuovo art. 4, comma 2, Statuto Lavoratori stabilisce che *"la disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze"*.

Per quanto la portata derogatoria della previsione risulti evidente, tutt'altro che agevole pare la delimitazione degli ambiti applicativi.

Ai sensi del primo comma, gli strumenti che partecipano di una connaturata potenzialità di controllo possono essere impiegati solo ai fini del soddisfacimento degli interessi ivi tipizzati (esigenze organizzative e produttive, sicurezza del lavoro, e tutela del patrimonio aziendale), e a condizione che vi sia un accordo sindacale o un'autorizzazione amministrativa: è necessario verificare, dunque, se la deroga sia destinata a operare tanto sul primo vincolo (quello che possiamo definire di "strumentalità necessaria") quanto sul profilo consensuale e/o autorizzatorio.

Il dato testuale *"la disposizione di cui al comma 1 non si applica"* parrebbe sottintendere una deroga totale.

Per il pregiudizio che ci accompagna, la prospettiva di una deroga complessiva (acausalità nell'impiego e irrilevanza di accordi e/o autorizzazioni) è soluzione che non convince già solo per una questione di ordine logico-sistematico: è lo stesso comma secondo che, nel disciplinare l'impiego degli strumenti *"utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa"* e quelli *"di registrazione degli accessi e delle presenze"*, prevede a sua volta specifici vincoli riconducibili alle macro-categorie del primo comma.

Sotto questo profilo, dunque, la previsione conferma l'impianto generale già delineato dalla prima parte della disposizione.

Un approccio di differente tenore, peraltro, si porrebbe in aperta contraddizione con i principi generali che governano la materia e, segnatamente, con l'esigenza di garantire – ancor oggi – che la vigilanza sul lavoro sia mantenuta in una dimensione umana che non le consente di essere fine a se stessa: derogare al limite della strumentalità tipizzata significherebbe legittimare un controllo occulto e continuativo sui dipendenti e, quindi, una soluzione incompatibile con la tutela garantita ai diritti inviolabili di cui agli artt. 2, 13, 15 e 41, comma 2, Costituzione.

In questo senso, si ritiene ancora oltremodo attuale l'orientamento giurisprudenziale che ha affermato l'esistenza di un divieto assoluto di impiego di apparecchiature che abbiano quale esclusiva finalità quella del controllo a distanza dei lavoratori e di controllo dell'attività lavorativa in quanto tale.

Se così è, allora la deroga deve ritenersi limitata al solo vincolo dell'accordo e/o dell'autorizzazione amministrativa.

La scelta di operare una semplificazione nell'impiego di beni necessari allo svolgimento della prestazione, sottraendoli ad aprioristici vincoli potenzialmente ostativi, trova il proprio contrappeso normativo nella disciplina affidata al terzo comma che – esplicitando la piena operatività delle regole in materia di tutela della riservatezza – subordina l'utilizzo delle informazioni raccolte a condizioni che pongono al centro la tutela della dignità e della personalità del prestatore.

### 3.1. Strumenti di lavoro

Definiti i confini esterni della deroga, deve ora necessariamente riflettersi su quale possa essere l'ambito oggettivo di applicazione del nuovo art. 4, comma 2, Statuto Lavoratori e, dunque, in primo luogo, quale significato possa e debba essere attribuito all'espressione "*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*".

Sotto un profilo prettamente logico-sistematico, pare possibile affermare che alla disposizione debba guardarsi come a una norma di stretta interpretazione, sia in ragione della portata derogatoria che la contraddistingue, sia in ragione dell'esigenza – chiaramente esplicitata dal legislatore delegante – di garantire il bilanciamento di contrapposti interessi di rango costituzionale.

Considerato quanto già osservato in ordine all'individuazione di veri e propri vincoli strumentalità, può allora ritenersi che vi sia disciplinato l'utilizzo dei beni oggettivamente e strettamente necessari all'esecuzione della prestazione lavorativa dovendosi escludere, per contro, che medesima deroga possa applicarsi a quell'insieme di strumenti che – pur non essendo intrinsecamente funzionali

all'esecuzione della prestazione – vengono forniti dal datore di lavoro quale trattamento di miglior favore<sup>14</sup>.

La distinzione, nell'era della delocalizzazione della prestazione lavorativa, potrebbe apparire scolastica posto che i dispositivi tecnologici portatili maggiormente diffusi sono ormai, quasi sempre, uno strumento di lavoro.

Invero, non pare possibile ricondurre alla categoria degli “*strumenti di lavoro*” tutti i beni che siano consegnati o messi a disposizione dalla parte datoriale, e ciò proprio in ragione di quel vincolo di strumentalità che si è tentato sin qui di tratteggiare e che deve essere ora riempito di contenuto: sarà necessario operare, volta per volta, una verifica in ordine all'effettiva sussistenza del presupposto legale.

La distinzione tra “strumenti di lavoro” propriamente intesi e “strumenti accessori” è funzionale all'individuazione della disciplina da applicarsi<sup>15</sup>.

In questo senso si è pronunciata la prima giurisprudenza di merito:

*“ai fini dell'art. 4, secondo comma, Stat. lav., come modificato dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 151/2015, si definisce strumento di lavoro lo strumento concretamente impiegato dal dipendente nello svolgimento delle mansioni, distinto dagli strumenti di controllo di cui all'art. 4, primo comma, Stat. lav., rispetto ai quali il lavoratore è sempre soggetto passivo<sup>16</sup>”;*

*“non sono utilizzabili a fini disciplinari i dati relativi a conversazioni effettuate attraverso un'applicazione di messaggistica istantanea, estratti da uno smartphone in uso ad un lavoratore, in violazione dell' art. 4 della l. n. 300/1970, nonché della normativa in materia di privacy, non potendo tale strumento essere ritenuto incluso nell' art. 4, secondo comma, della l. n. 300/1970, in mancanza di un vincolo di strumentalità tra tale applicativo e lo svolgimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente<sup>17</sup>”.*

---

<sup>14</sup> Si pensi, in particolare, a quei beni di cui il lavoratore può usufruire, gratuitamente o a condizioni più vantaggiose rispetto a chi si rivolge al mercato per acquistarli: *computer* portatile, telefono cellulare, auto aziendale ad uso promiscuo, sono strumenti che partecipano, tutti, di una connaturata potenzialità di controllo.

<sup>15</sup> Ad esempio, vi sarà da indagare quando e se l'auto aziendale – normalmente munita di geolocalizzatore – possa essere definita “*strumento di lavoro*”, non risultando possibile accomunare sotto questo profilo la prestazione dell'impiegato amministrativo di azienda a quello dell'informatore scientifico; ancora, se l'esempio più tipico di *fringe benefit* è quello del telefono aziendale, sarà necessario interrogarsi se lo stesso possa essere considerato “strumento di lavoro” sia ove nella disponibilità di un commerciale destinato a rendere una prestazione principalmente delocalizzata e itinerante, sia ove concesso in uso a un dipendente chiamato a rendere una prestazione stanziale che abbia a disposizione strumenti di comunicazione fissi.

<sup>16</sup> Trib. Roma 24 marzo 2017.

<sup>17</sup> Trib. Milano 24 ottobre 2017.

A fronte dell'accennata ripartizione, peraltro, possono configurarsi due distinte ipotesi: può ritenersi che, per gli strumenti "accessori", la deroga di cui al comma secondo non sia destinata a operare (e, quindi, che per il loro impiego siano sempre necessari l'accordo o l'autorizzazione), oppure, che della potenzialità di controllo di questa seconda tipologia di beni il datore di lavoro non potrà avvalersi in nessun caso, potendosi limitare alla verifica del loro corretto impiego (ossia del loro utilizzo nel rispetto delle leggi e dei regolamenti aziendali).

La prima opzione non pare coerente con lo spirito della legge che, nel derogare al presupposto di cui al comma primo per gli strumenti di lavoro, manifesta la volontà di introdurre una disciplina volta a semplificare la gestione dei dispositivi tecnologici di più ampia diffusione.

Più convincente il secondo approccio poiché, nel quadro delineato dalle esigenze di tutela e dai principi sin qui enunciati, deve escludersi che un datore di lavoro possa procedere al controllo sul dipendente mediante monitoraggio di dati presenti su *devices* il cui utilizzo risulti svincolato dell'oggetto della prestazione e, più in generale, dall'adempimento delle obbligazioni che discendono dal rapporto di lavoro subordinato; deve parimenti escludersi che siffatto controllo possa essere "facoltizzato" da accordi aziendali i cui equilibri – come si è già avuto modo di osservare – non garantiscono un'adeguata tutela delle istanze individuali.

Ciò posto, è noto che tutti gli strumenti tecnologici ormai impiegati in ambito lavorativo partecipano di una – intrinseca e ineliminabile – potenzialità di controllo oltremodo invasiva, hanno tutti un'insita possibilità di monitoraggio<sup>18</sup>, così che bisogna interrogarsi sulla possibilità di individuare – anche con riferimento agli strumenti di lavoro propriamente intesi – un limite invalicabile alla deroga di cui si discute.

Non potendosi operare un'anacronistica distinzione tra strumenti che non permettono alcuna verifica e strumenti che generano il rischio del controllo a distanza, una stimolante chiave di lettura potrebbe essere quella di distinguere tra gli strumenti che *servono al lavoratore* per rendere la prestazione<sup>19</sup>, e gli strumenti che *servono al datore di lavoro* in funzione – limite invalicabile – delle finalità tipizzate al comma primo.

---

<sup>18</sup> Questo vale, senz'altro, *computer, smartphone, tablet*, così come per la rete *internet* e posta elettronica aziendale, ma anche per gli strumenti tecnologici impiegati per lo svolgimento di specifiche attività quali, ad esempio, i dispositivi portatili utilizzati nella logistica (capaci di registrare il tempo di utilizzo e la quantità di materiale movimentato) o i terminali in uso nei *call center* (che registrano con i *file di log*, non solo l'orario di inizio e fine prestazione, ma anche il tempo di lavoro effettivo).

<sup>19</sup> Parte della Dottrina ha ritenuto di far rientrare in questo specifico ambito anche gli strumenti di controllo finalizzati a garantire uno specifico interesse del prestatore di lavoro come, ad esempio, in tutti i casi in cui l'esecuzione della prestazione sia correlata a particolari esigenze di protezione e sicurezza che giustificano il controllo a distanza.

Nel moderno contesto tecnologico, tuttavia, *“la distinzione necessita di un’ulteriore sforzo concettuale poiché, nel definire la complessa categoria degli “strumenti”, bisogna scindere il piano dell’hardware dal piano del software: lo strumento di lavoro non può più esser considerato solo nella sua materiale unità poiché gli strumenti tecnologici si compongono oggi di una moltitudine di programmi e applicativi, dei quali solo alcuni strettamente necessari all’esecuzione della prestazione, altri funzionali alle esigenze datoriali di cui al comma primo, e altri ancora potenzialmente forieri di un controllo fine a se stesso”*<sup>20</sup>.

*“la qualificazione dei dispositivi aziendali in termini di strumenti “di controllo” o “di lavoro” non può prescindere dalla scomposizione dello strumento in tutte le sue componenti hardware e software, rispetto ad ognuna delle quali dovrà essere indagata la potenzialità di controllo. Di conseguenza, anche l’informativa predisposta ai sensi del comma 3 dell’art. 4 St. lav. dovrà essere dettagliata, specifica e rivolta ai dipendenti non in modo generico, ma in base al loro utilizzo”*<sup>21</sup>.

La prospettiva consente di non imporre aprioristicamente l’accordo o l’autorizzazione per l’utilizzo degli strumenti informatici, rendendoli invece necessari per l’installazione in questi strumenti di tutti quei *software* (di monitoraggio, localizzazione, o archiviazione) che non sono funzionali alla prestazione lavorativa e/o alla tutela di interessi propri del dipendente, ma destinati a consentire alla parte datoriale il controllo per le finalità ammesse dalla legge. Ecco, quindi, che conserva piena attualità l’orientamento giurisprudenziale che ha già ritenuto illegittimo l’utilizzo di programmi informatici che consentono il monitoraggio dei messaggi di posta elettronica aziendale e degli accessi a *internet* effettuati dai dipendenti ogniqualvolta, per le loro caratteristiche, consentano al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa, durante la prestazione, l’attività lavorativa e il suo contenuto, così da verificare se la stessa sia svolta con diligenza e correttezza:

*“i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi Internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione, l’attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento (se non altro, nel nostro caso, sotto il profilo del rispetto delle direttive aziendali)... ciò è evidente laddove nella lettera di licenziamento i fatti accertati mediante il programma Super Scout sono utilizzati per contestare alla lavoratrice la violazione dell’obbligo di diligenza sub specie di aver utilizzato tempo lavorativo per scopi*

---

<sup>20</sup> C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, cit., 92 ss.

<sup>21</sup> Trib. Torino 18 settembre 2018.

*personali (e non si motiva invece su una particolare pericolosità dell'attività di collegamento in rete rispetto all'esigenza di protezione del patrimonio aziendale"). Sulla base di tali considerazioni la Corte legittimamente ha ritenuto applicabile nella fattispecie l'art. 4, comma 2 citato, negando la utilizzabilità dei dati acquisiti dal citato programma in violazione di tale norma*<sup>22</sup>.

Su tale specifica questione è intervenuto anche il Garante per la Protezione dei Dati Personali che ha ritenuto

*“illecita la registrazione in forma elettronica, da parte del datore di lavoro, delle attività di accesso ad internet e dell'utilizzo della posta elettronica dei lavoratori, effettuata tramite sistemi e apparecchiature differenti dalle ordinarie postazioni di lavoro, con modalità non percepibili dall'utente e indipendenti dalla normale attività lavorativa dell'utilizzatore, che si articola in operazioni di controllo, filtraggio, monitoraggio e tracciatura massivi, prolungati, costanti ed indiscriminati delle connessioni internet, memorizzate in modo sistematico ed anelastico e conservate per un ampio arco temporale. Si tratta di strumenti idonei a consentire il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, in contrasto col divieto legislativo posto dalla disciplina tanto previgente quanto vigente, non potendo essere considerati strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Il relativo trattamento dei dati personali viola i principi di liceità e correttezza, di necessità, pertinenza e non eccedenza, e di proporzionalità, nonché l'obbligo di informativa degli interessati, con la conseguente inutilizzabilità dei dati*<sup>23</sup>.

In questo senso, si è anche pronunciata la giurisprudenza successiva alla novella legislativa:

*“nonostante la novella portata all'art. 4, l. n. 300 del 1970 (st. lav.) resta condivisibile quanto affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui i programmi informatici che consentono il monitoraggio della posta elettronica e degli accessi internet sono necessariamente apparecchiature di controllo nel momento in cui, in ragione delle loro caratteristiche, consentono al datore di lavoro di controllare a distanza e in via continuativa durante la prestazione, l'attività lavorativa e se la stessa sia svolta in termini di diligenza e di corretto adempimento. Il legislatore al comma 3, nel prevedere a carico del datore di lavoro l'obbligo di fornire al suo dipendente “adeguata informazione” sulle modalità d'uso degli strumenti tecnologici e sulle modalità di effettuazione dei controlli attraverso tali strumenti, introduce implicitamente il divieto di controlli occulti sulla prestazione lavorativa...”*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375.

<sup>23</sup> Autorità per la Protezione dei Dati Personali 13 luglio 2016, n. 303.

<sup>24</sup> Trib. Torino 19 settembre 2018.

La Suprema Corte, per contro, ha precisato che:

*“non è applicabile la disciplina sul controllo a distanza dell’attività lavorativa di cui all’art. 4 St. lav. quando il datore di lavoro si limiti a stampare la cronologia registrata sul browser di navigazione perché in tal caso i dati non sono raccolti attraverso un dispositivo di monitoraggio installato ad hoc e poiché l’art. 4 St. lav. si applica soltanto a quei controlli che rilevano dati sulla produttività ed efficienza nello svolgimento dell’attività lavorativa e non, viceversa, a quelli che riguardano condotte illecite estranee alla prestazione di lavoro”<sup>25</sup>.*

### 3.2. Accessi e presenze

Vigente la disposizione originaria, il Giudice di Legittimità aveva affermato:

*“in tema di divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori previsto dall’art. 4 legge n. 300 del 1970, la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall’azienda mediante un’apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti – nella specie, un congegno di sicurezza predisposto nel locale garage ove posteggiare le autovetture dei dipendenti durante l’orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente con il quale venivano attivati anche gli ingressi agli uffici – ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell’osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell’orario di lavoro e della correttezza dell’esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall’ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull’orario di lavoro e in un accertamento sul quantum della prestazione, rientrando nella fattispecie prevista dal comma 2 dell’art. 4 della legge n. 300 del 1970; né l’esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti può assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”<sup>26</sup>.*

Senz’altro innovativa, quindi, per quanto ugualmente complessa, la definizione dell’ambito oggettivo di applicazione della seconda parte dell’art. 4, comma 2, Statuto Lavoratori che stabilisce che *“la disposizione di cui al comma 1 non si applica... agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze”*.

Dal raccordo tra l’incipit del comma primo (*“...altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori...”*) e la disposizione in esame sorge la necessità di distinguere tra le due ipotesi.

---

<sup>25</sup> Cass. 1 febbraio 2019, n. 3133.

<sup>26</sup> Cass. 17 luglio 2007, n. 15892.

In ragione dei principi di riferimento e delle questioni di ordine logico-sistematico sin qui sviluppate, pare possibile affermare che l'operatività della deroga debba intendersi limitata ai sistemi di registrazione di accessi e presenze che non consentono il monitoraggio e la verifica in tempo reale dello svolgimento dell'attività lavorativa, potendo tuttavia consentire il controllo del rispetto dell'orario di lavoro e della presenza del dipendente: una soluzione alquanto agevole con riferimento agli strumenti di registrazione degli "accessi"<sup>27</sup>, ma ben più critica ove si rifletta sugli strumenti di rilevazione delle "presenze".

A quest'ultimo riguardo, pare opportuno distinguere tra strumenti di rilevazione della presenza "statica" del dipendente, che risultano riconducibili alla disciplina del secondo comma, e strumenti di rilevazione "dinamica" (ossia che consentono di seguire in tempo reale gli spostamenti del dipendente in azienda), che si ritiene debbano inquadrarsi tra gli "altri strumenti" del comma primo<sup>28</sup>: soluzione che parrebbe coerente con la scelta del legislatore di assimilare concettualmente la disciplina degli strumenti di rilevazione degli accessi (dato, senz'altro, statico) con quella degli strumenti di rilevazione delle presenze.

La progressiva evoluzione tecnologica impone di abbandonare l'idea di un controllo effettuabile per il solo tramite dei classici sistemi timbratura: sono sempre più diffusi i programmi di rilevazione degli accessi e delle presenze installati direttamente sugli strumenti necessari all'esecuzione della prestazione<sup>29</sup>. In siffatte ipotesi, distinguere tra ciò che è lecito – perché ricompreso nella disciplina del comma secondo – e ciò che è vietato o, comunque, subordinato ai vincoli del primo comma, diviene questione inevitabilmente demandata alla risoluzione dei singoli casi concreti. Allo stato, può senz'altro ammettersi il libero controllo del rispetto dell'orario di lavoro, in quanto verifica inidonea a determinare qualsivoglia lesione della libertà e della dignità del dipendente; quindi, non in quanto deroga ai precetti di cui al comma primo, ma in quanto verifica estranea alla fattispecie "*...non potendosi qualificare come strumento di controllo a distanza,*

---

<sup>27</sup> L'impiego degli strumenti di cui al secondo comma dovrà ritenersi ammissibile, non solo avuto riguardo all'accesso al luogo di lavoro, ma anche in relazione a tutti quei locali aziendali che risultino riservati a determinate categorie di dipendenti.

<sup>28</sup> Si rammenti che, nella Raccomandazione del Consiglio di Europa n. 5/2015, si precisa che l'installazione di apparecchiature in grado di localizzare i dipendenti non dovrebbe consentire la sorveglianza "continuata" degli stessi.

<sup>29</sup> Il riferimento è, per esempio, ai sistemi di rilevazione delle presenze e ai contatori orari installati nei computer degli operatori dei call center: software che consentono la verifica a distanza e in tempo reale dell'operatività a sistema del dipendente, che coincide con l'oggetto della prestazione lavorativa lui demandata.

*un'apparecchiatura di rilevamento delle presenze attivata mediante tessera magnetica (badge)*<sup>30</sup>.

Con la precisazione, tuttavia, che:

*“costituisce strumento di controllo a distanza e non mero rilevatore di presenza, il badge che consenta la rilevazione di dati relativi all'ingresso, all'uscita del dipendente e alla causale della timbratura (sospensioni, permessi, pause) che siano visibili ed utilizzabili anche in luoghi diversi dalla postazione di lavoro, risolvendosi in un controllo sul “quantum” della prestazione, ossia in un controllo costante circa l'osservanza dell'obbligo di diligenza sotto il profilo del rispetto dell'orario di lavoro. Conseguentemente, esso è installabile solo a seguito della procedura autorizzatoria di cui all'art. 4 comma 2 l. n. 300 del 1970, senza la quale i dati acquisiti, posti a giustificazione del licenziamento, devono ritenersi inutilizzabili”*<sup>31</sup>;

e che:

*“il controllo del dipendente per il tramite della rilevazione dei dati di entrata e di uscita attraverso le timbrature del badge aziendale, ove tale modalità non sia concordata preventivamente con le rappresentanze sindacali ed ove si traduca in un controllo sul quantum della prestazione lavorativa, è illegittimo e viola i limiti di cui all'art. 4 St. lav. ante riforma. Diversamente, è legittimo l'impiego delle risultanze del badge ove finalizzato allo svolgimento di indagini aventi ad oggetto fatti illeciti del dipendente, fra cui l'utilizzo abusivo del badge aziendale”*<sup>32</sup>.

#### 4. Le ulteriori condizioni di liceità

Ai sensi dell'art. 4, comma 3, Statuto Lavoratori, *“le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196”*.

##### 4.1. L'utilizzabilità dei dati

La rinnovata disposizione si completa disciplinando la convergenza del piano dell'acquisizione delle informazioni, regolato dal primo e secondo comma, a quello dell'utilizzabilità delle stesse e, dunque, dell'esercizio del complesso dei

---

<sup>30</sup> Trib. Napoli 23 settembre 2010.

<sup>31</sup> Cass. 13 maggio 2016, n. 9904.

<sup>32</sup> Cass. 21 agosto 2018, n. 20879.

poteri gestori (tra i quali rientra anche quello disciplinare): passaggio ineludibile, considerato che il controllo è funzionale alla verifica del corretto adempimento degli obblighi contrattuali complessivamente intesi.

La struttura del nuovo art. 4 Statuto Lavoratori si compone di previsioni tra loro intrinsecamente correlate: il comma secondo deroga al primo, che delinea i limiti generali di ammissibilità dei controlli datoriali; le informazioni utilizzabili ai sensi del comma terzo non possono che essere quelle raccolte in ossequio alle disposizioni di cui ai commi precedenti e ai limiti dalle stesse definiti.

Si è opportunamente osservato che si tratta di una vera e propria norma di *“raccordo tra il potere di controllo tecnologico e gli altri poteri gestionali del datore di lavoro”*, e ciò in quanto *“la disposizione non riguarda l’esercizio del potere di controllo e le sue modalità, ma una fase successiva che si colloca a valle del controllo, anzi quando esso si è esaurito, essendo le “informazioni” entrate nella disponibilità del datore di lavoro che potrà utilizzarle, a distanza di tempo e di luogo dal momento della loro acquisizione”*<sup>33</sup>.

La disposizione introduce tre condizioni per il legittimo impiego delle informazioni raccolte: il rispetto dei vincoli e delle condizioni di cui ai primi due commi; l’adeguata informazione del lavoratore in ordine alle modalità d’uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli; il rispetto della disciplina in materia di *privacy* (esplicitamente esteso alle ipotesi di entrambi i commi che precedono)<sup>34</sup>.

L’espresso riferimento all’utilizzo delle informazioni *“a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”* induce a ritenere che la stessa debba trovare applicazione dal momento in cui il datore di lavoro inizia a consultare ed esaminare i dati raccolti, indipendentemente dal fatto che all’esito si determini per l’adozione di specifici atti di gestione del rapporto. In ragione del tenore letterale della norma, per contro, può ritenersi esclusa dal campo di applicazione la “raccolta” delle informazioni posto che è solo quando il datore di lavoro procede all’analisi dei dati che si concretizza il collegamento tra informazioni e singolo lavoratore, rendendo così necessaria l’operatività del sistema di tutele.

---

<sup>33</sup> COSÌ, A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit.

<sup>34</sup> Invero, anche in assenza di un espresso richiamo, il decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, norma a portata generale, avrebbe comunque dovuto trovare applicazione nella regolazione dei rapporti di lavoro; vero è, tuttavia, che anche dopo l’entrata in vigore del Codice della Privacy il sindacato sull’agire datoriale ha continuato ad avere quale unico referente l’art. 4 Statuto Lavoratori; questo, peraltro, con i correttivi propri degli orientamenti in materia di “controlli difensivi” – agevolati, probabilmente, dalla disposizione di cui all’art. 114 Codice Privacy (*“resta fermo quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300”*) – che necessitano, a seguito dell’entrata in vigore della nuova disposizione, di un inevitabile riconsiderazione.

## 4.2. L'informativa al prestatore

A norma del terzo comma è necessario che sia data al lavoratore “*adeguata informazione*” sulle regole d'uso dei singoli strumenti tecnologici e sulle modalità di effettuazione dei controlli per il tramite dei medesimi.

Nel prevedere l'obbligo di informativa, il legislatore esplicita il divieto di controlli occulti sulla prestazione lavorativa; in questo senso, peraltro, dall'obbligo di adeguata informativa può farsi discendere la cristallizzazione di un vero e proprio principio di trasparenza: i dati potranno essere utilizzati, se e in quanto, di ciò il lavoratore sia stato puntualmente reso edotto e nei limiti in cui ciò è avvenuto.

L'informativa dovrà essere rivolta a tutti i lavoratori, indipendentemente dalle specifiche mansioni assegnate, per il sol fatto che le informazioni raccolte possano riguardarli; tuttavia, lungi dal potersi tradurre in un adempimento meramente formale, l'informativa dovrà essere mirata, esaustiva e singolarmente destinata ai soli lavoratori interessati (dall'impiego o dalla natura delle informazioni trattate).

Ciò significa, in particolare, che non sarà sufficiente la messa a disposizione di mere istruzioni d'uso dello strumento, ma dovrà esservi la specifica individuazione delle modalità di utilizzo che comportano l'acquisizione di dati:

*“l'art. 4 St. Lav. stabilisce che le apparecchiature dalle quali possa derivare il controllo a distanza del lavoratore debba essere autorizzato, e condiziona l'utilizzabilità dei dati acquisiti all'avvenuta “adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli” nei confronti dei lavoratori. Ciò detto, non è sufficiente per ritenere rispettata tale previsione la circostanza che i lavoratori fossero a conoscenza della presenza di telecamere, dovendo l'informazione essere estesa alle modalità d'uso dei dati acquisiti ivi compresa, soprattutto, la possibilità di effettuare controlli sulla prestazione lavorativa”<sup>35</sup>;*

*“i controlli eseguiti dal datore di lavoro contrastano con il comma 3 dell'art. 4 L. 300/1970, qualora il lavoratore non sia stato adeguatamente informato né sulla concreta possibilità, né tanto meno sulle modalità relative a eventuali controlli da parte del datore di lavoro sul proprio computer e sulla propria e-mail aziendale”<sup>36</sup>;*

*“...l'informativa, tuttavia, non deve ridursi ad un adempimento formale rivolto alla generalità dei lavoratori, ma deve essere esaustiva e adeguata e tale non può essere considerata l'indicazione di istruzioni relative all'uso dello strumento tecnologico, non accompagnate dalla specifica individuazione delle modalità di utilizzo che comportano l'acquisizione dei dati”<sup>37</sup>.*

---

<sup>35</sup> Trib. Venezia 23 luglio 2020.

<sup>36</sup> Trib. Vicenza 28 ottobre 2019.

<sup>37</sup> Trib. Torino 19 settembre 2018.

Recentemente, il Supremo Collegio ha affermato che

*“in tema di rapporto di lavoro, è legittimo il licenziamento per giusta causa inflitto alla dipendente della banca che abbia svolto interrogazioni sui conti correnti non giustificate da esigenze di servizio, qualora il datore di lavoro sia venuto a conoscenza del fatto attraverso il sistema di tracciamento delle operazioni bancarie, purché sia stata fornita idonea notizia ai lavoratori delle modalità di uso degli strumenti di lavoro e dello svolgimento dei controlli, a nulla rilevando la novità dell’incarico e l’assenza di formazione professionale necessaria al corretto svolgimento di esso”<sup>38</sup>.*

Dovrà essere chiarito, in sostanza, il nesso tra uso dello strumento e potenzialità di controllo<sup>39</sup>.

Quanto alle modalità, è da escludere l’adeguatezza di un’informativa rivolta alla generalità dei dipendenti, che includa direttive inerenti a tutte le tipologie di strumenti impiegati nell’articolata realtà aziendale: la messa a disposizione di informazioni non pertinenti o sovrabbondanti genera disinformazione, ne consegue che l’informazione, intanto potrà risultare “adeguata”, in quanto risulti completa, pertinente e chiara.

La previsione – calata sul sinallagma contrattuale – ha il peculiare effetto di determinare una sorta di reciproca responsabilizzazione degli attori del rapporto di lavoro: da un lato, per non vedere vanificati i propri atti gestori, il datore di lavoro è onerato di procedere in ossequio alle disposizioni di cui al comma terzo; dall’altro, il lavoratore deve prestare attenzione nell’impiego degli strumenti aziendali poiché difficilmente potrà opporre l’inutilizzabilità delle informazioni legittimamente raccolte.

### 4.3. L’attrazione delle regole sulla *privacy*

L’art. 4 Statuto Lavoratori si chiude con l’espreso richiamo del Codice della *Privacy*, attratto dalla disposizione per regolare aspetti che non trovano, nella medesima, una disciplina di dettaglio: il rapporto tra i due corpi normativi è nella prospettiva di *species ad genus* dovendosi attribuire prevalenza, nel caso di regolamentazione concorrente, alle previsioni statutarie.

---

<sup>38</sup> Cass. 24 febbraio 2020, n. 4871.

<sup>39</sup> Per contro, non si ritiene necessario che l’informativa richiami le sanzioni disciplinari eventualmente correlate a un uso distorto o abusivo degli strumenti tecnologici aziendali dovendosi, per questo aspetto, far riferimento al contratto collettivo e, soprattutto, al codice disciplinare in quanto funzione che gli è propria ex art. 7 l. n. 300 del 1970; è, questa, precisazione essenziale poiché si deve escludere che eventuali mancanze nel codice disciplinare – o la sua mancata diffusione/affissione – possano essere sanate con l’informativa di cui all’art. 4, comma 3, Statuto Lavoratori.

L'art. 88 Regolamento (UE) 2016/679 – avuto specifico riguardo al “*Trattamento dei dati nell’ambito dei rapporti di lavoro*” – dispone che “*gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell’ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l’adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell’esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro. 2. Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell’ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un’attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro. 3. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 1 entro il 25 maggio 2018 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica*”.

Il rinnovato art. 111 Codice Privacy, rubricato “*Regole deontologiche per trattamenti nell’ambito del rapporto di lavoro*”, stabilisce che “*il Garante promuove, ai sensi dell’articolo 2-quater, l’adozione di regole deontologiche per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato nell’ambito del rapporto di lavoro per le finalità di cui all’articolo 88 del Regolamento, prevedendo anche specifiche modalità per le informazioni da rendere all’interessato*”.

Pur in assenza di una vera e propria legislazione di settore, possono senz’altro ritenersi mutuati nella disciplina lavoristica i principi cardine in punto di trattamento dei dati per come fissati dal Codice europeo della *privacy* (Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016<sup>40</sup>), agli artt. 5 e 6, e dal Decreto Legisla-

---

<sup>40</sup> Si rammenta che l’art. 88 – avuto specifico riguardo al “*Trattamento dei dati nell’ambito dei rapporti di lavoro*” – dispone “*1. Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell’ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l’adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell’esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro. 2.*

tivo 196/2003, in ragione delle modifiche di cui al Decreto Legislativo 101/2018, *“Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”*.

Ci si riferisce, segnatamente, ai principi di liceità, correttezza, trasparenza, limitazione della finalità e del periodo di conservazione, adeguatezza, pertinenza (*“minimizzazione”*), esattezza, integrità e riservatezza (art. 5, par. 1, Regolamento (UE) 2016/679), al principio di responsabilizzazione (*“il titolare del trattamento è competente per il rispetto del paragrafo 1 e in grado di provarlo («responsabilizzazione»”*) – art. 5, par. 2, Regolamento (UE) 2016/679), così come all’esigenza che il trattamento avvenga *“nel rispetto della dignità umana, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona”* (art. 1 d.lgs. 196/2003).

Sono principi che possono ancora essere impiegati in un sistema che voglia porre l’individuo al centro della *ratio* di tutela, per quanto il paradigma del nuovo Regolamento europeo sia – sotto questo specifico profilo – mutato.

Al Codice Privacy, inoltre, può farsi riferimento ai fini dell’individuazione delle condizioni minime sufficienti dell’informativa.

L’originario riferimento di cui all’art. 13 d.lgs. n. 196 del 2003 – che delineava i caratteri destinati a garantire, obiettivamente, l’adeguatezza dell’informazione – deve essere oggi sostituito con il richiamo delle previsioni di cui agli artt. 12-14 Regolamento (UE) 2016/679 che ne specifica più dettagliatamente le caratteristiche – scritta, preventiva, concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile – imponendo l’utilizzo di un linguaggio chiaro e semplice. D’altronde, ai sensi del Cinquantottesimo Considerando, *“il principio della trasparenza impone che le informazioni destinate al pubblico o all’interessato siano concise, facilmente accessibili e di facile comprensione e che sia usato un linguaggio semplice e chiaro, oltre che, se del caso, una visualizzazione. Tali informazioni potrebbero essere fornite in formato elettronico, ad esempio, se destinate al pubblico, attraverso un sito web. Ciò è particolarmente utile in situazioni in cui la molteplicità degli*

---

*Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell’ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un’attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro. 3. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del paragrafo 1 entro il 25 maggio 2018 e comunica senza ritardo ogni successiva modifica”*.

*operatori coinvolti e la complessità tecnologica dell'operazione fanno sì che sia difficile per l'interessato comprendere se, da chi e per quali finalità sono raccolti dati personali che lo riguardano ...”.*

Senz'altro rilevante, poi, la previsione di cui all'art. 35 Regolamento (UE) 2016/679 che impone una “*valutazione d'impatto sulla protezione dei dati*”: “*quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'oggetto, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. Una singola valutazione può esaminare un insieme di trattamenti simili che presentano rischi elevati analoghi... La valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui al paragrafo 1 è richiesta in particolare nei casi seguenti: a) una valutazione sistematica e globale di aspetti personali relativi a persone fisiche, basata su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, e sulla quale si fondano decisioni che hanno effetti giuridici o incidono in modo analogo significativamente su dette persone fisiche; b) il trattamento, su larga scala, di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, o di dati relativi a condanne penali e a reati di cui all'articolo 10; o c) la sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico... La valutazione contiene almeno: a) una descrizione sistematica dei trattamenti previsti e delle finalità del trattamento, compreso, ove applicabile, l'interesse legittimo perseguito dal titolare del trattamento; b) una valutazione della necessità e proporzionalità dei trattamenti in relazione alle finalità; c) una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; e d) le misure previste per affrontare i rischi, includendo le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione...”.*

Il tutto, peraltro, con obbligo di consultazione preventiva del Garante qualora dalla valutazione emergano particolari criticità (art. 36 Regolamento (UE) 2016/679).

Nel raccordo tra i due sistemi normativi, in ogni caso, permangono due specifici profili di divergenza o, quantomeno, di non permeabilità.

L'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003 stabiliva “*i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati*”; oggi, è l'art. 2 *decies* a prevedere che “*i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati, salvo quanto previsto dall'articolo*

160-bis”, ma l’applicazione alla materia in esame risulta superata dal fatto che lo Statuto Lavoratori – proprio all’art. 4 – stabilisce espressamente quali siano le condizioni speciali di liceità e utilizzabilità; peraltro, l’art. 114 d.lgs. n. 196 del 2003 dispone tutt’ora che “*resta fermo quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300*”.

L’originario art. 23 prevedeva “*il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell’interessato*”: norma la cui applicazione veniva esclusa dall’ambito giuslavoristico, sia in quanto la maggior parte dei dati dei lavoratori vengono trattati per adempiere a specifici obblighi di legge, sia in quanto l’art. 4 Statuto Lavoratori pone – quale unica condizione – quella dell’adeguata informativa senza richiedere il consenso.

La scelta nel senso dell’irrelevanza del consenso può comprendersi nella misura in cui possa tradursi in un vero e proprio potere di veto a discapito degli interessi datoriali; peraltro, avrebbe altresì significato esporre il lavoratore dissenziente al rischio di risoluzione del rapporto per giustificato motivo oggettivo, ogniqualvolta il rifiuto si fosse concretizzato nell’impossibilità di impiegarlo utilmente in azienda e, più in generale, di soddisfare legittime esigenze del datore di lavoro. Ai sensi dell’art. 6 Regolamento (UE) 2016/679, d’altronde, “*il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni*” – alternative, a “*l’interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità*” – “*b) il trattamento è necessario all’esecuzione di un contratto di cui l’interessato è parte o all’esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento... f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l’interessato è un minore...*”.

Elemento di sicuro interesse, e non privo di criticità, è rappresentato dall’inevitabile rinvio al potere regolamentare del Garante per la protezione dei dati personali, autorità connotata da una rilevante discrezionalità tecnica e chiamata, di volta in volta, a delimitare i confini applicativi della disciplina sulla tutela della riservatezza<sup>41</sup>: quella della *privacy* è materia di principi che necessitano,

<sup>41</sup> Si vedano, ad esempio, le decisioni del Garante per la protezione dei dati personali del 4 giugno 2015, n. 345, in materia di conversazioni tramite *Skype*; del 13 luglio 2016, n. 303, in materia di posta elettronica aziendale; del 16 marzo 2017, n. 138, in materia di installazione e uso del *gps* sui veicoli aziendali. Si veda anche la sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei

in quanto tali, di essere esplicitati nella risoluzione dei singoli casi. Il Garante, di fatto, sarà chiamato a definire i limiti interni, *rectius*, a riempire di contenuto la disciplina di cui all'art. 4 Statuto Lavoratori: in questo senso, "l'art. 4, co. 3, Statuto Lavoratori è destinato a determinare una vera e propria compenetrazione di piani normativi affatto differenti, cui sono sottesi principi divergenti e potenzialmente confliggenti per aver presupposte istanze di tutela non del tutto assimilabili"<sup>42</sup>.

Ciò posto, la violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 Statuto Lavoratori determina, per espressa previsione normativa, l'inutilizzabilità delle informazioni così assunte.

Nel disciplinare "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro", la norma non può che contemplare tanto gli atti gestori propri della fisiologia del rapporto quanto quelli tipici della patologia e, quindi, l'esigenza datoriale di impiegare dati e informazioni personali anche per provare in giudizio la correttezza e legittimità dei propri provvedimenti.

Sotto questo profilo, si è ritenuto che il nuovo comma terzo abbia cristallizzato un vero e proprio principio di inutilizzabilità della prova – assente nel codice di procedura civile – che non consentirebbe, in ogni caso, in analogia a quanto previsto dall'art. 191 c.p.p., di ammettere al processo prove acquisite illecitamente dal datore di lavoro. Se così è, peraltro, la norma è destinata anche a paralizzare l'acquisizione delle prove illecite *ex art.* 421, comma 2, c.p.c., poiché la sanzione dell'inutilizzabilità inficerebbe inevitabilmente, prima ancora che l'oggettiva possibilità per il datore di lavoro di avvalersi di una data prova in sede processuale, la validità dell'atto gestorio computo sulla base del dato illecitamente acquisito: vizio genetico che non pare, in alcun modo, superabile.

## 5. I controlli difensivi

Si è già anticipato che quello dei controlli difensivi è il tema sul quale l'originaria disposizione e la giurisprudenza che ne è seguita hanno mostrato, soprattutto in epoca più recente, le maggiori difficoltà.

---

Diritti dell'Uomo di Strasburgo, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, con la quale i giudici di Strasburgo hanno stabilito che l'attività datoriale di monitoraggio della posta elettronica – che aveva portato al licenziamento per utilizzo dell'*account* aziendale per fini privati – costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.

<sup>42</sup> C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, cit., 96.

Di origine giurisprudenziale, la categoria è stata impiegata in situazioni di irriducibile contrasto tra la tutela della personalità del lavoratore e la necessità di garantire al datore di lavoro la protezione del patrimonio aziendale a fronte di comportamenti indebiti dei dipendenti, per affermare – *ex post*, caso per caso – la cedevolezza delle garanzie di cui all'art. 4 Statuto Lavoratori e la salvaguardia del pieno potere disciplinare datoriale.

### 5.1. Le criticità nell'evoluzione giurisprudenziale

La giurisprudenza in materia di controlli difensivi può essere utilmente ricostruita muovendo dalla decisione con la quale il Supremo Collegio ha affermato che:

*“ai fini dell’operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori previsto dall’art. 4 legge n. 300 del 1970, è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell’ambito di applicazione della norma sopra citata i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore (cosiddetti controlli difensivi), quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell’accesso ad aule riservate o, come nella specie, gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate”<sup>43</sup>.*

La giurisprudenza successiva ha inteso affermare la possibilità per il datore di intervenire *ex post* sugli strumenti di lavoro assegnati ai dipendenti, per un controllo dei dati successivo all’attuazione del comportamento addebitato.

Il sindacato muoveva dalla tipologia di beni e interessi coinvolti, ritenendo di fatto derogabile la disciplina statutaria ogniqualvolta fossero stati in gioco beni estranei al rapporto o, in generale, il patrimonio aziendale, e confermando – per contro – l’operatività dei limiti di cui all’art. 4 Statuto Lavoratori a fronte di mancanze riferibili alle tipiche obbligazioni del rapporto subordinato:

*“in tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall’art. 4, comma 2, della legge n. 300 del 1970 (espressamente richiamato anche dall’art. 114 del d.lg. n. 196 del 2003 e non modificato dall’art. 4 della legge n. 547 del 1993, che ha introdotto il reato di cui all’art. 615 ter c.p.) per*

---

<sup>43</sup> Così Cass. 3 aprile 2002, n. 4746; conforme, Cass. 4 aprile 2012, n. 5371, con la quale si era affermato che i divieti di cui all’art. 4 Statuto Lavoratori non precludevano al datore di lavoro la possibilità di accertare e dimostrare l’illecito, anche con registrazioni effettuate da un soggetto terzo fuori azienda, per finalità difensive. Vedi anche Cass. 1 giugno 2010, n. 20722, che circoscrive il controllo difensivo come quello volto a proteggere il patrimonio aziendale dalle azioni delittuose e, in quanto tale, estraneo all’ambito di applicazione dell’art. 4 Statuto Lavoratori.

*l'installazione di impianti ed apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione anche ai controlli c.d. difensivi, ovvero sia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso, dovendo escludersi che l'insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore*<sup>44</sup>;

*“il divieto di controlli a distanza ex art. 4, della legge n. 300 del 1970, implica che i controlli difensivi posti in essere mediante sistema informatico di rilevamento delle telefonate ricadono nell'ambito dell'art. 4, comma 2, della legge n. 300 del 1970, e, fermo il rispetto delle garanzie procedurali previste, non possono impingere la sfera della prestazione lavorativa dei singoli lavoratori; qualora interferenze con quest'ultima vi siano, e non siano stati adottati dal datore di lavoro sistemi di filtraggio delle telefonate per non consentire, in ragione della previsione dell'art. 4, comma 1, di risalire all'identità del lavoratore, i relativi dati non possono essere utilizzati per provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore medesimo*<sup>45</sup>.

La criticità dell'approccio era costituito dal fatto che, sul presupposto della natura “difensiva” del controllo, veniva legittimata *ex post* la violazione da parte del datore di lavoro delle garanzie della norma statutaria; peraltro, considerato che l'accertamento delle condotte illecite necessitava spesso di un controllo diretto sull'esecuzione della prestazione, siffatto orientamento era destinato a produrre le ricadute più significative proprio nei casi di controlli eseguiti durante lo svolgimento della prestazione lavorativa.

La difficoltà della giurisprudenza – tanto di merito, quanto di legittimità – si è palesata nelle pronunzie di segno opposto, che si sono avvicinate anche nel passato più prossimo alla novella legislativa: un disagio che non ha impedito di affermare la legittimità dei controlli difensivi, ritenendoli capitolo estraneo all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 4 Statuto Lavoratori ogniqualvolta vi fosse l'esigenza di tutelare il patrimonio aziendale, bene estraneo al rapporto di lavoro.

Così la Corte di Cassazione:

*“in tema di controllo del lavoratore, le garanzie procedurali imposte dall'art. 4, secondo comma, della legge n. 300 del 1970, espressamente richiama-*

---

<sup>44</sup> Cass. 23 febbraio 2010, n. 4375.

<sup>45</sup> Cass. 1 ottobre 2012, n. 16622.

to dall'art. 114 del d.lgs. n. 196 del 2003, per l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, dai quali derivi la possibilità di verifica a distanza dell'attività dei lavoratori, trovano applicazione ai controlli, c.d. difensivi, diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando, però, tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, e non, invece, quando riguardino la tutela di beni estranei al rapporto stesso. Ne consegue che esula dal campo di applicazione della norma il caso in cui il datore abbia posto in essere verifiche dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale<sup>46</sup>;

“l'adozione di strumenti di controllo a carattere ‘difensivo’ non necessita tout court del preventivo accordo con le rappresentanze sindacali né di alcuna specifica autorizzazione, in quanto volta a prevenire condotte illecite suscettibili di mettere in pericolo la sicurezza del patrimonio aziendale ed il regolare e corretto svolgimento della prestazione lavorativa, fermo restando che l'esigenza di evitare il compimento di condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere una portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia delle dignità e della riservatezza del lavoratore. Per tale motivo è tendenzialmente ammissibile il controllo difensivo occulto, anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretto all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, purché il controllo sia effettuato con modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti<sup>47</sup>.”

Portato all'estremo, l'approccio ha indotto la Corte di Cassazione ad affermare che “la creazione da parte del datore di lavoro di un falso profilo Facebook attraverso il quale “chattare” con il lavoratore al fine di verificare l'uso da parte dello stesso del telefono cellulare durante l'orario di lavoro, esula dal campo di applicazione dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, trattandosi di un'attività di controllo che non ha ad oggetto l'attività lavorativa ed il suo esatto adempimento ma l'eventuale perpetrazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti<sup>48</sup>.”

<sup>46</sup> Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722; in applicazione del suddetto principio, è stato ritenuto legittimo il controllo effettuato da un istituto bancario sulla posta elettronica aziendale del dipendente accusato di aver divulgato notizie riservate concernenti un cliente, e di aver posto in essere, grazie a tali informazioni, operazioni finanziarie da cui aveva tratto vantaggi propri.

<sup>47</sup> Cass. 2 maggio 2017, n. 10636.

<sup>48</sup> Cass. 27 maggio 2015, n. 10955.

Una pronunzia, si è già avuto modo di osservare, che non pare giustificabile nemmeno con il più ardito approccio al tema: *“la decisione, infatti, ha avallato la condotta di un datore di lavoro che non si è limitato ad accertare l'eventuale comportamento scorretto del dipendente, ma che ha operato da vero e proprio agente provocatore, istigando l'inadempienza: una prospettiva, questa, che pare difficilmente conciliabile con i principi di correttezza e buona fede che debbono, inderogabilmente, imperniare il rapporto tra le parti della relazione lavorativa. La perplessità principale sorge, in ogni caso, dalla constatazione che il Giudice di Legittimità ha di fatto ratificato la più occulta e insidiosa forma di interferenza nella sfera privata del dipendente: una modalità di azione del tutto idonea a determinare una grave e irreparabile lesione della dignità e del diritto alla riservatezza, in evidente e aperto contrasto con il divieto di indagine sulle opinioni di cui all'art. 8 Statuto Lavoratori e, per quanto indirettamente, con il divieto di discriminazione di cui all'art. 15 Statuto Lavoratori”*<sup>49</sup>.

## 5.2. La riforma e la possibile ridefinizione della categoria

Con l'entrata in vigore del rinnovato art. 4 Statuto Lavoratori, si sono potuti registrare due diversi orientamenti.

Da un lato, vi è chi ha ritenuto superata la questione dei controlli difensivi poiché il comma primo dell'art. 4 Statuto Lavoratori espressamente contempla la *“tutela del patrimonio aziendale”*, così che anche questa materia risulterebbe definitivamente assoggettata ai limiti e alle regole di cui al comma terzo.

Dall'altro, vi è chi – opportunamente – ha evidenziato come una simile imposizione sarebbe *“abnorme per l'eccessiva limitazione che introdurrebbe ai poteri di controllo del datore di lavoro”*<sup>50</sup>.

È arduo ammettere che la disciplina statutaria possa tramutarsi in uno strumento di protezione incondizionata dei lavoratori a dispetto dei comportamenti, più o meno leciti, che gli stessi ritengano di porre in essere: l'abuso e l'illecito perpetrato

---

<sup>49</sup> C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, cit., 100. Cfr. Cass. 1 agosto 2013, n. 18443: *“il d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, definendo – all'art. 4 comma 1 lett. d) – i dati sensibili come quei “dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”, estende l'attributo della sensibilità anche a quelle informazioni, che, seppure di per sé neutre, possano, sulla scorta di un procedimento logico, condurre a rivelare dati peculiari, in relazione al particolare contesto in cui avviene il trattamento”*.

<sup>50</sup> Così M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit.

dai lavoratori (con l'uso di strumenti aziendali loro affidati, ovvero di strumenti estranei alla mansione e quindi, per quanto materialmente accessibili per l'occasione di lavoro, sottratti alla loro giuridica disponibilità) pare difficilmente riconducibile all'alveo – fisiologico – della tutela garantita dall'art. 4 Statuto Lavoratori<sup>51</sup>.

Il rischio, d'altronde, sarebbe quello di trovarsi dinnanzi a una grave e irrisolvibile distorsione del sistema, poiché – sotto il profilo logico-sistematico – non è dato reperire nella struttura della rinnovata disposizione nessuna misura atta a impedire quelle condotte illecite, anche di particolare gravità, che risultano esponenzialmente agevolate proprio dall'utilizzo delle moderne tecnologie impiegate nella prestazione di lavoro.

L'interpretazione più restrittiva, in sostanza, non sembra assicurare il necessario bilanciamento di interessi, dovendosi rammentare che

*“nelle controversie in cui si configura una contrapposizione tra due diritti, aventi entrambi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti, va applicato il cd. criterio di “gerarchia mobile”, dovendo il giudice procedere di volta in volta, ed in considerazione dello specifico “thema decidendum”, all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico. Ne consegue che il richiamo ad opera di una parte processuale al doveroso rispetto del diritto (suo o di un terzo) alla privacy non può legittimare una violazione del diritto di difesa che, essendo inviolabile in ogni stato e grado del procedimento ex art. 24 comma 2 cost., non può incontrare nel suo esercizio ostacoli ed impedimenti nell'accertamento della verità materiale a fronte di gravi addebiti suscettibili di determinare ricadute pregiudizievoli alla controparte in termini di un irreparabile “vulnus” alla sua onorabilità e, talvolta, anche alla perdita di altri diritti fondamentali, come quello al posto di lavoro”<sup>52</sup>.*

Un approccio eccessivamente rigoroso, di fatto, rischia di creare un ostacolo invalicabile all'accertamento dei più insidiosi comportamenti indebiti i quali ultimi, per esser portati alla luce e ricondotti alla responsabilità di soggetti determinati, necessitano spesso proprio di quei controlli occulti che gli orientamenti più intransigenti vorrebbero definitivamente preclusi.

In quest'ultimo senso si è pronunziata una parte della giurisprudenza di merito:

*“per poter effettuare il controllo a distanza del lavoratore tramite la posta elettronica aziendale, il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 4 l. n. 300/1970, deve*

---

<sup>51</sup> Cfr. Trib. Milano, 1 agosto 2014.

<sup>52</sup> Cass. 5 agosto 2010, n. 18279.

*dare al lavoratore “adeguata informazione delle modalità di effettuazione dei controlli”, ovvero previamente avvisare il lavoratore che la sua attività potrebbe essere controllata mediante tale strumento e come sarà eventualmente esperito il controllo*<sup>53</sup>.

*“le garanzie procedurali previste dall’art. 4 St. Lav. si applicano anche ai controlli c.d. difensivi, ossia a quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, dovendo escludersi che l’insopprimibile esigenza di evitare condotte illecite da parte dei dipendenti possa assumere portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia della dignità e riservatezza del lavoratore”*<sup>54</sup>.

Le considerazioni che precedono danno conto della necessità di circoscrivere uno spazio riservato ai controlli difensivi, in uno con l’esigenza di sviluppare un concetto compatibile con la rinnovata disciplina e che sia ugualmente idoneo ad assicurare l’equilibrio tra i contrapposti interessi. Invertendo la prospettiva, danno conto della necessità di individuare la loro corretta collocazione logico-sistemica, non potendosi ammettere – ultimo pregiudizio che ci accompagna – che l’ordinamento giuslavoristico non abbia gli strumenti per intervenire nella patologia e che l’art. 4 Statuto Lavoratori possa assurgere a una sorta di aprioristico “salvacondotto” per abusi e illeciti.

È un problema di coerenza dell’ordinamento e, prima ancora, di tenuta del sistema.

In questo senso, pare utile distinguere i controlli difensivi dai controlli a tutela del patrimonio aziendale: i secondi, senz’altro contemplati dall’art. 4 Statuto Lavoratori e assoggettati alla relativa disciplina, dovrebbero interessare i beni aziendali nell’ordinaria disponibilità della generalità dei dipendenti; i primi sarebbero quelli funzionali all’accertamento di specifiche condotte illecite, anche ove operate durante l’esecuzione dell’attività lavorativa e in danno del patrimonio aziendale, attivabili a seguito della rilevazione di circostanze o elementi indiziari a carico di determinati dipendenti.

Si potrebbe, a tal fine, recuperare l’orientamento secondo cui:

*“la collocazione, da parte dell’azienda, di strumenti di controllo (nella specie, telecamere) all’interno di locali dove si siano verificati dei furti integra un’ipotesi di controllo difensivo a distanza, estraneo all’ambito di applicazione dell’art. 4 dello statuto dei lavoratori qualora attuato con modalità non invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti, con conseguente legittimità del licenziamento per giusta causa intimato al lavoratore di cui si sia, mediante le*

---

<sup>53</sup> Trib. Roma 13 giugno 2018.

<sup>54</sup> Trib. Roma 16 settembre 2016.

*riprese, accertata la responsabilità dei furti... l'adozione di strumenti di controllo a carattere 'difensivo' non necessita tout court del preventivo accordo con le rappresentanze sindacali né di alcuna specifica autorizzazione, in quanto volta a prevenire condotte illecite suscettibili di mettere in pericolo la sicurezza del patrimonio aziendale ed il regolare e corretto svolgimento della prestazione lavorativa, fermo restando che l'esigenza di evitare il compimento di condotte illecite da parte dei dipendenti non può assumere una portata tale da giustificare un sostanziale annullamento di ogni forma di garanzia delle dignità e della riservatezza del lavoratore. Per tale motivo è tendenzialmente ammissibile il controllo difensivo occulto, anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretto all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, purché il controllo sia effettuato con modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti*<sup>55</sup>.

In questa prospettiva si pongono quanti ritengono che i controlli difensivi – controlli mirati sulle sole condotte illecite dei lavoratori – siano esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4 Statuto Lavoratori e possano, quindi, essere effettuati al di fuori dei limiti e delle procedure dallo stesso previsti<sup>56</sup>.

Muovendo dalla nozione di legittima difesa, si è affermata la possibilità di escludere dall'ambito applicativo dell'art. 4 Statuto Lavoratori quel controllo “*occasionato dalla necessità eccezionale, non dilazionabile nel tempo e non realizzabile altrimenti, di fronteggiare comportamenti del lavoratore che sono qualificabili come illecito... che integrano atti di aggressione contro il patrimonio altrui*”<sup>57</sup>.

La tesi pare trovar conforto nella disciplina in materia di riservatezza.

Il Cinquantaduesimo Considerando del Regolamento (UE) 2016/679 prevede che “*la deroga al divieto di trattare categorie particolari di dati personali dovrebbe essere consentita anche quando è prevista dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, fatte salve adeguate garanzie, per proteggere i dati personali e altri diritti fondamentali, laddove ciò avvenga nell'interesse pubblico, in particolare il trattamento dei dati personali nel settore del diritto del lavoro e della protezione sociale, comprese le pensioni... La deroga dovrebbe anche consentire di trattare tali dati personali se necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto, che sia in sede giudiziale, amministrativa o stragiudiziale*”.

<sup>55</sup> Cass. 2 maggio 2017, n. 10636.

<sup>56</sup> Così A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, cit.

<sup>57</sup> V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, VI, 1186 ss.

L'art. 9, par. 2, del medesimo Regolamento (UE) 2016/679 dispone che “è vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona”, ma altresì che “il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi:... f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali”<sup>58</sup>.

Ancora, ai sensi dell'art. 17, “l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti:... Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali”, ma “i paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario:... e) per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria”; e il successivo art. 18 dispone che “l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la limitazione del trattamento quando ricorre una delle seguenti ipotesi:...”, pur tuttavia, “se il trattamento è limitato a norma del paragrafo 1, tali dati personali sono trattati, salvo che per la conservazione, soltanto con il consenso dell'interessato o per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria oppure per tutelare i diritti di un'altra persona fisica o giuridica...”.

Nell'affermare il diritto di opposizione, peraltro, lo stesso Regolamento (UE) 2016/679 chiarisce – all'art. 21, par. 1 – che “l'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni”, ma che “il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali”

---

<sup>58</sup> La precedente lett. b) prevede una deroga se “il trattamento è necessario per assolvere gli obblighi ed esercitare i diritti specifici del titolare del trattamento o dell'interessato in materia di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e protezione sociale, nella misura in cui sia autorizzato dal diritto dell'Unione o degli Stati membri o da un contratto collettivo ai sensi del diritto degli Stati membri, in presenza di garanzie appropriate per i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato”.

salvo “*dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria*”.

Ancora, l'art. 2 *undecies*, lett. e), Codice Privacy prevede che i “*diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento non possono essere esercitati con richiesta al titolare del trattamento ovvero con reclamo ai sensi dell'articolo 77 del Regolamento qualora dall'esercizio di tali diritti possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto... allo svolgimento delle investigazioni difensive o all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria*”.

Dai richiami che precedono emerge il continuo bilanciamento tra la tutela dei diritti salvaguardati dalla disciplina in materia di riservatezza, da un lato, e le esigenze correlate all'esercizio o la difesa dei diritti anche in sede giudiziaria, dall'altro: non si tratta di affermare una aprioristica cedevolezza della prima in ragione delle seconde, ma un principio volto a garantire il necessario contemperamento dei contrapposti interessi.

Una prospettiva, dunque, di tutela “proporzionata”.

In passato, il Supremo Collegio ha affermato che:

*“la produzione in giudizio di documenti contenenti dati personali è sempre consentita ove necessaria per esercitare il proprio diritto di difesa, anche in assenza del consenso del titolare e quali che siano le modalità con cui è stata acquisita la loro conoscenza. La facoltà di difendersi in giudizio utilizzando gli altrui dati personali va tuttavia esercitata nel rispetto dei doveri di correttezza, pertinenza e non eccedenza previsti dall'art. 9, lettere a) e d) della legge n. 675 del 1996, sicché la legittimità della produzione va valutata in base al bilanciamento tra il contenuto del dato utilizzato, cui va correlato il grado di riservatezza, e le esigenze di difesa”<sup>59</sup>.*

*“in tema di trattamento dei dati personali, i dati oggetto di trattamento, ai sensi degli artt. 4 e 11 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, vanno gestiti rispettando i canoni della correttezza, pertinenza e non eccedenza, rispetto alle finalità del nuovo loro utilizzo, ma non è necessario, ai sensi dell'art. 24 d.lgs. n. 196 cit., il consenso dell'interessato ove i dati stessi siano impiegati per le esigenze di difesa in giudizio e negli stretti limiti in cui ciò sia necessario. Ne consegue che, in riferimento ai dati rappresentati da documenti consegnati in copia dalla parte al proprio legale per la relativa utilizzazione nel processo di divorzio per cui era stato conferito il mandato e dalla corrispondenza tra legale e cliente, con la revoca del mandato difensivo non cessa il diritto di utilizzo, in capo al predetto legale, degli stessi dati, pur nel processo, diverso da quello presupposto, nel quale*

<sup>59</sup> Cass. 11 febbraio 2009, n. 3358.

*si faccia valere il diritto di credito per il pagamento degli emolumenti professionali nel frattempo non pagati*<sup>60</sup>.

Dei margini di irrilevanza del consenso si è già detto.

In questa sede, merita di essere richiamata la disposizione di cui all'art. 6, par. 1, lett. f) (*“trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali ...”*), che ammette un'eccezione al consenso ove il trattamento dei dati sia funzionale al *“perseguimento del legittimo interesse del titolare”*.

È in questa prospettiva che può essere sviluppata la riflessione che mira a distinguere tra tutela del patrimonio e controlli difensivi.

Alla prima dovrebbero essere ricondotti i controlli ordinariamente e tipicamente destinati a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale, e che hanno come destinataria – diretta e indiretta – la generalità dei dipendenti o, comunque, una determinata ma complessiva categoria degli stessi in ragione della specificità delle mansioni svolte. Ai secondi dovrebbero, invece, essere attratti tutti i casi di verifica e/o sorveglianza *ad personam* che il datore di lavoro ritiene di attivare per aver rilevato – a seguito di controlli compiuti nel pieno rispetto delle condizioni di legittimità e dei limiti di cui all'art. 4 Statuto Lavoratori – elementi, indizi, che generano il ragionevole sospetto della commissione di illeciti<sup>61</sup>.

In questo senso, potrebbe essere recuperata l'eredità giurisprudenziale dell'orientamento che, in passato, ha ritenuto legittimo il controllo operato quando risultavano acquisiti elementi di fatto tali da *“raccomandare l'avvio di un'indagine retrospettiva”*:

*“ad avviso del Collegio, tale fattispecie è estranea al campo di applicazione dell'art. 4 dello statuto dei lavoratori. Nel caso di specie, infatti, il datore di lavoro ha posto in essere una attività di controllo sulle strutture informatiche aziendali che prescindeva dalla pura e semplice sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa degli addetti ed era, invece, diretta ad accertare la perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti (poi effettivamente riscontrati) dagli stessi posti in essere. Il c.d. controllo difensivo, in altre parole, non riguardava l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro, ma era destinato ad accertare un comportamento che poneva in pericolo la stessa immagine dell'Istituto bancario presso i terzi. In questo caso entrava in gioco il diritto del datore di lavoro di tutelare il proprio patrimonio, che era costituito non solo dal complesso dei beni*

---

<sup>60</sup> Cass. S.U. 8 febbraio 2011, n. 3033.

<sup>61</sup> Si veda la pronuncia della CEDU, 17 ottobre 2019, *López Ribalda e altri c. Spagna* (ricorsi n. 1874/13 e 8567/13); si veda, parimenti, CEDU, 22 febbraio 2018, *Libert c. Francia* (ricorso n. 588/13).

aziendali, ma anche dalla propria immagine esterna, così come accreditata presso il pubblico. Questa forma di tutela egli poteva giuridicamente esercitare con gli strumenti derivanti dall'esercizio dei poteri derivanti dalla sua supremazia sulla struttura aziendale. Tale situazione, ad una lettura attenta, è già esclusa dal campo di applicazione dell'art. 4 dalla sopra citata giurisprudenza<sup>62</sup>.

Se il fondamento giuridico di questa tipologia di controlli può essere individuato nelle maglie del Regolamento (UE) 2016/679 e del rinnovato Codice della Privacy, è nel perimetro delineato dai principi ivi cristallizzati che debbono essere ricercati i limiti – invalicabili – al controllo difensivo così operato, che dovrà in ogni caso garantire la tutela della dignità del lavoratore e risultare coerente con i principi di cui all'art. 5, par. 1-2, Regolamento (UE) 2016/679<sup>63</sup>.

Ciò significa che il controllo dovrà essere limitato e contenuto – tanto sotto il profilo temporale, quanto sotto il profilo quali-quantitativo – a ciò che è funzionale e strettamente necessario all'accertamento e alla dimostrazione dell'illecito, che i dati a tal fine acquisiti non potranno essere utilizzati per scopi differenti da quelli legittimati dalla disciplina in esame, e che in ogni caso non potranno essere di un'invasività tale da ledere la dignità e la personalità del lavoratore per come tutelata dalla Costituzione e dallo stesso Statuto Lavoratori:

*“...considerato che, secondo la Corte territoriale, il C. era da ritenersi preventivamente informato dei controlli periodici svolti dalla società sulle registrazioni contenute nei pc aziendali; che nella specie, in particolare, il controllo era del tutto svincolato dall'attività lavorativa ed era stato effettuato per verificare se la strumentazione aziendale in dotazione fosse stata utilizzata per la perpetrazione di illeciti; che esso, al di fuori di una verifica preventiva a distanza dell'attività dei lavoratori, era stato occasionato da una anomalia di sistema tale da ingenerare il ragionevole sospetto dell'esistenza di condotte vietate e, quindi, giustificato dal motivo legittimo di tutelare il buon funzionamento dell'impresa nonché i dipendenti che vi lavorano, anche al fine di evitare di esporre l'azienda a responsabilità derivanti da attività illecite compiute in danno di terzi; che l'acquisizione dei dati era stata effettuata con modalità non eccedenti rispetto alle finalità del controllo e, quindi, nell'osservanza dei criteri di proporzionalità, correttezza e pertinenza; che non sono stati rilevati elementi dai quali desumere che il datore di lavoro avrebbe potuto utilizzare misure e metodi meno invasivi per raggiungere l'obiettivo perseguito; tutto ciò considerato il Collegio reputa, in definitiva, alla stregua dei principi innanzi*

<sup>62</sup> Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722; cfr. anche Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590; Cass. 9 giugno 2011, n. 12586; Cass. 23 giugno 2011, n. 13789.

<sup>63</sup> In questo senso, già Cass. 11 febbraio 2009, n. 3358.

*richiamati, che la sentenza impugnata non merita le censure così come sono state formulate da parte ricorrente*<sup>64</sup>.

Si tratta di un controllo che, molto probabilmente, riguarderà in via prioritaria condotte a potenziale rilevanza penale, per quanto non si ritiene che una loro diversa qualificazione successiva (ossia in sede processuale) possa aver l'effetto di delegittimare *ex post* le determinazioni datoriali.

Invero, nemmeno pare di particolare utilità la distinzione, da taluni operata, tra illeciti contrattuali o extracontrattuali, illeciti relativi o estranei al rapporto di lavoro: gli illeciti commessi dal lavoratore sono, per loro stessa natura, sotto questo specifico profilo, ontologicamente plurioffensivi. Indipendentemente dalla rilevanza penale o civile dell'indebito commesso, d'altronde, il comportamento del lavoratore che perpetra l'abuso configura, sempre e comunque, una mancanza alle obbligazioni prime del rapporto di lavoro.

Nel solco delle riflessioni sin qui compiute, si pone una parte della più recente giurisprudenza:

*“mentre le e-mail personali sono inaccessibili, pena la commissione di un reato e la violazione delle regole costituzionali sul segreto della corrispondenza, non così per le e-mail aziendali. Dunque, distinguendo tra account personale ed account aziendale, non c'è dubbio che per il primo il datore di lavoro ha il divieto categorico di accesso, mentre per il secondo il controllo delle e-mail è legittimo. Va altresì precisato che, stante quanto sopra, se è possibile utilizzare per l'accertamento *ex post* di comportamenti illeciti e la eventuale conseguente contestazione disciplinare, e-mail inviate da e all'indirizzo del dipendente, parallelamente ne è ammessa la loro produzione nel giudizio volto al sindacato della legittimità dell'atto espulsivo che ne è seguito, costituendo queste presupposto necessario del detto accertamento*<sup>65</sup>;

*“sono utilizzabili a fini disciplinari i dati informatici risultanti dal controllo sul computer aziendale del dipendente, controllo indotto dalla necessità di verificare l'origine di un virus che aveva infettato il sistema informatico datoriale*<sup>66</sup>;

*“in tema di licenziamento, va esclusa la violazione delle garanzie sui controlli a distanza qualora il datore di lavoro, con verifica informatica *ex post*, per giunta in base ad autorizzazione scritta del lavoratore, indirizzi il controllo all'esclusivo fine di accertare specifiche mancanze del lavoratore nell'uso del computer aziendale per finalità extralavorative (nella specie, era emerso che il dipendente abitualmente era intento al free-cell, il gioco del solitario al computer)*<sup>67</sup>;

---

<sup>64</sup> Cass. 10 novembre 2017, n. 26682.

<sup>65</sup> Trib. Roma 29 marzo 2019.

<sup>66</sup> App. Roma 22 marzo 2019.

<sup>67</sup> Cass. 28 maggio 2018, n. 13266.

*“se all’esito di un controllo occulto, ammesso al di fuori delle strette maglie dell’art. 4, in quanto diretto ad accertare un illecito del dipendente che incide su beni estranei al rapporto di lavoro, vengono portati alla luce dati riguardanti l’esatto adempimento della prestazione lavorativa, i dati medesimi non possono essere usati per altri fini, come per contestare al lavoratore la violazione di un obbligo di diligenza”<sup>68</sup>;*

*“in materia di controlli difensivi ad opera del datore di lavoro, residua un’area di controlli difensivi leciti non soggetti alle condizioni di cui all’art. 4, c. 1, l. 300/1970. Tale ambito è determinato dall’acquisizione di indizi del compimento di condotte illecite a carico di singoli dipendenti, in danno del datore di lavoro o per le quali possa essere chiamata a rispondere il datore di lavoro”<sup>69</sup>;*

*“è legittimo il controllo c.d. difensivo del datore di lavoro sulle strutture informatiche aziendali in uso al lavoratore, a condizione che esso sia occasionato dalla necessità indifferibile di accertare lo stato dei fatti a fronte del sospetto di un comportamento illecito e che detto controllo prescindendo dalla pura e semplice sorveglianza sull’esecuzione della prestazione lavorativa essendo, invece, diretto ad accertare la perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti”<sup>70</sup>;*

*“esulano dal campo di applicazione dell’art. 4 della l. n. 300/1970 i controlli che hanno ad oggetto illeciti estranei allo svolgimento della prestazione lavorativa, per i quali non si rende necessaria, ai fini dell’utilizzazione dei dati acquisiti, alcuna previa informativa (fattispecie in cui il Tribunale ha ritenuto estranee alla prestazione lavorativa condotte del lavoratore quali l’aver utilizzato la tessera Viacard aziendale al di fuori dell’orario di servizio)”<sup>71</sup>.*

## 6. Concludendo

Nel confermare l’originario e irrinunciabile divieto di controllo intenzionale e diretto sull’attività lavorativa, l’art. 4 Statuto Lavoratori ci consegna un panorama normativo profondamente trasformato che trova nella radicale inversione di prospettiva il perno attorno a cui ruota l’intera disciplina.

La previsione riformata pone al centro l’individuo e le correlate esigenze di tutela della dignità, della riservatezza e della personalità del lavoratore: risultato, senza dubbio, della mutata sensibilità del contesto giuridico e sociale nel quale

<sup>68</sup> Trib. Torino 19 settembre 2018.

<sup>69</sup> Trib. Padova 22 gennaio 2018.

<sup>70</sup> Trib. Roma 24 marzo 2017.

<sup>71</sup> Trib. La Spezia 25 novembre 2016.

il *Jobs Act* si è trovato a intervenire, ma anche della profonda trasformazione del mondo del lavoro, delle dinamiche produttive e relazionali, frutto di un'accelerazione nell'evoluzione tecnologica difficilmente prevedibile.

Come si è già avuto modo di osservare, “*il legislatore dello Statuto Lavoratori aveva potuto concentrare la propria attenzione, in via quasi esclusiva, su strumenti tecnologici estranei all'esecuzione della prestazione e principalmente dotati di potenzialità di controllo a impatto collettivo. Il legislatore del Jobs Act ha dovuto prendere atto di una realtà lavorativa profondamente diversa nella quale il rischio, oltremodo insidioso, di lesioni dei diritti fondamentali dei lavoratori deriva, primariamente, dall'impiego degli ordinari strumenti di lavoro. Una realtà, tuttavia, in cui l'impiego e la diffusione delle moderne tecnologie non possono ragionevolmente essere assoggettati a condizionamenti o vincoli stringenti, e nella quale la stessa parte datoriale vede esposto il patrimonio aziendale a un esponenziale rischio di offesa da parte dei dipendenti*”<sup>72</sup>.

Si individuano, nell'attuale norma statutaria, due piani regolatori destinati a controbilanciarsi.

Da un lato, i principi generali in materia di installazione e impiego di strumenti dotati di intrinseche potenzialità di controllo, che tipizza le cause giustificatrici dando ingresso alle esigenze di tutela del patrimonio aziendale, e che ammette un alleggerimento degli oneri posti a carico del datore di lavoro per consentire un più agevole impiego di alcune categorie di strumenti. Dall'altro lato, i principi in materia di utilizzazione dei dati che, con l'espressa attrazione della disciplina di cui al Regolamento (UE) 2016/679 e al d.lgs. 196 del 2003 (per come modificato dal d.lgs. 101 del 2018), cristallizzano, quale nucleo parimenti essenziale di garanzie, la tutela del lavoratore in ogni sua possibile declinazione sociale e, prima ancora, individuale.

Il tutto, in un quadro che si completa con una significativa e reciproca responsabilizzazione di entrambe le parti del rapporto di lavoro: se, da un lato, per esercitare pienamente i poteri gestori, il datore di lavoro risulta onerato di una serie di adempimenti preventivi ed è chiamato a rispettare un complesso sistema normativo; dall'altro, il lavoratore è chiamato all'adozione di una condotta diligente e virtuosa nell'uso degli strumenti e nell'adempimento delle obbligazioni proprie del rapporto.

Si coglie, nitida, quella costante interferenza di interessi che, pur non essendo pienamente equiparabili, hanno tutti rango costituzionale e sono riferibili a entrambe le parti del rapporto di lavoro: il loro bilanciamento è sotteso alla defi-

---

<sup>72</sup> C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, cit., 107.

nizione degli strumenti di tutela predisposti dal legislatore, che per primo a tale bilanciamento provvede, ma non potrà prescindere dall'opera di mediazione inevitabilmente demandata all'autorità giudiziaria nella risoluzione dei casi concreti.

*“Il bilanciamento tra le tensioni generate dall'incontro delle diverse posizioni soggettive non può prescindere dalla più rigorosa applicazione di quel piano di necessaria reciprocità dei doveri di correttezza e buona fede, che deve costituire le fondamenta del rapporto di lavoro, e che rappresenta poi la base del giudizio sulle patologie e le disfunzioni del rapporto medesimo. È in funzione di tali principi che, entro i confini sopra delineati, deve essere compiuta quella complessa opera di cesello volta a evitare che la pretesa di tutela o di esercizio dei diritti si tramuti in uno schermo incondizionato o in una giustificazione aprioristica per qualsiasi tipologia di abuso che possa essere materialmente compiuto dai due protagonisti del rapporto”<sup>73</sup>.*

---

<sup>73</sup> C. COLOSIMO, *La moderna declinazione del potere di controllo*, cit., 109.



## I “controlli difensivi” nell’art. 4 St. Lav. prima e dopo il *Jobs act*: finalità ammesse e vietate

SOMMARIO: 1. L’oggetto dell’indagine. – 2. Uno sguardo al testo originario dell’art. 4 St.lav.: a) il divieto di “controllo a distanza” sull’“attività dei lavoratori” non è derogato nell’ipotesi di controlli per finalità produttive, organizzative o di sicurezza del lavoro. – 3. Segue: b) I “controlli difensivi” diretti all’accertamento di illeciti. – 4. L’art. 4 St.lav. post Jobs Act: a) esiste ancora un generale divieto di controllo a distanza sull’“attività dei lavoratori” tramite gli strumenti di controllo? – 5. Segue: b) quali regole per i “controlli difensivi”? – 6. Conclusione.

### 1. L’oggetto dell’indagine

Il presente lavoro intende indagare se i cd. “controlli difensivi” siano soggetti ai limiti che l’art. 4 St.lav. pone al potere di controllo a distanza del datore di lavoro. Nell’affrontare il tema, il discorso verrà circoscritto ai limiti che la norma statutaria pone al potere di controllo attuato tramite i dispositivi a ciò preposti; non verrà, invece, discussa la questione della distinzione fra strumenti di controllo e di lavoro ed i limiti posti all’uso di questi secondi dispositivi per finalità di controllo<sup>1</sup>.

Come noto, la categoria dei “controlli difensivi” – non esplicitamente contemplata nella versione originaria dell’art. 4 St.lav. – è stata elaborata da dottrina e giurisprudenza che con tale espressione hanno inteso riferirsi a quei controlli datoriali diretti ad accertare gli illeciti commessi dai lavoratori durante o in connessione con lo svolgimento dell’attività lavorativa.

In particolare, si è a lungo discusso se i “controlli difensivi” potessero ritenersi legittimi ed a quali condizioni e ciò perché la norma dello Statuto, da una parte, prevedeva un esplicito e generico divieto di controlli a distanza “sull’attività dei lavoratori” (co. 1) e dall’altra ammetteva sì, previa autorizzazione sindacale o am-

---

<sup>1</sup> Sul punto sia consentito rinviare a M.T. CARINCI, *Il controllo a distanza sull’adempimento della prestazione di lavoro*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2017, 48.

ministrativa, l’installazione di apparecchiature per specifiche finalità di controllo, ma fra esse non compariva l’esigenza di controllo sugli illeciti commessi dal lavoratore (co. 2). Ci si chiedeva, di conseguenza, se dovesse ritenersi drasticamente precluso al datore qualunque controllo a distanza anche se volto a smascherare gli illeciti del lavoratore (quali furti, appropriazioni indebite ecc.) in quanto controllo vietato sull’“attività del lavoratore” (co. 1), oppure se quel controllo a distanza fosse invece da ricomprendere nell’alveo dei controlli consentiti, previa autorizzazione sindacale o amministrativa circa l’installazione dei dispositivi a ciò preposti per “esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro” (co. 2), o in fine se esso fosse da ritenere totalmente estraneo al dettato della norma – sia nella sua disposizione interdittiva (co. 1) che permissiva (co. 2) – e quindi sempre legittimo in base alle previsioni generali del sistema (per es. *ex art. 52 c.p. sulla legittima difesa*) o senza alcun limite.

Il nuovo testo dell’art. 4 St.lav., dopo le modifiche introdotte dall’art. 23 d.lgs. 151/2015, ha riproposto le stesse questioni se è vero che: da una parte la norma non contempla più un esplicito divieto di controllo a distanza “sull’attività dei lavoratori”, cosicché è necessario chiedersi se i controlli sugli illeciti commessi dal lavoratore, in quanto non specificamente vietati, siano *a contrario* sempre legittimi; d’altra parte, però, la stessa norma (co. 1) include anche la “tutela del patrimonio aziendale” fra le finalità per le quali l’installazione di dispositivi di controllo è ammessa previa autorizzazione sindacale o amministrativa<sup>2</sup>, così da far sorgere l’interrogativo dell’inclusione, invece, dei “controlli difensivi” nell’alveo dell’art. 4 St.lav. con conseguente illegittimità del controllo non rispettoso di quelle regole; in fine potrebbe ancora dubitarsi che i “controlli difensivi”, in quanto non chiaramente menzionati come tali, non siano a tutt’oggi in alcun modo disciplinati dalla norma statutaria.

## **2. Uno sguardo al testo originario dell’art. 4 St.lav.: a) il divieto di “controllo a distanza” sull’“attività dei lavoratori” non è derogato nell’ipotesi di controlli per finalità produttive, organizzative o di sicurezza del lavoro**

Come anticipato l’art. 4, c. 1, St.lav. – prima delle modifiche introdotte dal “Jobs Act” – prevedeva, da una parte, un esplicito divieto di controllo a distanza sulla “attività dei lavoratori” (co. 1: “È vietato l’uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori”) e, dall’altra, la possibilità di installazione (ed uso) di dispositivi di con-

---

<sup>2</sup> Tale autorizzazione non è necessaria, viceversa, ai sensi dell’art. 4, co. 2, St.lav. per gli strumenti di lavoro e gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

trollo a distanza, previa autorizzazione sindacale o amministrativa, per “*esigenze organizzative e produttive o di sicurezza del lavoro*” (co. 2)<sup>3</sup> “*anche*” qualora essi potesse derivare un controllo sulla “attività dei lavoratori”, (cd. “controlli preterintenzionali”).

È evidente come definire l’ampiezza del divieto contemplato al co. 1 comportasse immediati riflessi sull’ambito permissivo configurato dal c. 2. Con riferimento a questo aspetto, la giurisprudenza ha mostrato negli anni la precisa volontà di espandere il divieto posto dal co. 1, come dimostra il fatto che il controllo “a distanza” è stato inteso sia in senso spaziale (controlli effettuati da un luogo diverso rispetto a quello in cui si trova il lavoratore), che temporale (controlli effettuati *a posteriori* rispetto al momento in cui il lavoratore svolge l’attività, in virtù di registrazioni) e che l’“attività del lavoratore” è stata dilatata fino a ricomprendere non solo l’attività solutoria posta in essere dal lavoratore (riferita tanto agli obblighi principali, che accessori), ma anche le cd. «licenze comportamentali»<sup>4</sup>, cioè tutti quei comportamenti che il lavoratore pone in essere negli intervalli e nelle pause del lavoro.

L’interpretazione invalsa in giurisprudenza era sicuramente da condividere<sup>5</sup> alla luce della *ratio* dell’art. 4 St.lav., collocato non a caso nell’ambito del Titolo I dello Statuto dei lavoratori dedicato alla tutela della *dignità e libertà del lavoratore*: evitare controlli *occulti*, così da non ingenerare nel lavoratore il timore di

<sup>3</sup> Cfr. art. 4 St.lav.: “Impianti audiovisivi 1. È vietato l’uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori. 2. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l’Ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l’uso di tali impianti. 3. Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l’Ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall’entrata in vigore della presente legge, dettando all’occorrenza le prescrizioni per l’adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti. 4. Contro i provvedimenti dell’Ispettorato del lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale”.

<sup>4</sup> Per tutti G. GHEZZI, F. LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1986, 366 ss.

<sup>5</sup> Si ricorda che l’art. 4 St.lav. era assistito da sanzione penale, ai sensi dell’art. 38 St.lav. ove però vige il principio costituzionale di tassatività (art. 25 Cost.)

essere continuamente monitorato; impedire controlli *impersonali*, tali da privare il lavoratore della possibilità del contraddittorio; scongiurare controlli *anelastici e onnipervasivi*, tali da porre sotto eccessiva pressione il lavoratore. Tale *ratio* emergeva con evidenza non solo dalla considerazione complessiva del Titolo I dello Statuto, ma anche dal confronto fra art. 4 St.lav. – in tema appunto di controlli a distanza – e art. 3 St.lav. – relativo invece al controllo effettuato in presenza con riferimento al quale era imposta l’effettuazione ad opera di *persone a ciò preposte* (il personale di vigilanza) e chiaramente *riconoscibili* tramite l’imposizione in capo al datore di precisi obblighi di comunicazione e di trasparenza.

Il divieto posto dal co. 1 era poi efficacemente presidiato: secondo l’orientamento costante della giurisprudenza del lavoro, la sua violazione comportava la drastica conseguenza dell’inutilizzabilità da parte del datore di lavoro delle informazioni raccolte, sia a fini disciplinari, che risarcitori<sup>6</sup>.

Così definita la portata del divieto di controlli sull’“attività dei lavoratori” ex art. 4, co. 1 St.lav., la giurisprudenza ha poi adottato, coerentemente, una lettura restrittiva del co. 2 in tema di “controlli preterintenzionali”.

La questione principale riguardava la possibilità per il datore di lavoro, che avesse legittimante posto in essere controlli per ragioni organizzative, produttive o di sicurezza del lavoro ai sensi del co. 2, di utilizzare le informazioni così raccolte per finalità disciplinari.

Sul punto due tesi si contrapponevano.

Secondo una prima opinione il divieto di controllo a distanza sull’“attività dei lavoratori”, da ritenere assoluto ed inderogabile, comportava l’inutilizzabilità nell’ambito del procedimento disciplinare di ogni informazione raccolta “a distanza”, anche se frutto di indagini legittimamente poste in essere nel pieno rispetto dell’art. 4, co. 2, St.lav.<sup>7</sup>

Ragionare diversamente, infatti, avrebbe comportato una drastica restrizione (deroga) del divieto posto dall’art. 4, c. 1 St.lav. La tesi era stata accolta da dottrina e giurisprudenza maggioritarie ed altresì nella prassi: negli accordi autorizzativi sindacali stipulati ai sensi del co. 2 con molta frequenza ricorrevano “clausole di inutilizzabilità” che rendevano esplicita la regola di inutilizzabilità delle informazioni raccolte in sede di “controlli preterintenzionali” per contestare al lavoratore l’inadempimento.

---

<sup>6</sup> Secondo la giurisprudenza penale, al contrario, le informazioni, anche se raccolte in violazione dell’art. 4 St.lav., potevano in ogni caso essere utilizzate a fini di prova di reati commessi dal lavoratore.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. 16 giugno 2000, n. 8250, in *Guida Dir.*, fasc. 27, 2000, 38 ss., con nota di A. RICCIARDI e in *Dir. giust.*, fasc. 27, 36 ss. con nota di S. BELLOMO.

Secondo una diversa opinione, invece, i dati legittimamente raccolti a distanza nell'ambito di controlli posti in essere per i fini ammessi dalla legge *ex art. 4, co. 2, St.lav.* (cd. "controlli preterintenzionali") avrebbero potuto essere utilizzati a fini disciplinari.

Questo secondo orientamento aveva trovato accoglimento in un'unica sentenza della Corte di Cassazione<sup>8</sup>, relativa ad un caso di licenziamento per giusta causa di un portavalori per la sottrazione di un plico contenente una ingente somma di denaro: il fatto era stato ripreso da una telecamera installata legittimamente con il previo accordo con le RSA «per finalità di protezione dei lavoratori» e la Corte – contrariamente al giudice di primo grado<sup>9</sup> – aveva ritenuto che i dati fossero utilizzabili e quindi il lavoratore potesse essere licenziato.

È dunque evidente che già nel corpo del testo originario dell'art. 4 St.lav. per orientamento costante grande rilievo fosse conferito *alle finalità* del controllo a distanza: centralità e preminenza era attribuita al divieto di controllo a distanza *sull'adempimento*; mentre i controlli ammessi *per finalità organizzative, produttive e di sicurezza del lavoro* erano subordinati e circoscritti a quel primario divieto. Così inteso il co. 2 dell'art. 4 St.lav. non costituiva deroga, ma conferma del disposto dell'art. 4, co. 1, St.lav.: il controllo a distanza sull'"attività dei lavoratori", diretta o indiretta (preterintenzionale) che fosse, era sempre ed in ogni caso vietata.

In questo contesto si colloca la questione relativa alla ammissibilità dei cd. "controlli difensivi" che, come anticipato, costituiscono "controlli a distanza" diretti *al fine specifico di accertare gli illeciti commessi dai lavoratori*.

### 3. Segue: b) I "controlli difensivi" diretti all'accertamento di illeciti

Il testo originario dell'art. 4 St.lav. non disponeva nulla in merito ai "controlli difensivi". Tale categoria è stata invece elaborata da una parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>10</sup> nell'intento di dotare il datore di lavoro di strumenti

<sup>8</sup> Cass. 22 marzo 2011, n. 649, inedita a quanto consta.

<sup>9</sup> Il giudice di primo grado, Tribunale di Parma, aveva ritenuto le riproduzioni inutilizzabili, perché le video registrazioni non potevano essere utilizzate per scopi diversi da quelli dell'autorizzazione sindacale, mantenendo fermo così quel vincolo di finalità che nell'art. 4, co. 2, St.lav. "vecchio testo" era già presente.

<sup>10</sup> Le prime pronunce a coniare la categoria dei controlli difensivi furono Cass. civ. sez. lav., 3 luglio 2001, n. 8998, in *MGC*, 2001, 1321 ss.; Cass. civ. sez. lav., 3 aprile 2002, n. 4746, in *MGL*, 2002, 644, con nota di M. BERTOCCHI, secondo le quali «ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 l. n. 300/1070

idonei a scoprire e reprimere quelle gravissime condotte poste in essere dal lavoratore ed in grado di pregiudicare l’organizzazione ed il patrimonio aziendale: sulla scorta dell’idea che l’art. 4 St.lav. fosse volto a disciplinare unicamente *il controllo datoriale sull’attività lecita del lavoratore*, un primo orientamento aveva sostenuto che il controllo a distanza sugli illeciti – pur se realizzato tramite l’utilizzo di apparecchiature non autorizzate ai sensi dell’art. 4, co. 2, St.lav. – fosse conforme al sistema e le informazioni raccolte pienamente utilizzabili a fini disciplinari.

Ma cosa intendeva la giurisprudenza per “attività illecita”? L’analisi delle pronunce rimanda un quadro variegato: si va dall’ipotesi del furto commesso dal lavoratore e ripreso da una telecamera non autorizzata<sup>11</sup>; all’uso privato del telefono aziendale rilevato tramite la registrazione delle chiamate<sup>12</sup>; alla divulgazione a mezzo e-mail di notizie riservate provenienti da un cliente e l’utilizzo delle stesse per operazioni finanziarie a proprio vantaggio da parte di un quadro direttivo di un istituto bancario<sup>13</sup>; all’abbandono da parte del lavoratore della propria postazione di lavoro per “chattare” su Facebook<sup>14</sup>.

Da questa breve casistica emerge con evidenza come i giudici riconducessero al concetto di “attività illecita” ora comportamenti del lavoratore rilevanti oltre che sul piano del contratto (come gravissimi inadempimenti) *anche* sul piano penale (reati), ora comportamenti rilevanti *solo* sul piano civile (inadempimenti contrattuali).

Ciò precisato, rimane comunque il fatto che la distinzione fra attività lecita ed illecita non poteva (e non può) fungere da criterio per definire l’area di applicazione dell’art. 4 St.lav., pena la completa sterilizzazione della norma statutaria: la condotta del lavoratore sul piano fenomenologico è sempre una ed una soltanto;

---

è necessario che il controllo riguardi (direttamente o indirettamente) l’attività lavorativa, mentre devono ritenersi certamente fuori dell’ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore». Tale orientamento fu poi parzialmente corretto da Cass. civ. sez. lav., 17 luglio 2007, n. 15892, in *RIDL*, 3, II, 714, con nota di M. VALLAURI; Cass. civ. sez. lav., 28 gennaio 2011, n. 2117, in *D&G online*, 2011, con nota di G. MILIZIA; Cass. pen., 12 luglio 2011, n. 34842, in *Cass. Pen.*, 2012, 4, 1432 con nota di A. MARI; Cass. civ. sez. lav., 23 febbraio 2012, n. 2722, in *RIDL*, 2013, 1, 113, con nota di C. SPINELLI, le quali affermavano che dovevano considerarsi sottratti all’ambito d’applicazione dell’art. 4 l. n. 300/1970 esclusivamente quei controlli rivolti all’accertamento di comportamenti illeciti del lavoratore che non costituiscano violazione di obblighi contrattuali e che comportino piuttosto una lesione di beni estranei al rapporto di lavoro.

<sup>11</sup> Cass. 3 luglio 2001, n. 8998, inedita a quanto consta.

<sup>12</sup> Cass. 3 aprile 2002, n. 4746, cit.

<sup>13</sup> Cass. 23 febbraio 2012, n. 2722, cit.

<sup>14</sup> Cass. 27 maggio 2015, n. 10955 in *FI*, 2015, I, c. 2316.

è poi l'ordinamento che dispone se quella (unica) condotta rilevi su uno o più piani: sul piano del contratto (come inadempimento contrattuale); sul piano della responsabilità civile (come comportamento illecito); sul piano penalistico (come reato).

Solo *a posteriori*, dunque, e, cioè solo una volta effettuato il controllo e definiti i contorni della condotta del lavoratore, è possibile ricondurre quest'ultima alle disposizioni presenti nel sistema e definirne il piano di rilevanza.

L'art. 4 St.lav., al contrario, definiva (e definisce) limiti al potere di controllo del datore *prima del suo esercizio ed a prescindere dall'oggetto del controllo*. La distinzione, dunque, fra controlli su attività lecite ed illecite del lavoratore confliggeva con l'impianto e la *ratio* dell'art. 4 St.lav.<sup>15</sup>.

#### 4. L'art. 4 St.lav. post Jobs Act: a) esiste ancora un generale divieto di controllo a distanza sull'“attività dei lavoratori” tramite gli strumenti di controllo?

Volgendo ora lo sguardo all'art. 4 St.lav. nel testo vigente si tratta di capire anzitutto se la norma riaffermi, seppur implicitamente, un generale divieto di controllo a distanza sull'“attività dei lavoratori” attuato, in particolare, tramite strumenti di controllo.

La questione sorge perché, come già ricordato, quel divieto non è più esplicitamente sancito dalla norma statutaria (che nella sua attuale formulazione, da una parte, al co. 1 si limita a prevedere la possibilità di controlli, attuati tramite strumenti a ciò preposti e debitamente autorizzati, “*per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale*” e dall'altra, al co. 2, dispone che “*la disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*”). Completa il quadro il co. 3 ai sensi del quale le informazioni raccolte ai sensi dei co. 1 e 2 “*sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che al lavoratore sia data adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*”.

<sup>15</sup> 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)*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”. it, n. 255/2015. Cfr. altresì A. INGRAO, *Il controllo a distanza sui lavoratori e la nuova disciplina privacy: una lettura integrata*, Cacucci, Bari, 2018, 47 ss.

Si può dunque ritenere che la soppressione dell’esplicito divieto di controllo a distanza sull’“attività dei lavoratori” prima contenuto nella norma implichi il riconoscimento in capo al datore di un potere generalizzato di controllo sulla corretta esecuzione della prestazione?

La risposta a questa domanda non è facile.

Volendo concentrare l’attenzione sugli strumenti di controllo, non si può non rimarcare che l’art. 4, co. 1, St.lav. disponga che il datore di lavoro può prima legittimamente installare apparecchiature di controllo e poi legittimamente controllare il lavoratore *solo per specifiche e tassative finalità riconosciute nell’ambito della fase autorizzatoria* (“*esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale*”, cfr. art. 4, co. 1, St.lav.). Ne consegue che ogni installazione ed utilizzo di apparecchiature per fini diversi da quelli previsti dalla norma statutaria è precluso e, fra essi, certamente *il controllo (diretto) sull’esatto adempimento della prestazione*. Del resto, ogni procedimento autorizzatorio – quale quello imposto dall’art. 4, co. 1, St.lav. – presuppone sempre sullo sfondo la sussistenza di un divieto.

Rimane da definire se le informazioni raccolte dalle apparecchiature di controllo legittimamente installate possano poi essere utilizzate (*in via indiretta*) anche per scopi diversi da quelli fissati dalla legge e, in particolare, per contestare al lavoratore l’inadempimento.

Ad un primo sguardo l’art. 4, co. 3 St.lav. (ai sensi del quale “*le informazioni raccolte ai sensi dei co. 1 (...) sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”) sembrerebbe consentire tale possibilità.

Tuttavia, è *necessario considerare come*, da una parte, la legge imponga che ogni singola apparecchiatura di controllo sia autorizzata per una ben individuata e specifica finalità fra quelle previste dalla legge (co. 1) e, dall’altra, che il lavoratore debba ricevere, prima dell’effettuazione dei controlli, una dettagliata informativa sulle modalità del controllo cui è soggetto (co. 3). L’intreccio fra queste due disposizioni limita, dunque, la possibilità per il datore di utilizzare i dati raccolti alle finalità previamente autorizzate fra le quali – come detto – non rientra la possibilità di controllo sull’“attività del lavoratore”. Che questa sia l’interpretazione corretta lo dimostra d’altra parte il fatto che gli accordi sindacali autorizzatori, successivi alla modifica dell’art. 4 St.lav., hanno continuato a prevedere che le informazioni raccolte siano utilizzabili *esclusivamente per le finalità oggetto di autorizzazione con esclusione quindi di ogni finalità disciplinare*<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. per tutti il noto caso della stipulazione del contratto integrativo aziendale *Just Eat – OO.SS* che all’art. 9, comma 8, prevede l’inutilizzabilità dei dati a fini disciplinari, salvo il caso di commissione di reato da parte dei lavoratori.

Arrivati a questo punto è ora venuto il momento di interrogarsi sul regime dei cd. “controlli difensivi” nel sistema del nuovo art. 4 St.lav.

## 5. Segue: b) quali regole per i “controlli difensivi”?

Per inquadrare la disciplina vigente dei cd. “controlli difensivi” si deve innanzitutto osservare che l’art. 4, co. 1, St. lav. include, oggi, fra i controlli ammessi previa autorizzazione sindacale o amministrativa anche quelli diretti alla finalità di tutela del “patrimonio aziendale”: “*Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale*”. Come già ricordato l’art. 4, co. 3, St.lav. dispone poi che “*le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 [...] sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”.

Si può dunque ritenere che i cd. “controlli difensivi”, in virtù delle modifiche del *Jobs Act*, siano disciplinati dall’art. 4, co. 1, St.lav.? Le informazioni raccolte sono poi utilizzabili a fini disciplinari?

Alcuni<sup>17</sup> ritengono di dare al primo quesito risposta positiva, con la conseguenza che i “controlli difensivi” dovrebbero essere effettuati solo previa autorizzazione sindacale o amministrativa in merito all’installazione delle apparecchiature preposte allo scopo e solo ove queste regole siano rispettate ed al lavoratore sia fornita adeguata informativa sulle finalità e modalità del controllo (co. 3) i dati raccolti possono poi essere utilizzati a fini disciplinari.

Altri, viceversa, ritengono che, nonostante le modifiche dell’art. 4 St.lav., i “controlli difensivi” non siano disciplinati dalla norma statutaria, con la conseguenza che il datore potrebbe disporre legittimamente l’installazione di apparecchiature di controllo per finalità difensive nel rispetto dei soli principi generali dell’ordinamento (condizioni di necessità gravità e urgenza ricavabili dalle norme in materia di legittima difesa: art. 53 c.p., art. 2044 c.c.)<sup>18</sup> con conseguente utilizzabilità delle informazioni raccolte.

<sup>17</sup> R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. 151/2015)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 77 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 *Labour&Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1, 1 ss.

<sup>18</sup> V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull’attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, 2015, n. 6, 1200; ma cfr. altresì A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2016, n. 4, 512 e M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 2016, n. 3, 483; per una critica a tali posizioni cfr. A. INGRAO, *Il controllo a distanza*, cit., 163 ss.

A mio parere la prima lettura appare più convincente non solo perché più aderente al dato letterale (come osservato l’art. 4, co. 1 St.lav. include esplicitamente le esigenze di tutela del “patrimonio aziendale” finalità cui, per costante orientamento, la giurisprudenza riconduceva in passato i controlli difensivi<sup>19</sup>) ma, anche, perché evita quella completa obliterazione della norma cui invece conduce la seconda interpretazione: la natura “difensiva” del controllo non è individuabile *a priori*, ma solo *a posteriori* una volta che l’illecito sia stato scoperto ed imputato al lavoratore (v. § 3). Dunque, solo includendo i “controlli difensivi” nell’alveo dell’art. 4, co. 1, St.lav. la norma statutaria ancor oggi è in grado di porre effettivi limiti al potere di controllo del datore di lavoro (*i*) circoscrivendolo nell’ambito di finalità ritenute in astratto meritevoli di tutela ad opera della legge; *ii*) sottoponendolo al preventivo vaglio autorizzatorio in ordine alle specifiche finalità perseguite con l’installazione e l’uso di ogni singolo dispositivo di controllo; *iii*) rendendo edotto il lavoratore delle tipologie e delle finalità di ogni controllo cui è soggetto). Questa lettura d’altronde è condivisa da autorevole dottrina<sup>20</sup> e parte della giurisprudenza<sup>21</sup>.

Si deve tuttavia segnalare che altra parte della giurisprudenza ha accolto l’interpretazione opposta ritenendo al contrario i “controlli difensivi” estranei al dettato dell’art. 4 St.lav. e le informazioni raccolte nell’ambito di controlli effettuati tramite apparecchiature non oggetto di specifica autorizzazione sindacale o amministrativa riferita alla specifica finalità di tutela del “patrimonio aziendale” comunque utilizzabili a fini disciplinari.

Il Tribunale di La Spezia, per esempio, con un’ordinanza del 2017<sup>22</sup>, ha ritenuto legittimo il licenziamento irrogato ad una lavoratrice per gli inadempimenti contrattuali rilevati tramite la “Viacard” consegnata, senza adeguata informativa, per il pagamento dei pedaggi autostradali. Il giudice infatti ha affermato che “l’interpretazione della norma non può spingersi sino al punto di ritenere l’applicabilità della stessa e, dunque, la necessità dell’informativa, anche nei casi in cui il controllo sia finalizzato all’accertamento di illeciti completamente avulsi dalla prestazione lavorativa”. Per il giudice gli illeciti rilevati in questo caso concernono “condotte estranee alla prestazione lavorativa, ossia avere utilizzato la tessera aziendale, fuori dall’orario di servizio, per pagare i viaggi effettuati da e per il proprio luogo di residenza, ovvero l’utilizzo della Viacard in giornate non lavorative o di assenza dal servizio”. È evidente tuttavia che per scoprire l’illeci-

---

<sup>19</sup> Per es. Cass. civ. sez. lav., 3 aprile 2002, n. 4746, cit.

<sup>20</sup> DEL PUNTA R., *La nuova disciplina dei controlli a distanza*, cit. 79 ss.

<sup>21</sup> Trib. di Roma del 13 giugno 2018 n. 57668.

<sup>22</sup> Trib. La Spezia 25 novembre 2016, in *DRI*, 2019, 1, 302 con nota di G. CASSANO

to il datore di lavoro non può che aver controllato l'utilizzo della Viacard nelle sole giornate di domenica o festive o nella fasi di riposo dall'attività lavorativa, ma deve aver passato in rassegna tutte le giornate in cui il lavoratore prestava la propria attività isolando solo *a posteriori* i comportamenti rilevanti, cioè l'utilizzo illecito della "Viacard" nei giorni festivi o negli orari di riposo del lavoratore. Afferma però il Tribunale che nel caso esaminato "il controllo successivo dei dati emergenti dalla tessera, svolto dal datore, non era neppure indirettamente volto al controllo della prestazione: non si rendeva quindi necessaria, ai fini dell'utilizzazione dei predetti dati, alcuna previa informativa".

Il Tribunale di Roma nel 2017<sup>23</sup> ha esaminato invece il caso di una lavoratrice che, navigando su siti internet estranei all'attività lavorativa, aveva contratto un virus, il "*cryptolocker*", che aveva causato un gravissimo danno all'azienda paralizzandone tutto il sistema informatico. Con la finalità di individuare il computer attraverso il quale il virus era riuscito a penetrare nel sistema aziendale per bloccarlo ed eliminarlo dal sistema, il datore aveva in questo caso utilizzato programmi informatici capaci di rilevare i contenuti della navigazione *web* dei singoli dipendenti e, quindi, una volta individuato il lavoratore responsabile lo aveva licenziato. Il giudice ha affermato anzitutto l'estraneità dei controlli difensivi al dettato dell'art. 4 St.lav. tramite il riconoscimento del "principio della tendenziale ammissibilità dei controlli difensivi "occulti", anche ad opera di personale estraneo all'organizzazione aziendale, in quanto diretti all'accertamento di comportamenti illeciti diversi dal mero inadempimento della prestazione lavorativa, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, ferma comunque restando la necessaria esplicazione delle attività di accertamento mediante modalità non eccessivamente invasive e rispettose delle garanzie di libertà e dignità dei dipendenti". Quanto poi al principio di proporzionalità che dovrebbe governare questi controlli, il giudice nel caso di specie lo ha ritenuto rispettato perché "il datore di lavoro [...] aveva] posto in essere una attività di controllo sulle strutture informatiche aziendali che prescindeva dalla pura e semplice sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa della ricorrente [...] essendo], invece, diretta ad accertare la perpetrazione di eventuali comportamenti illeciti (poi effettivamente riscontrati). Più in particolare, il controllo c.d. difensivo è stato occasionato dalla necessità indifferibile di accertare lo stato dei fatti a fronte del sospetto di un comportamento illecito, con rilevanza penale". La ragione del controllo infatti – osserva il giudice – era nel caso di specie quella di "contenere i danni al patrimonio aziendale e di verificare la sussistenza di un illecito di carattere penale".

---

<sup>23</sup> Trib. Roma 24 marzo 2017, in *DRI*, 2018, 1, 265, con nota di E. GRAMANO

Il Tribunale di Padova nel 2018<sup>24</sup> ha ritenuto conforme al sistema il licenziamento per giusta causa di una operatrice di *call center* per aver compiuto una serie di accessi indebiti al *database* aziendale, accessi per i quali era necessario una specifica autenticazione basata su dati biometrici. Anche in questo caso la lavoratrice non era stata preventivamente e specificamente informata delle modalità della sorveglianza, tuttavia le modalità d’uso del sistema erano note alla generalità dei lavoratori per la presenza di una *policy* aziendale che ne chiariva le modalità di utilizzo. Si aggiunga a ciò il fatto che il sistema era configurato in modo tale per cui ogni volta che un operatore tentava l’accesso ad aree riservate sullo schermo del computer compariva un *pop-up* recante la scrittura “attenzione l’operazione che vuoi eseguire verrà tracciata, vuoi proseguire?”; l’accesso all’area riservata era quindi possibile soltanto a seguito di accettazione specifica da parte del lavoratore della sottoposizione al tracciamento operato dall’azienda. Il Tribunale di Padova ha ritenuto lecito il controllo difensivo al di fuori della norma statutaria applicando *ratione temporis* l’art. 4 St.lav. vecchio testo; ma la pronuncia si spinge oltre proponendo di interpretare analogamente anche l’art. 4 St.lav. nuovo testo sulla scorta dei principi di proporzionalità nelle modalità di controllo elaborati anche dalle Corti a livello sovranazionale<sup>25</sup>.

## 6. Conclusioni

Per concludere mi sia consentita qualche osservazione sul raccordo fra art. 4 St.lav. e disciplina in materia di privacy.

Non credo, innanzitutto, che vi possano essere dubbi sul fatto che il controllo a distanza posto in essere dal datore di lavoro costituisca sempre uno speciale trattamento di dati personali<sup>26</sup> e che quindi le informazioni raccolte ai sensi dell’art. 4 St.lav. debbano rispettare le prescrizioni del Reg. 2016/679/UE. Lo chia-

---

<sup>24</sup> Trib. Padova 24 dicembre 2018, in riforma dell’ordinanza del 22 gennaio 2018, in Nuova giurisprudenza civile e commentata, 2019, 4, con nota di A. Ingraio, *I controlli difensivi tra passato e presente: privacy del lavoratore e inutilizzabilità dei dati*.

<sup>25</sup> Corte EDU Fernández Martínez c. Spagna, 12 giugno 2014 (Grande Camera); Corte EDU Bărbulescu c. Romania, 5 settembre 2017 (Grande Camera); Corte EDU Antović e Mirković c. Montenegro, 28 novembre 2017 § 42; Corte EDU Denisov c. Ucraina, 25 settembre 2018 (Grande Camera); Corte EDU López Ribalda e Altri c. Spagna, 17 ottobre 2019 (Grande Camera). Una rassegna critica della giurisprudenza della Corte EDU, pronunciatasi sull’art. 8 della Convenzione EDU, aggiornata all’anno 2020 è consultabile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights). In dottrina, L. TEBANO, *I confini dei controlli difensivi e gli equilibri della Corte edu*, in *RIDL*, 2020 fasc. 1, 211

<sup>26</sup> In questo senso, amplius, A. INGRAIO, *Il controllo a distanza*, cit., 156 ss.

risce del resto lo stesso art. 4, co. 3, St.lav. laddove specifica che “*le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione [...] del rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196*” (e successive modificazioni).

Il Reg. Privacy pone *in primis* obblighi che derivano dai principi generali del trattamento (art. 5 Reg. Privacy), quali: il principio di legittimità e correttezza, di trasparenza, di limitazione delle finalità, di conservazione, di minimizzazione del controllo, di esattezza, integrità e riservatezza, di responsabilizzazione. Tali principi hanno ricadute importanti sul potere di controllo del datore di lavoro, imponendo fra l'altro: l'obbligo di informazione preventiva al lavoratore; il divieto assoluto di “controlli prolungati continui e indiscriminati”; l'obbligo di predisporre una struttura organizzativa volta a prevenire la commissione di illeciti, piuttosto che la repressione degli stessi in virtù di rilevazioni attuate tramite controlli di tipo successivo; l'obbligo di graduare l'esercizio del potere di controllo, analizzando dapprima i dati aggregati fino a giungere a dati che riguardano il singolo lavoratore ecc.

Ma quali sono le conseguenze in merito al potere di controllo se tali principi del c.d. regolamento Privacy non sono rispettati? Poniamo per esempio il caso di una comunicazione al lavoratore non trasparente e completa oppure quello di un controllo non strettamente circoscritto alle finalità dichiarate nella informativa comunicata al lavoratore.

Al riguardo si può osservare come la disciplina in materia di Privacy rafforzi le limitazioni del potere di controllo già poste dall'art. 4 St.lav., in generale ed anche con riferimento ai “controlli difensivi”. In particolare, è *il principio di finalità del trattamento* imposto dalla normativa Privacy (art. 5 lett. b) che si vuole qui particolarmente richiamare. Il necessario rispetto di quel principio conduce infatti a ritenere che le informazioni raccolte tramite dispositivi di controllo possano essere utilizzate a fini disciplinari (“*per tutti i fini connessi al rapporto di lavoro*”, co. 3) unicamente se raccolte per una delle finalità legittime individuate dalla norma statutaria (finalità organizzative, produttive, di sicurezza e di tutela del patrimonio aziendale) previamente e specificamente autorizzate (co. 1) e chiaramente comunicate al lavoratore (co. 3). Ogni altra finalità di controllo, in quanto non consentita dalla legge, è vietata e lo è altresì ogni finalità pur consentita ma non autorizzata e comunicata al lavoratore. Ne consegue in tutti questi casi l'inutilizzabilità delle informazioni raccolte a fini disciplinari.



## Diritti e obblighi nella risoluzione del rapporto di lavoro

SOMMARIO: 1. La fattispecie del licenziamento disciplinare. Il licenziamento ontologicamente disciplinare. – 2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo. – 3. Giusta causa come espressione di una clausola generale; il ruolo della contrattazione collettiva. – 4. Rapporti fra fattispecie legale e contrattazione collettiva. – 5. Il regime delle cautele. – 5.1. Il licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012. – 5.2. Il regime delle tutele per il licenziamento disciplinare illegittimo dopo il Jobs Act.

### 1. La fattispecie del licenziamento disciplinare. Il licenziamento ontologicamente disciplinare

Per licenziamento disciplinare si intende il recesso intimato al lavoratore per comportamenti, posti in essere da quest'ultimo, idonei a far venir meno il vincolo di fiducia che deve sussistere nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

Il licenziamento disciplinare non costituisce una fattispecie autonoma ma individua tutti i licenziamenti per mancanze e, quindi, comprende i licenziamenti per giusta causa (ex art. 2119 c.c. che fa riferimento a una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro) e quelli per giustificato motivo soggettivo (ex art. 3 legge n. 604 del 1966, che si riferisce al notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro).

L'esigenza di definire il licenziamento disciplinare non è sistematica, ma consegue al lungo dibattito verificatosi, in particolare in dottrina, relativo al problema dell'applicabilità, o meno, dell'art. 7 Stat. lav. al licenziamento, problema postosi all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto perché, da una parte, il quarto comma, nel far salva la disciplina sui licenziamenti individuali, consentiva la previsione unicamente di sanzioni conservative e, d'altra parte, non era facilmente contestabile la considerazione che un sistema di garanzia disegnato per queste ultime potesse ragionevolmente escludere la sanzione più grave, e cioè quella del licenziamento.

Un contributo fondamentale alla configurazione del licenziamento disciplinare è stato fornito dalla (C. cost. 29 novembre 1982 n. 204) la quale ha dichiarato illegittimi i commi primo, secondo e terzo dell'art. 7 "interpretati nel senso che

siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro”. In sostanza, all’esito della citata sentenza della Corte costituzionale l’art. 7 Stat. lav. si applica anche al “licenziamento disciplinare” (e di qui la necessità di definirlo) ma soltanto in parte (e di qui la necessità di segmentare ed adattare il contenuto precettivo della norma ad una fattispecie che originariamente era fuori dal suo campo di applicazione).

È assolutamente evidente che l’applicazione al licenziamento disciplinare dei primi tra commi dell’art. 7 Stat. lav. determina un sostanziale arricchimento delle garanzie del lavoratore: alla prescrizione della forma scritta e dei presupposti sostanziali della giusta causa e del giustificato motivo si aggiunge la prescrizione di regole procedurali per la rituale intimazione del licenziamento se (e solo se) disciplinare.

## **2. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo**

Come si è visto, la formulazione dell’art. 2119, comma 1, c.c. fa riferimento non già ad una mancanza, ma a una causa che non consenta la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto. Nonostante tale formulazione la norma è stata generalmente interpretata nel senso che la stessa si riferisce sempre e comunque a fatti riconducibili alla persona del dipendente.

Tale interpretazione trova del resto conferma nel disposto di cui al secondo comma dell’art. 2119 c.c. secondo cui non costituisce giusta causa né il fallimento dell’imprenditore né la liquidazione coatta amministrativa. In applicazione della norma da ultimo citata, pertanto, non sussiste giusta causa neanche quando la crisi dell’impresa determini, come spesso si verifica nel contesto delle procedure concorsuali, la cessazione immediata dell’attività, situazione questa che comporta per definizione l’impossibilità di tenere in vita il rapporto di lavoro anche in via provvisoria e che quindi rientrerebbe pienamente nella definizione dell’istituto desumibile dalla disposizione codicistica. Con la conseguenza, di notevole rilievo sul piano pratico, che in siffatte ipotesi spetta al lavoratore licenziato il diritto all’indennità sostitutiva del preavviso. Ciò in quanto, secondo l’impostazione seguita dal legislatore, gli eventi oggettivi che si verificano nella sfera dell’impresa non possono costituire ragione di nocimento per il lavoratore, quanto meno sul piano patrimoniale.

Quanto all’individuazione degli spazi di applicazione dell’istituto, ci si è chiesto se sia più corretto confinare la giusta causa nell’ambito del solo inadempimento, come accade nel caso del giustificato motivo soggettivo, ovvero consentire che nella fattispecie legale della giusta causa possano assumere rilevanza

anche fatti o comportamenti diversi dall'inadempimento la cui gravità sia comunque tale da ripercuotersi sul rapporto di lavoro legittimando il licenziamento in tronco del dipendente.

La soluzione, ormai comunemente accolta in dottrina e assolutamente pacifica in giurisprudenza, è che, da un lato, la giusta causa deve essere comunque riferibile ad un comportamento del prestatore di lavoro e, dall'altro, che è configurabile la giusta causa non solo nell'ipotesi dell'inadempimento contrattuale, ma anche in presenza di fatti e comportamenti estranei alla sfera del contratto, che siano però tali da far venir meno quella fiducia che costituisce il presupposto essenziale della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato (cfr., da ultimo, Cass. n. 3076 del 2020).

In sostanza la giusta causa di licenziamento deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare dell'elemento della fiducia che deve effettivamente sussistere fra le parti. Con specifico riferimento alla fattispecie dell'inadempimento contrattuale il licenziamento per giusta causa viene inquadrato spesso come la più grave delle sanzioni comminabili al dipendente in relazione ad una mancanza dallo stesso commessa.

### **3. Giusta causa come espressione di una clausola generale; il ruolo della contrattazione collettiva**

La Corte di cassazione (cfr. ad esempio Cass. n. 21214 del 2009; Cass. n. 8254 del 2004) ha da tempo definito la previsione dell'art. 2019 c.c. in tema di giusta causa come nozione che la legge – allo scopo di un adeguamento delle norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo – configura con una disposizione (ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali) di limitato contenuto, delineante un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama.

Deve sottolinearsi che la congruità della sanzione espulsiva deve essere valutata non sulla base di una considerazione astratta dell'addebito, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto del fatto, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico della sua gravità, rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro.

In tale contesto la S.C. ha chiarito che un ruolo importante ai fini di tale valutazione deve essere attribuito alla configurazione delle mancanze operata dalla contrattazione collettiva. Ulteriori parametri da prendere in considerazione sono:

l'intensità dell'elemento intenzionale, il grado di affidamento richiesto dalle mansioni, le modalità di attuazione del rapporto, la durata dello stesso, l'assenza di pregresse sanzioni, la natura e la tipologia del rapporto medesimo.

Quindi, la scala valoriale espressa dal contratto collettivo costituisce un parametro fondamentale al quale occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c.

Tale principio è stato ulteriormente valorizzato dal legislatore che, con l'art. 30, comma 3, legge n. 183 del 2010, ha previsto che il giudice, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi.

#### **4. Rapporti fra fattispecie legale e contrattazione collettiva**

In sostanza, possono verificarsi differenti situazioni che possono essere schematizzate come segue:

Ove la contrattazione collettiva applicabile al rapporto di lavoro contenga una elencazione delle condotte disciplinarmente rilevanti che integrano l'ipotesi di giusta causa, l'esistenza di una siffatta elencazione non esclude la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore non previsti dalla norma collettiva che siano comunque contrari alle norme della comune etica o del comune vivere civile.

È sufficiente che tale grave inadempimento o tale grave comportamento, con apprezzamento di fatto del giudice di merito non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore.

Tale conclusione deriva dal fatto che la nozione di giusta causa di licenziamento trova la sua fonte direttamente nella legge per cui l'elencazione delle ipotesi di giusta causa eventualmente contenuta nei singoli contratti collettivi può avere unicamente una valenza esemplificativa e non già tassativa.

In applicazione dei medesimi principi il giudice può escludere che il comportamento contestato al lavoratore costituisca, nel caso concreto, una giusta causa, pur essendo qualificato tale dal contratto collettivo, in considerazione delle circostanze concrete che lo hanno caratterizzato (cfr. Cass. n. 5280 del 2013). Ed infatti la valutazione in ordine alla legittimità del licenziamento disciplinare di un lavoratore, anche se basata sulla configurabilità di un'ipotesi contemplata dalla contrattazione collettiva come passibile del provvedimento espulsivo, deve essere in ogni caso effettuata attraverso un accertamento in concreto da parte del giudice del merito della reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente nonché del rapporto di

proporzionalità tra sanzione e infrazione. Ed infatti anche quando si riscontri la astratta corrispondenza del comportamento del lavoratore alla fattispecie tipizzata contrattualmente, occorre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo.

Parallelamente (e salva l'ipotesi di cui dirò immediatamente dopo) il giudice può, in linea di principio, andare al di là delle previsioni del contratto collettivo che prevedano la sanzione conservativa, ritenendo la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile ove tale grave inadempimento o tale grave comportamento, secondo un apprezzamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore. Tale possibilità sussiste peraltro soltanto ove il giudice accerti che le parti stesse non avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità di una sanzione espulsiva. Ad esempio, a fronte di una previsione del contratto collettivo che prevedeva, fra le ipotesi che giustificavano il licenziamento in tronco, la rissa, il giudice di merito, con sentenza confermata in sede di legittimità, ha ritenuto sussistente la giusta causa in un caso in cui il dipendente aveva aggredito e percosso un suo superiore gerarchico.

Il principio sub c) subisce una importante eccezione nel caso in cui la previsione negoziale ricolleggi ad un determinato comportamento giuridicamente rilevante solamente una sanzione conservativa ed emerga, in sede di interpretazione della norma collettiva, che le parti abbiano inteso escludere, la possibilità di una sanzione espulsiva; in tal caso il giudice, che si trovi dinanzi a una condotta coincidente con la previsione contrattuale è vincolato dal contratto collettivo, trattandosi di una condizione di maggior favore fatta espressamente salva dal legislatore (legge n. 604 del 1966, art. 12). In sostanza, in tale ipotesi, il giudice non può estendere il catalogo delle giuste cause o dei giustificati motivi di licenziamento oltre quanto stabilito dall'autonomia delle parti. Si deve infatti attribuire prevalenza alla valutazione di gravità di quel peculiare comportamento, come illecito disciplinare di grado inferiore, compiuta dall'autonomia collettiva nella graduazione delle mancanze disciplinari.

Quest'ultima ipotesi è particolarmente rilevante nel contesto della scelta della sanzione applicabile nelle ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo governate dall'art. 18 come riformulato dalla legge Fornero (legge n. 92 del 2012).

## 5. Il regime delle tutele

### 5.1. Il licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012.

Prima della riforma introdotta dalla legge n. 92 del 2012 (c.d. Fornero) il licenziamento disciplinare, se il rapporto di lavoro rientrava nell'area di applicazione della c.d. tutela reale (perché sussistevano i requisiti dimensionali e soggettivi di applicazione dell'art. 18 Stat. lav.), aveva un unico regime (quello della tutela reintegratoria ex art. 18 cit.).

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, che ha riformulato l'art. 18 Stat. lav., il licenziamento disciplinare è sottoposto, in relazione alle diverse tipologie di vizi, ad una pluralità di regimi sanzionatori, ai quali occorre poi aggiungere quello della mera tutela obbligatoria ex art. 8 legge n. 604 del 1966.

Il quadro della normativa vigente appare quindi abbastanza articolato e risulta meno agevole che in passato identificare il regime di tutela del lavoratore nei confronti del licenziamento disciplinare illegittimo.

In particolare, la tutela reintegratoria di cui al primo comma del nuovo art. 18, che è quella corrispondente al "vecchio" art. 18, è applicabile in tutte le fattispecie di licenziamento nullo e segnatamente nel caso di licenziamento discriminatorio o per motivo illecito. In sostanza, solo nell'ipotesi in cui il motivo disciplinare integri un motivo discriminatorio o illecito è applicabile la sanzione di cui al primo comma dell'art. 18 e quindi nella tutela reintegratoria piena assimilabile alla "vecchia" tutela reale.

Il regime della reintegrazione "attenuata" (previsto al quarto comma dell'art. 18) si applica in caso di non ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo e che sia caratterizzato dalla "insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili". In sostanza: reintegrazione nel posto di lavoro con riattivazione del rapporto senza soluzione di continuità; conseguenze economiche meno gravose per il datore di lavoro, tenuto al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, ma con un doppio limite: a) va dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (aliunde perceptum), nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (aliquid percipiendum); b) la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (limite quest'ultimo che invece non opera nel caso di reintegrazione ai sensi del primo comma del nuovo art. 18). Inoltre, non c'è il minimo garantito

delle cinque mensilità di retribuzione come nel regime reintegratorio del primo comma dell'art. 18.

In entrambe le ipotesi di reintegrazione è prevista la possibilità per il lavoratore di richiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

In definitiva la tutela reintegratoria debole si applica in due distinte ipotesi:

“Insussistenza del fatto contestato”. Si riferisce non solo all'ipotesi di insussistenza della condotta addebitata nella sua materialità; la fattispecie è configurabile anche nell'ipotesi in cui la condotta contestata sia priva di rilevanza disciplinare.

Ipotesi in cui il fatto addebitato rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili. In sostanza, se la contrattazione collettiva ha già valutato una determinata condotta inadempiente del lavoratore come passibile solo di sanzioni conservative e non anche della sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare, allora il licenziamento disciplinare intimato per tale fatto è illegittimo ex se per una sorta di tipizzata non proporzionalità; e le conseguenze sono quelle della reintegrazione ai sensi del quarto comma dell'art. 18.

Il regime indennitario “forte” di cui al quinto comma dell'art. 18, implica comunque la risoluzione del rapporto, come avveniva in precedenza nei soli casi di applicabilità della tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966. È il caso in cui, sussistendo la condotta addebitata, non ricorrano in concreto gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro a ragione giustificativa del licenziamento disciplinare. In tale evenienza il datore di lavoro è tenuto al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti. In questa ipotesi il fatto addebitato “sussiste” – nel senso sopra specificato – ma in concreto, per il contesto complessivo delle circostanze in cui si è verificato, non può qualificarsi come giusta causa o giustificato motivo soggettivo del licenziamento. Il lavoratore ha tenuto una condotta disciplinarmente rilevante che, peraltro, in concreto (anche per l'esistenza di ragioni giustificatrici ovvero per la contestualizzazione della condotta stessa in termini tali da sminuirne la gravità), non è sussumibile nella clausola generale della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Un ulteriore regime di tutela è quello dell'indennità di cui al sesto comma dell'art. 18, simile ma di minore garanzia (in termini di minor quantificazione dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore) rispetto a quello di cui al com-

ma precedente, previsto in caso di vizi procedimentali che inficino il licenziamento. Si ha infatti che nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato "inefficace" per violazione della procedura di cui all'art. 7 Stat. lav. si applica il regime di cui al quinto comma del nuovo art. 18, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Analogo regime di tutela scatta nel caso di licenziamento che sia dichiarato "inefficace" per violazione del requisito di motivazione (mancante o insufficiente) di cui all'art. 2, comma 2, legge n. 604 del 1966, che rappresenta una regola procedimentale che si aggiunge a quelle dell'art. 7 cit.; in altre parole il licenziamento disciplinare deve essere comunicato unitamente alla sua motivazione che ripeterà, in linea di massima, la contestazione dell'addebito stante il principio dell'immodificabilità della contestazione stessa.

In definitiva, il nuovo art. 18 distingue tra licenziamento disciplinare illegittimo per ragioni sostanziali (con un doppio regime di tutela la cui distinzione è tracciata, soprattutto, sul crinale dell'«insussistenza del fatto contestato») ovvero per ragioni formali (e cioè la violazione delle regole del procedimento disciplinare), tra cui però non rientra il canone generale della forma scritta del licenziamento (contemplato dal primo comma del nuovo art. 18 riproduttivo del regime forte della tutela reintegratoria).

Permane inoltre, accanto alla suddetta articolazione di tutele, il regime della c.d. tutela obbligatoria ex art. 8 legge n. 604 del 1966, regime non riconducibile al nuovo art. 18 – e, quindi, al contrario di quest'ultimo, unificato nel senso che non distingue tra insussistenza del fatto e mancanza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. Tale regime si applica ove non sussistano i requisiti dimensionali di cui ai commi ottavo e nono del nuovo art. 18 e soggettivi di cui all'art. 4 legge n. 108 del 1990 (che prevede tuttora che l'art. 18 non trova applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto).

La conseguenza è quella indennitaria dell'art. 8 della legge medesima, secondo il vecchio regime di prima della riforma del 2012. Il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni

e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

La peculiarità di questi regimi differenziati concernenti la sanzione applicabile al licenziamento disciplinare illegittimo, caratterizzata, in estrema sintesi, da una maggior tutela accordata al lavoratore in caso di vizi sostanziali rispetto all'ipotesi di vizi procedimentali, spiega la disposizione dell'ultima parte del comma sesto dell'art. 18 che prevede che, ove il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, applica, in luogo delle tutele previste dal sesto comma, quelle di cui ai commi quarto, quinto o settimo. Ciò sta a significare che se, oltre al vizio procedimentale (che è quello che dà accesso alla tutela più debole, quella del sesto comma), c'è anche un vizio sostanziale ("difetto di giustificazione"), allora prevale la disciplina di quest'ultimo, quella del quarto comma o del quinto comma (il richiamo del settimo comma contiene in realtà il rinvio di quest'ultimo al regime rispettivamente del quarto e del quinto comma). Ossia il lavoratore ricorrente potrà chiedere in via principale una delle tutele previste per i vizi sostanziali e in via subordinata la tutela indennitaria speciale del sesto comma. In tal caso il giudice dovrà esaminare prima i vizi sostanziali e poi quelli procedimentali, anche se logicamente sarebbe il contrario. Il riferimento testuale alla "domanda del lavoratore" induce ad escludere un potere d'ufficio del giudice di rilevare un vizio sostanziale ove il lavoratore ricorrente abbia lamentato solo un vizio di procedura.

Parimenti il settimo comma dell'art. 18 prevede che qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste da tale disposizione.

Fra le varie problematiche che sono sorte in tema di interpretazione del novellato art. 18 Stat. lav. quella più complessa, e che ha dato luogo a notevoli oscillazioni giurisprudenziali, è certamente quella concernente i criteri di applicazione delle tutele disciplinate rispettivamente dai commi quarto (tutela reintegratoria debole) e quinto (tutela indennitaria forte) dell'art. 18.

Come ho in precedenza evidenziato, la tutela reintegratoria ex comma quarto si applica in caso di non ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo e che sia caratterizzato dalla "insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Su tale complessa problematica la sezione lavoro della Corte di cassazione ha fissato importanti principi.

Con sentenza n. 12365 del 2019 ha precisato che, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 92 del 2012 al regime sanzionatorio dettato dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il giudice deve procedere ad una valutazione più articolata circa la legittimità dei licenziamenti disciplinari rispetto al periodo precedente (Cass. n. 13178 del 2017, Cass. 18823 del 2018; Cass. n. 32500 del 2018). In primo luogo, deve accertare se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, secondo le previgenti nozioni fissate dalla legge, non avendo la riforma del 2012 “modificato le norme sui licenziamenti individuali, di cui alla legge n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore non può che avvenire per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cc o per giustificato motivo” (Cass. Sez. Un. n. 30985 del 2017).

Nel caso in cui escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, deve poi svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza, o meno, di una delle due condizioni previste dal comma 4 dell'art. 18 per accedere alla tutela reintegratoria (“insussistenza del fatto contestato” ovvero rientrante “tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”), dovendo, in assenza, applicare il regime dettato dal comma 5, “da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla cd. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale”.

Sulla insussistenza del fatto contestato cfr. da ultimo Cass. n. 3076 del 2020 la quale ha affermato che la tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, Stat. lav. novellato, applicabile ove sia ravvisata l’“insussistenza del fatto contestato”, comprende l’ipotesi di assenza ontologica del fatto e quella di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ma non già il difetto degli elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo (cd. fatto “giuridico”), in quanto, nel sistema della l. n. 92 del 2012, il giudice deve in primo luogo accertare se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, e, nel caso in cui escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, deve poi svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza o meno delle condizioni normativamente previste per l’accesso alla tutela reintegratoria.

Per quanto riguarda l’altra ipotesi e cioè “fatto rientrante tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, il giudice deve verificare se ricorra la fattispecie sopra indicata come d). In tal caso, infatti, il giudice è vincolato dal contratto collettivo, trattandosi di una condizione di maggior favore fatta espressamente salva dal legislatore.

Tale soluzione è congruente rispetto a tali indirizzi consolidati, sicché ove il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle

previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, non solo il licenziamento sarà ingiustificato senza possibilità di diversa valutazione da parte del giudice ma altresì conseguirà che questi dovrà annullare il licenziamento, ordinando la reintegrazione nel posto di lavoro ed il pagamento di una indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto.

L'ulteriore punto critico riguarda l'interpretazione della norma collettiva che individua la condotta disciplinarmente rilevante. Si è posto in particolare il problema di stabilire se l'ipotesi in questione sia applicabile anche a condotte analoghe ma non previste dalla contrattazione collettiva.

La risposta è negativa atteso che, trattandosi di interpretazione di norma collettiva, per cui in considerazione della sua natura privatistica, vanno applicate le disposizioni dettate dagli artt. 1362 e ss. c.c., deve escludersi il ricorso all'applicazione analogica (Cass. n. 7519 del 1983; Cass. n. 5726 del 1985; Cass. n. 6524 del 1988); ed infatti il ricorso all'analogia è un procedimento di integrazione ermeneutica consentito, ex art. 12 delle preleggi, con esclusivo riferimento agli atti aventi forza o valore di legge" (in termini, Cass. n. 30420 del 2017).

Per quanto concerne l'interpretazione estensiva, consentita ai sensi dell'art. 1365 c.c. per estendere un patto relativo ad un caso ad un altro caso non espressamente contemplato dalle parti, è stato osservato dalla S.C. tale estensione postula che quest'ultimo sia ragionevolmente assimilabile a quello regolato. In particolare, occorrerà tenere presente il principio secondo cui una norma anche di natura negoziale che preveda una eccezione rispetto alla regola generale deve essere interpretata restrittivamente. Invero, l'interpretazione estensiva deve ritenersi rigorosamente circoscritta alle ipotesi in cui il plus di significato, che si intenda attribuire alla norma interpretata, non riduca la portata della norma costituente la regola con l'introduzione di nuove eccezioni.

In definitiva, solo ove il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria prevista dal comma 4 dell'art. 18 novellato.

In particolare, non può dirsi consentito al giudice, in presenza di una condotta accertata che non rientri in una di quelle descritte dai contratti collettivi ovvero dai codici disciplinari come punibili con sanzione conservativa, applicare la tutela reintegratoria operando una estensione analogica al caso non previsto sul presupposto del ritenuto pari disvalore disciplinare.

Tale soluzione appare coerente con una interpretazione sistematica del comma 4 dell'art. 18 l. n. 300 del 1970, secondo cui la tutela reintegratoria presuppone l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una sicura e chiaramente intellegibile conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoratore,

della illegittimità del provvedimento espulsivo derivante o dalla insussistenza del fatto contestato oppure dalla chiara riconducibilità del comportamento contestato nell'ambito della previsione della norma collettiva fra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore. L'apertura all'analogia dei casi, invece, produrrebbe effetti esattamente contrari a quelli chiaramente espressi dal legislatore in termini di esigenza di prevedibilità delle conseguenze circa i comportamenti tenuti dalle parti del rapporto.

La scelta del legislatore non si palesa irragionevole, tenuto conto che al giudice non è certo inibito di trarre dal pari disvalore disciplinare della condotta addebitata rispetto a quelle punibili con sanzione conservativa secondo le previsioni collettive il convincimento che il comportamento del lavoratore non costituisca giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, utilizzando appunto la graduazione delle infrazioni disciplinari articolate dalle parti collettive come parametro integrativo delle clausole generali di fonte legale; quindi il giudice, ai sensi del comma 5 dell'art. 18 cit., dichiarato illegittimo il recesso e risolto il rapporto di lavoro, condannerà il datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria tra 12 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; ciò che gli è precluso dalla previsione normativa è solo disporre la maggiore, eccezionale, tutela reintegratoria, ma, come ancora di recente ribadito dalla Corte costituzionale (sentenza n. 194 del 2018), si tratta di terreno in cui si esercita la discrezionalità del legislatore, negandosi ancora espressamente che "il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost. ... imponga un determinato regime di tutela".

## **5.2. Il regime delle tutele per il licenziamento disciplinare illegittimo dopo il Jobs Act**

In attuazione della delega conferita con l'art. 1 comma 7 della l. 10 dicembre 2014 n. 183, il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (in vigore dal 7 marzo 2015), facente parte del complesso di provvedimenti che, sulla comune base legale di cui alla citata delega ex art. 76 Cost., compongono il c.d. Jobs Act, ha fissato un nuovo regime sanzionatorio della illegittimità del licenziamento e quindi anche del licenziamento disciplinare.

Tale regime si applica ai soli rapporti di lavoro instaurati dopo l'entrata in vigore del citato d.lgs. (7 marzo 2015) e alle categorie di prestatori indicate nell'art. 1 (nel quale risalta l'esclusione del rapporto di lavoro dirigenziale).

Il d.lgs. n. 23 mantiene, quanto al licenziamento disciplinare, il sistema della tutela differenziata, nel quale la tutela indennitaria riveste il ruolo "ordinario". Ed infatti (art. 3), ove l'accertamento giudiziale si concluda nel senso della non configurabilità di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo, permane

l'estinzione del rapporto e il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore un'indennità (sottratta a contribuzione previdenziale) rigidamente predeterminata nel suo ammontare (siccome ragguagliata a due quote mensili dell'ultima retribuzione annua ex art. 2120 c.c. per ogni annualità di servizio del prestatore, con un minimo di quattro quote ed un massimo di ventiquattro).

È questo il meccanismo delle c.d. tutele crescenti, che si differenzia dal precedente regime indennitario ex art. 18 quinto comma dello Statuto, nel testo novellato dalla l. n. 92 del 2012, non solo per la sua maggiore latitudine applicativa (che si ricava, a contrario, dalla parallela restrizione delle fattispecie di tutela ripristinatoria) – ma anche per una significativa contrazione degli importi liquidabili a favore dei lavoratori con ridotta anzianità di servizio (importi che secondo la legge Fornero erano determinati in misura non inferiore a dodici mensilità).

L'automatismo di calcolo di una tale liquidazione, che aveva dispensato il legislatore dall'indicare i criteri di commisurazione giudiziale dell'indennità, è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale (C. cost. n. 194 del 2018). I criteri di liquidazione risultanti da tale decisione, saranno esaminati di seguito.

La tutela reintegratoria permane nell'ipotesi in cui risulti dimostrata in giudizio "direttamente" l'insussistenza del fatto "materiale" con valutazione cui deve restare estraneo il giudizio di mera proporzione tra recesso ed addebito. Si tratta di tutela reintegratoria c.d. attenuata, dal contenuto sostanzialmente coincidente con le previsioni di cui all'art. 18 quarto comma dello Statuto, novellato dalla legge Fornero (sostituito sempre, alla mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, il concetto di quota mensile dell'ultima retribuzione annua ex art. 2120 c.c.).

La tutela reintegratoria piena rimane (art. 2) per le ipotesi di licenziamento discriminatorio, o altrimenti nullo (purché tale sulla base di espressa previsione di legge), nonché per il licenziamento inefficace siccome verbale.

Il regime della c.d. tutela indennitaria debole (art. 4) (come quello previsto dal sesto comma dell'art. 18 Stat. lav. novellato) è previsto per le ipotesi di licenziamento intimato senza motivazione (obbligatoria ab origine in base al vigente testo dell'art. 2 comma 2 della l. n. 604 del 1966), o in violazione dell'art. 7 Stat. lav. L'indennizzo scende, da una forbice, di discrezionale commisurazione giudiziale, di sei/dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, al parametro fisso di una quota mensile dell'ultima retribuzione annua ex art. 2120 c.c. per ogni annualità di servizio del prestatore, con un massimo sempre di dodici ma un minimo di sole due). Anche questo meccanismo di calcolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo (C. cost. n. 150 del 2020).

Resta ferma la possibilità del lavoratore di dedurre, ai fini della maggior tutela, il vizio sostanziale.

È prevista (art. 6) la possibilità di una offerta datoriale conciliativa, a contenuto solo indennitario, parametrata sempre sulla base dell'anzianità di servizio, il cui importo – se non eccedente le diciotto quote calcolate come sopra – è esente da IRPEF.

Per le imprese che non posseggono il requisito dimensionale ex art. 18 Stat. lav. la reintegrazione è in ogni caso esclusa, tranne che per le fattispecie di licenziamento discriminatorio, nullo o verbale, e la misura dell'indennizzo stabilita dal d.lgs. è dimezzata. Il d.lgs. statuisce il definitivo superamento della tutela c.d. obbligatoria (art. 9).

Come si è in precedenza accennato in *subiecta materia* sono intervenute due importanti sentenze della Corte costituzionale: la n. 194 del 2018 e la recentissima n. 150 del 2020. Sentenze che hanno dato luogo ad un ricco dibattito in dottrina per le implicazioni che dalle stesse derivano sia sotto il profilo applicativo che sotto quello sistematico.

In particolare, C. cost. n. 194 del 2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge n. 87 del 2018 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge n. 96 del 2018, – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

A sua volta C. cost. n. 150 del 2020 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Per quel che interessa in questa sede, il problema applicativo che si pone con maggiore urgenza è quello dei criteri di determinazione delle indennità da liquidare nel caso dell'art. 3 come pure dell'art. 4, essendo chiaro che il profilo di incostituzionalità che ha determinato le decisioni non è dato dal criterio dell'anzianità di servizio, ma risiede nell'automatismo, fissato dal legislatore, nella determinazione dell'ammontare, automatismo che esclude ogni intervento correttivo o adeguativo da parte del giudice.

Spetterà pertanto al giudice, e in primo luogo al giudice del merito, in assenza, allo stato, di decisioni della Corte di legittimità, individuare idonei criteri di determinazione.

Criteri che peraltro la stessa Corte costituzionale si è preoccupata di suggerire.

In particolare, con la sentenza n. 150 del 2020 la Corte ha precisato (in motivazione) che, “nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice, nella determinazione dell’indennità, terrà conto innanzitutto dell’anzianità di servizio, che rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell’indennità aderente alle particolarità del caso concreto. Ben potranno venire in rilievo, a tale riguardo, la gravità delle violazioni, enucleata dall’art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, e anche il numero degli occupati, le dimensioni dell’impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, richiamati dall’art. 8 della legge n. 604 del 1966, previsione applicabile ai vizi formali nell’ambito della tutela obbligatoria ridefinita dalla stessa legge n. 92 del 2012”.

Su tali sentenze si è registrato un intenso dibattito in dottrina. Spetta tuttavia alla giurisprudenza, in primo luogo a quella di merito, individuare idonee soluzioni applicative.



## Assestamenti, contraddizioni e questioni aperte in tema di esercizio del potere nel licenziamento disciplinare

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il potere disciplinare e le sue caratteristiche. – 3. Le fonti del potere disciplinare e degli obblighi del lavoratore. – 4. Tipizzazioni contrattuali e incidenza sulle tutele applicabili. – 5. Il procedimento disciplinare. – 5.1. Specificità e immutabilità dell’addebito. – 5.2. Immediatezza della contestazione. – 5.3. Difesa del lavoratore. – 6. Il potere disciplinare nel lavoro pubblico. – 6.1. Il procedimento disciplinare nelle P.A. – 6.2. La predeterminazione legislativa delle ipotesi di licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico.

### 1. Premessa

In materia di recesso individuale le esigenze di certezza o (quanto meno) l’auspicio di un adeguato assestamento delle alternative ermeneutiche trovano, al momento, un discreto riconoscimento nell’ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Non può dirsi lo stesso con riferimento al licenziamento disciplinare<sup>1</sup>, dove le istanze di tutela della dignità del lavoratore di fronte a una “accusa” d’inadempimento portano al centro della disamina giudiziale le peculiarità del caso concreto e richiedono l’esame puntuale del *fatto* oggetto di addebito, che è elemento essenziale, imprescindibile della valutazione rimessa al giudice.

---

<sup>1</sup> Fornire indicazioni bibliografiche, nell’ambito di una letteratura praticamente sterminata in tema di potere disciplinare e di recesso per inadempimento, è impossibile; ci si limiterà, quindi, ad alcuni riferimenti utili soprattutto a ricostruire il dibattito o a reperire ulteriori indicazioni bibliografiche. Tra i contributi a carattere generale, si v. ad esempio: M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993; V. FERRANTE, *Il licenziamento disciplinare*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, aggiorn., Torino, 2007, p. 538 ss.; M. D’ONGHIA, *Il licenziamento disciplinare*, in M. MISCIONE, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione, e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, III, Torino, 2007, p. 346 ss.; G. AMOROSO, *Commento all’art. 7*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, II, Milano, 2009, p. 131 ss. Nella prima parte del testo – in coerenza con la finalità formativa, per la quale è stato inizialmente redatto – verranno poi segnalate alcune recenti decisioni della Cassazione, scelte perché espressive di un orientamento consolidato del giudice di legittimità oppure emblematiche di nuove opzioni ermeneutiche.

Alla luce di questo rilievo in qualche modo scontato, è comprensibile come – pur nell’ambito di confini tracciati da tempo e frequentemente ridisegnati dalla Suprema Corte, quale giudice della nomofilachia – vi sia, nel quotidiano, un’ineliminabile frammentazione delle decisioni.

Quanto all’apporto dei giudici, è diffusa e condivisibile l’opinione per la quale forse non esiste luogo del diritto del lavoro come la materia disciplinare ove così ampio e decisivo sia risultato il contributo di quel diritto “vivente” che si forma nelle aule giudiziarie<sup>2</sup>.

Può risultare utile, dunque, identificare gli ambiti sui quali si è pervenuti a un sufficiente grado di assestamento ermeneutico, ma anche segnalare i profili tuttora problematici, in relazione ai quali si registrano divaricazioni interpretative o terreni “franosì”: profili che richiederanno, nei prossimi anni, una messa a punto, una sorta di “registrazione” dei dispositivi esegetici.

L’ambito tematico oggetto di queste pagine è limitato ai profili procedurali che precedono l’irrogazione della sanzione espulsiva e, pertanto, risulta comune all’ipotesi di applicazione delle sanzioni conservative: compito della riflessione affidata a chi scrive è, del resto, proprio quello di segnalare gli aspetti dell’esercizio del potere che, nel caso del recesso, assumono tratti peculiari o richiedono adattamenti.

Questa premessa, necessaria quanto ovvia, consente di giustificare il fatto di non avere dedicato spazio al principio di proporzionalità, cardine applicativo del potere sanzionatorio datoriale, che però non impatta, se non in maniera indiretta, sui dispositivi operativi, investendo invece pienamente la sostanza delle determinazioni punitive e, a seguire, la valutazione giudiziale (per tale motivo rimessa ad altro contributo di questo volume).

## 2. Il potere disciplinare e le sue caratteristiche

Il potere disciplinare ha costituito storicamente un terreno di aspro scontro teorico, posto che esso rappresenta in effetti una sorta di *unicum* nei rapporti privatistici. Il rapporto di lavoro subordinato è infatti uno dei pochi contratti (e sicuramente l’unico a prestazioni corrispettive) dove a un contraente è attribuito il potere di irrogare “pene private” al partner negoziale. L’esercizio della disciplina è invece caratteristico dei contesti in cui rilevano profili comunitari o, per

---

<sup>2</sup> Con specifico riguardo al licenziamento disciplinare, L. MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare secondo il “diritto vivente”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 28 ss.; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, C. CESTER, *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. 23/2015*, Modena, 2015, p. 75 ss., il quale ricostruisce il percorso di “recepimento legislativo” del c.d. diritto vivente in materia.

converso, rigide gerarchie: si pensi alle associazioni, da una parte, o alle strutture fortemente gerarchizzate, basate sul criterio di supremazia (es. l'ordinamento delle forze armate).

Il potere del datore di lavoro di irrogare sanzioni ai dipendenti in caso d'inadempimento degli obblighi contrattuali costituisce prerogativa del tutto peculiare del «capo dell'impresa» (art. 2086 c.c.), riconosciuta dall'ordinamento insieme al potere direttivo e a quello di controllo della prestazione lavorativa. Sotto altro profilo, il potere sanzionatorio costituisce espressione caratteristica della subordinazione del prestatore di lavoro, senz'altro ricollegabile all'assetto di poteri e di obblighi che derivano dal contratto; anzi, la giurisprudenza riconosce nell'esercizio di tale potere un indice serio e significativo della condizione di subordinazione ai fini della qualificazione del rapporto<sup>3</sup>.

Il potere disciplinare è collegato, infatti, dal legislatore non soltanto al profilo dell'inadempimento della prestazione lavorativa in senso stretto (*ex* art. 2104, comma 1, c.c.), ma è altresì connesso all'interesse organizzativo del datore di lavoro (esplicitato nell'art. 2104, comma 2, c.c.).

Da tempo la cultura giuridica ha del resto giudicato tale potere pienamente compatibile con la prospettiva contrattuale, proprio in ragione del suo collegamento con il profilo organizzativo implicito nell'inerenza del rapporto di lavoro all'assetto dell'impresa.

Quanto alla natura di tale potere, è agevole dimostrare che nessuno dei rimedi caratteristici, cui può far ricorso il creditore in un contratto a prestazioni corrispettive, è comparabile all'esercizio della disciplina aziendale.

Le sanzioni disciplinari non sono frutto, quindi, di un potere estraneo alle logiche contrattuali, ma svolgono per il datore di lavoro una funzione di manutenzione del rapporto, configurandosi come rimedi a tutela dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, là dove richiamano il lavoratore al rispetto delle regole di diligenza e obbedienza, ovvero conducono alla risoluzione del vincolo contrattuale nelle ipotesi più gravi.

Il potere disciplinare è peraltro uno strumento più modulabile rispetto ai tradizionali rimedi di diritto comune, adattabile alla necessaria proporzionalità della reazione (*ex* art. 2106 c.c.) e in grado di colpire, anche in via preventiva ed esemplare, inadempimenti non strettamente riconducibili alla relazione obbligatoria che si esaurisce nell'adempimento della prestazione, bensì all'insieme di regole predisposte dal datore di lavoro per evitare pregiudizi al complesso organizza-

---

<sup>3</sup> S. MAINARDI, *Introduzione*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, p. 1. Dello stesso autore v. già S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2002.

tivo. È dunque insita nella stessa *ratio* del potere disciplinare una caratteristica essenziale di esso, vale a dire l'elemento della dissuasione, della deterrenza: il potere sanzionatorio funziona, si direbbe, se non è necessario esercitarlo, se cioè la possibilità di ricorrervi, applicando sanzioni nell'ambito di un rapporto tra privati, spinge il contraente potenziale destinatario ad evitare le condotte vietate.

Com'è noto, poi, il potere sanzionatorio è confinato entro due limiti interni fondamentali: a) l'addebito mosso al lavoratore deve essere sempre filtrato da un procedimento disciplinare e b) la sanzione non può che conseguire a un apprezzamento della gravità dell'addebito, per essere proporzionale (*ex art. 2106 c.c.*).

Dalla giurisprudenza costituzionale emerge invero l'essenzialità di questi due principi, i quali risultano violati (entrambi) in caso di sanzioni automatiche e (alternativamente) in caso di sanzioni applicate senza un previo procedimento, ovvero irrogate a seguito di procedura di contestazione, ma senza la possibilità di graduare le stesse in relazione alla gravità dell'addebito: la Consulta parla al riguardo, significativamente, di «indispensabile gradualità sanzionatoria»<sup>4</sup>.

### 3. Le fonti del potere disciplinare e degli obblighi del lavoratore

Prima di concentrare l'attenzione sui profili procedurali, però, è indispensabile, operare una seconda premessa sul tema delle fonti di regolazione del potere. Sul piano legislativo esse sono essenzialmente l'art. 2106 c.c. e l'art. 7, l. 20 maggio 1970, n. 300, disposizioni che realizzano un modello normativo in base al quale – fermo restando il carattere primario (la legge) della fonte del potere – il possibile rilievo disciplinare di un determinato comportamento del lavoratore, così come la predisposizione di regole procedurali più favorevoli, è poi rimesso alla determinazione del contratto collettivo, di cui le previsioni in materia disciplinare costituiscono da sempre nucleo fondamentale.

In base alla norma codicistica, l'inosservanza degli obblighi di diligenza e fedeltà (art. 2104 e art. 2105 c.c.) «può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione». Il riferimento sintetico alla diligenza e alla fedeltà evoca ogni sorta di inadempimento del lavoratore alle obbligazioni contrattuali, idoneo ad incidere sul corretto funzionamento dell'organizzazione aziendale. Va da sé che la responsabilità disciplinare non esclude quella per inadempimento “in senso stretto”, cosicché il datore può sanzionare un determinato comportamento del lavoratore e pretendere da quest'ultimo, al contempo, il risarcimento dei danni provocati.

---

<sup>4</sup> Corte cost. 14 ottobre 1988, n. 971, in *De Jure*.

La reazione datoriale in assenza di danno pone tuttavia il problema della sua legittimità in relazione alla tutela della dignità del lavoratore, perché richiama un'idea della sanzione non priva di connotati di tipo etico.

Resta quindi intatta ed essenziale, pur dopo l'entrata in vigore dello Statuto, la rilevanza del principio di proporzionalità, che opera anzitutto sul piano della predeterminazione del codice disciplinare e vincola sia il datore di lavoro che l'autonomia collettiva; esso implica, altresì, nel momento dell'applicazione della sanzione, che la reazione all'inadempimento del lavoratore debba essere commisurata alla gravità del medesimo.

Precondizione essenziale per l'esercizio dell'azione disciplinare è pertanto – per quanto possa sembrare ovvio – che un codice disciplinare vi sia: che esista cioè un insieme di regole dirette a prevedere le infrazioni e le correlate sanzioni. Secondo il 1° comma dell'art. 7 St. lav., infatti, «le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano».

Al datore di lavoro è poi riconosciuta una facoltà di redazione unilaterale del codice disciplinare, laddove nel caso in cui per il datore di lavoro costituisca oggetto di obbligo contrattuale (in ragione dell'affiliazione all'organizzazione stipulante) l'applicazione di un determinato contratto collettivo, costituirà un'obbligazione consequenziale quella di applicare il codice disciplinare ivi previsto. Questo non significa che la norma dello Statuto abbia legittimato il ruolo della contrattazione collettiva, delegandole in bianco la relativa funzione: anche le previsioni del contratto collettivo sono infatti soggette al controllo di legalità. Ciò non vuol dire, peraltro, che l'assetto prefigurato dall'autonomia collettiva non costituisca comunque per il giudice un rilevante indice di congruità della sanzione rispetto al fatto prefigurato, proprio in quanto condiviso dalle parti sociali nella categoria di riferimento.

Circa il contenuto del codice disciplinare è diffusa l'osservazione secondo cui esso, in analogia al garantismo del diritto punitivo per eccellenza (il diritto penale), deve rispondere ai requisiti minimi dell'individuazione delle infrazioni alla disciplina aziendale (*nullum crimen sine lege*) e delle sanzioni corrispondenti (*nulla poena sine lege*). Il consenso peraltro si ferma qui, dal momento che intorno al problema cruciale della completezza ed esaustività del codice, si assiste a un'incessante altalena tra prospettazioni rigorose, che pretenderebbero l'indefettibile individuazione dei comportamenti dovuti e visuali più elastiche che lasciano maggiore spazio all'indeterminatezza.

Di fronte a siffatti atteggiamenti il minimo che si può dire è che quella degli illeciti disciplinari è materia tipicamente non ipostatizzabile in previsioni esau-

stive e la miglior riprova è costituita dall'atteggiamento degli stessi contraenti collettivi, che da sempre segnalano il carattere esemplificativo delle elencazioni e degli illeciti, come della correlazione fra sanzioni e comportamenti vietati.

In dottrina si ritiene che occorra far riferimento al medesimo principio di legalità che regge il sistema sanzionatorio penale, senza tuttavia la necessità di una dettagliata casistica degli illeciti e la giurisprudenza si è ripetutamente pronunciata nel senso della non necessaria analiticità del codice.

La tipizzazione delle ipotesi di licenziamento resta soggetta al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a verificare in concreto, caso per caso, la configurabilità dell'infrazione e la proporzionalità della sanzione.

La giurisprudenza di legittimità riconosce l'importanza del ruolo dell'autonomia collettiva nella determinazione del collegamento punitivo tra addebiti e pene (private) applicabili, negando al giudice la possibilità di aggravare la valutazione delle parti sociali, in caso di previsione della sanzione conservativa<sup>5</sup>. Discorso diverso e in qualche modo opposto riguarda invece proprio il licenziamento, rispetto al quale l'"idoneità" all'espulsione – e conseguentemente la proporzionalità tra infrazione e sanzione – va sempre verificata alla luce dei canoni di giusta causa e giustificato motivo, che vengono a porsi quali limiti anche rispetto alle scelte del legislatore.

Il ruolo delle corti è dunque essenziale nel costante arricchimento della fattispecie di licenziamento disciplinare<sup>6</sup> svolgendo una fondamentale funzione integrativa del dettato normativo, nel collegare al rispetto dei requisiti formali e procedurali la tutela della dignità del lavoratore.

In tal senso, alle previsioni contrattuali viene riconosciuto solitamente un valore meramente indicativo, orientativo, in ragione della provenienza dalle parti sociali, senza che la considerazione di una determinata condotta come legittima ragione giustificativa del recesso possa vincolare l'interprete, il quale può sempre pervenire a una diversa conclusione, purché motivi in maniera adeguata la decisione di dissociarsi da quello che appare essere il voluto delle parti sociali<sup>7</sup>.

Dal momento che giusta causa e giustificato motivo soggettivo trovano fondamento direttamente nella legge, si ritiene così, generalmente, che il giudice possa dichiarare legittimo il licenziamento ogni volta che il comportamento concreto del lavoratore sia riconducibile alle fattispecie legali<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, in *De Jure*.

<sup>6</sup> Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *De Jure*.

<sup>7</sup> Cass. 11 luglio 2014, n. 16009; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22791; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260; Cass. 23 aprile 1990, n. 3357, tutte in *De Jure*.

<sup>8</sup> Cass. 18 dicembre 2014, n. 26741; Cass. 18 novembre 2009, n. 24329; Cass. 18 dicembre 2008, n. 29668; Cass. 14 febbraio 2005, n. 2906; Cass. 27 settembre 2002, n. 14041; Cass. 30 maggio 1990, n. 5060, tutte in *De Jure*.

L'omessa previsione di una specifica infrazione è poi considerata irrilevante ai fini della legittimità del licenziamento, qualora le condotte addebitate al lavoratore configurino violazioni di norme di legge o di principi fondamentali del vivere civile, il c.d. minimo etico<sup>9</sup> (su cui, però, v. *infra*).

La giurisprudenza tuttavia precisa che tale condizione non può considerarsi realizzata nell'ipotesi di violazione di prescrizioni attinenti all'organizzazione aziendale e ai modi di produzione, conoscibili solo in quanto espressamente previste, che vanno dunque nettamente distinte dalle ipotesi di illeciti concernenti comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa per i quali non è invece richiesta la specifica inclusione nel codice disciplinare<sup>10</sup>.

La giurisprudenza, formatasi con riferimento alle ipotesi di licenziamento individuate dalla contrattazione collettiva, assume, allora, come si è visto, una posizione articolata, che scinde la situazione nella quale il contratto collettivo colleghi all'inadempimento una sanzione conservativa<sup>11</sup>, dall'ipotesi in cui lo individui come causa di recesso<sup>12</sup>.

Va registrata, in ogni caso, un'indubbia moltiplicazione delle fonti da cui possono discendere obblighi contrattuali rilevanti: ai più tradizionali, di fonte legislativa (art. 2104 c.c., art. 2105 c.c.), si affiancano quelli di matrice negoziale bilate-

---

<sup>9</sup> Cass. 18 febbraio 2011, n. 4060, in *De Jure*; Cass. 20 marzo 2008, n. 7600, in *De Jure*; Cass. 2 settembre 2004, n. 17763, in *De Jure*; Cass. 17 giugno 2004, n. 11369, in *De Jure*; Cass. 16 marzo 2004, n. 5372, in *De Jure*; in dottrina v. V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, p. 7; A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare*, cit., p. 136-137.

<sup>10</sup> Cass. 18 giugno 1996, n. 5583, in *De Jure*; Cass. 27 maggio 2004, n. 10201, in *De Jure*.

<sup>11</sup> Di questo avviso dottrina e giurisprudenza prevalenti: v. G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 243; C. PISANI, *La giustificazione del licenziamento tra legge e contratto*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 10, p. 737; in giurisprudenza: Cass. 20 marzo 2008, n. 7600, cit. Cass. 29 settembre 2005, n. 19053, in *Or. giur. lav.*, 2005, I, p. 918; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260, in *De Jure*.

<sup>12</sup> V. Cass. 5 aprile 2017, n. 8818, in *De Jure*. Alle previsioni contrattuali viene riconosciuto solitamente un valore meramente indicativo, orientativo, in ragione della provenienza dalle parti sociali, senza che la considerazione di una determinata condotta come legittima ragione giustificativa del recesso possa vincolare l'interprete, il quale può sempre pervenire a una diversa conclusione, purché in tal caso motivi in maniera adeguata la decisione di dissociarsi da quello che appare essere il voluto delle parti sociali. Cass. 11 luglio 2014, n. 16009, in *www.wikilabour.it*; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22791, in *Lav. giur.*, 2014, p. 82; Cass. 19 agosto 2004, n. 16260, in *De Jure*; Cass. 23 aprile 1990, n. 3357, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 902. Per converso, l'omessa previsione di una specifica infrazione è considerata irrilevante ai fini della legittimità del licenziamento, qualora le condotte addebitate al lavoratore configurino violazioni di norme di legge o di principi fondamentali del vivere civile (c.d. minimo etico): cfr. le decisioni citate alla nota 9.

rale (contratto collettivo, contratto individuale), ovvero unilaterale (regolamenti, direttive, ordini di servizio aziendali: espressioni questi ultimi del potere direttivo *ex art. 2104*, comma 2, c.c.); infine vi sono una gran quantità di ulteriori regole (es. in materia di attività bancaria) e norme tecniche di varia genesi e natura.

Se per le fonti legislative, tuttavia, non si pone un problema di pubblicità, non è così per le prescrizioni datoriali specifiche, che devono essere contenute nel codice disciplinare, primo vincolo procedurale, la cui omessa pubblicazione nei termini previsti dall'art. 1, l. n. 300/1970 comporta conseguenze significative; e analoga previsione di pubblicità si rinviene nella regolazione del potere disciplinare nel rapporto di lavoro pubblico (art. 55, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, su cui v. *infra*, par. 6).

L'eccezione alla pubblicazione/affissione è, del resto, ammessa, per giurisprudenza costante, solo in caso di violazione di doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro o di norme penali, in tema di violazione del c.d. "minimo etico"<sup>13</sup>.

Il richiamo al c.d. minimo etico è ormai tralaticio, ma vengono giustamente criticate formule come «contrasto con la coscienza comune e con le regole fondamentali del vivere civile»<sup>14</sup>, che talora si leggono nelle decisioni, perché possono trarre in inganno come legittimanti la possibilità di licenziare anche per fatti che prescindano dall'inadempimento o dall'aspettativa di un esatto, futuro adempimento. Il licenziamento disciplinare resta pur sempre un recesso per inadempimento: deve dunque essere connesso a un inadempimento verificato o a un comportamento che mini in maniera significativa la fiducia nell'adempimento futuro.

Il quadro delle fonti si complica nel lavoro pubblico: alla legge e al contratto collettivo – che in questo ambito va considerato tuttora la fonte principale per l'individuazione delle infrazioni e delle sanzioni correlate (*ex art. 55*, d.lgs. n. 165/2001) – si affianca il codice di comportamento, che ha ormai una diretta valenza disciplinare («è fonte di responsabilità disciplinare» si legge nell'art. 54, d.lgs. n. 165/2001)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cass. 4 marzo 2009, n. 5214, in *De Jure*, Cass. 23 agosto 2006, n. 18377, in *De Jure*, Cass. 8 febbraio 2000, n. 1412, in *De Jure*. Per tutte, Cass. 19 agosto 2019, n. 21476, in *De Jure*, secondo cui: «[...] il principio di necessaria pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti non si applica nei casi in cui il licenziamento sia irrogato per sanzionare condotte del lavoratore che concretizzano violazione di norme penali o che contrastano con il cosiddetto "minimo etico", mentre deve essere data adeguata pubblicità al codice disciplinare con riferimento a comportamenti che violano mere prassi operative, non integranti usi normativi o negoziali».

<sup>14</sup> Cass. 10 maggio 2010, n. 11250, in *De Jure*.

<sup>15</sup> Si consenta di rinviare a U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, p. 17 ss.

Quanto al ruolo della legge, va segnalato il ruolo dell'art. 55-quater, d.lgs. n. 165/2001, che sembrerebbe prevedere una sorta di "obbligo" di licenziare in talune situazioni previste dal testo della norma: anche sul punto sia consentito un breve rinvio (al par. 6.2).

#### 4. Tipizzazioni contrattuali e incidenza sulle tutele applicabili

Nel contesto descritto, come anticipato, il profilo più delicato è il ruolo da attribuire alla contrattazione collettiva<sup>16</sup> e, quindi, al giudice nell'interpretazione delle clausole del contratto<sup>17</sup>, il cui ruolo è esaltato dall'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, che ha connesso alla previsione sanzionatoria conservativa da parte della contrattazione collettiva una delle due ipotesi in cui l'illegittimità giudizialmente dichiarata del recesso conduce alla reintegrazione attenuata.

Talvolta i problemi sorgono in presenza di clausole del contratto collettivo che, pur prevedendo una fattispecie tipica, presuppongano sulla stessa un giudizio di "valore" da parte dell'interprete<sup>18</sup>. In tal caso il ruolo dell'interprete si riespande inevitabilmente, riempiendo di contenuto, a valle, previsioni negoziali che, a monte, si presentano (volutamente) indeterminate.

Ciò consente anche talvolta un "aggiramento" della giurisprudenza che, a partire dal 2014<sup>19</sup>, accogliendo la lettura del c.d. fatto materiale<sup>20</sup>, ha escluso «ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato». Laddove per l'applicazione della seconda ipotesi di reintegrazione attenuata prevista dal quarto comma dell'art. 18, l. n. 300/1970 (se il «fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei

---

<sup>16</sup> Sul rapporto tra legge e contratto collettivo, cfr. tra le più recenti: Cass. 15 giugno 2020, n. 11540, in *De Jure*.

<sup>17</sup> Sulla tipizzazione delle condotte da parte del contratto collettivo, v. tra le più recenti Cass. 28 gennaio 2019, n. 2288, in *De Jure*.

<sup>18</sup> È il caso, ad esempio, del ccnl delle imprese metalmeccaniche, che gradua le sanzioni da conservative ad espulsive a seconda della gravità della *insubordinazione*. Emblematica, al riguardo, Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, in *De Jure*.

<sup>19</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *De Jure*.

<sup>20</sup> A partire dalla lettura di A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 420 ss. Contra V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 553 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 790 ss.

codici disciplinari applicabili») un margine di valutazione da parte del giudice è pressoché ineliminabile<sup>21</sup>.

## 5. Il procedimento disciplinare

Passando al procedimento disciplinare, occorre partire dalle caratteristiche della contestazione, che deve rispettare i principi di matrice giurisprudenziale direttamente funzionali a rendere effettiva la garanzia del diritto di difesa del lavoratore.

### 5.1. Specificità e immutabilità dell'addebito

La contestazione è, innanzitutto, governata da due principi: il principio di *specificità* degli addebiti<sup>22</sup> e quello, strettamente connesso, d'*immutabilità* del fatto contestato<sup>23</sup>: è dunque sui fatti oggetto di contestazione – e solo su quelli – che il lavoratore è chiamato a difendersi<sup>24</sup>.

Va precisato, tuttavia, che la immodificabilità attiene al fatto, così come contestato, non alla qualificazione giuridica o alla valutazione di esso che venga poi data dal datore di lavoro, all'esito delle giustificazioni o in sede giudiziale<sup>25</sup>.

La genericità di alcuni soltanto tra gli addebiti comporta l'espunzione degli stessi dal vaglio giudiziale, ma il ragionamento può essere portato alle estreme conseguenze in presenza di una contestazione che risulti integralmente generica (es. omessa indicazione di riferimenti temporali o in presenza di un'indicazione assolutamente generica dell'addebito): se il più contiene il meno, in tal caso non sarà possibile alcuna valutazione.

Tale genericità può essere probabilmente assimilata alla insussistenza del fatto contestato (*idest* del fatto genericamente contestato) e dunque considerata non come vizio procedurale, sanzionabile con una mera indennità, bensì attra-

---

<sup>21</sup> L'esame del complesso apparato sanzionatorio connesso alla dichiarazione d'illegittimità del licenziamento disciplinare è rimesso ad altro contributo di questo volume, al quale è opportuno rinviare.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, tra le più recenti: Cass. 10 agosto 2016, n. 16896, in *De Jure*; Cass. 24 luglio 2018, n. 19632, in *De Jure*; Cass. 24 febbraio 2020, n. 4879, in *De Jure*, che ricostruisce la giurisprudenza della Suprema Corte, alla luce di quella del Giudice delle leggi, sul rispetto del principio di specificità e sulle conseguenze della sua violazione.

<sup>23</sup> Cass. 23 febbraio 2003, n. 1562, in *De Jure*.

<sup>24</sup> Cass. 7 giugno 2003, n. 9167, in *De Jure*, Cass. 12 gennaio 2005, n. 428, in *De Jure*.

<sup>25</sup> Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *De Jure*; Cass. 15 giugno 2020, n. 11540, in *De Jure*.

verso il ripristino del rapporto di lavoro, quanto meno per i contratti soggetti alla residua tutela reale.

La carenza di contestazione o la genericità estrema della stessa rischia di ledere la dignità del lavoratore o il suo diritto di difesa, quest'ultimo tutelato essenzialmente nel processo, sebbene si sia sempre più affermato nell'ordinamento il diritto al c.d. "contraddittorio anticipato".

Al riguardo va osservato che ammettere la possibilità di puntualizzare la contestazione anche in giudizio, colmando la genericità della stessa – le cui carenze assumerebbero una valenza esclusivamente al fine di quantificare l'ammontare della tutela indennitaria – determina un'evidente asimmetria in sede processuale. In tal caso, il lavoratore è costretto a proporre un ricorso "al buio" e il datore può correggere il tiro, nella propria memoria, a seconda dei profili sui quali intuisce il possesso di minori argomenti difensivi ad opera della controparte.

Siffatto squilibrio può essere bilanciato agevolmente solo nel c.d. rito Fornero, che è non è caratterizzato, nella fase sommaria, da preclusioni rigide. Qualche dubbio sorge invece nell'ipotesi di ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. (per i lavoratori assunti con il c.d. *Jobs Act* o nelle aziende soggette alla tutela obbligatoria ex l. 15 luglio 1966, n. 604): in tal caso l'integrazione delle difese a seguito della costituzione del convenuto è pur sempre rimessa alla discrezionalità del giudice (anche ex art. 420 c.p.c.) ed eventualmente all'utilizzo dei poteri istruttori di ufficio, ex art. 421 c.p.c.<sup>26</sup>.

Al riguardo non c'è ancora un adeguato consolidamento delle opinioni e in dottrina vi sono posizioni distanti. Vi è infatti una corrente di pensiero secondo cui l'assetto descritto non viola, in sé, il principio dell'affidamento, né crea un inaccettabile *vulnus* al principio dell'immutabilità dei motivi posti a base del licenziamento; fermo, naturalmente, il diritto del lavoratore a replicare in giudizio alle deduzioni del datore di lavoro.

Questa lettura è anche fondata, quanto meno con riferimento al contratto a tutele crescenti, sulla lettera della legge, che pone a carico del lavoratore che aspiri alla reintegrazione l'onere di «direttamente dimostrare» in giudizio «l'insussistenza del fatto materiale contestato» (ex art. 2, comma 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23) e cioè la "ingiustificatezza qualificata".

In sostanza, il lavoratore, per ottenere la reintegrazione, non potrebbe fare affidamento sulla mancata prova delle ragioni del licenziamento da parte del datore di lavoro "reticente" (sia prima, sia dopo, in giudizio), ma dovrebbe egli

---

<sup>26</sup> Ricostruisce sinteticamente i presupposti che legittimano il ricorso ai poteri istruttori d'ufficio: Cass. 23 novembre 2020, n. 26597, in *De Jure*.

stesso allegare e provare i fatti dai quali si possa desumere qual è il comportamento disciplinarmente rilevante posto a fondamento del licenziamento e, al contempo, fornire la prova della propria estraneità, vale a dire l'«insussistenza del fatto materiale», fornendo la dimostrazione del fatto contrario oppure offrendo «presunzioni dalle quali sia desumibile il fatto negativo»<sup>27</sup>.

Sono stati espressi al riguardo dubbi di costituzionalità, in quanto in questo modo si accollerebbe al lavoratore una *probatio diabolica* in conflitto con l'art. 24 cost., anche in combinazione con l'art. 3, comma 1, Cost.

Va pure detto, però, che siffatte letture finiscono per svilire il medesimo dettato normativo che, tanto nell'art. 18, l. n. 300/1970, quanto nell'art. 3, d.lgs. 23/2015 parla di fatto «contestato» al lavoratore, anticipando dunque la verifica d'insussistenza al momento della comunicazione dell'addebito, piuttosto che a quello, eventualmente successivo, della dimostrazione di esso.

## 5.2. Immediatezza della contestazione

Un altro principio, anch'esso di matrice giurisprudenziale, è quello di immediatezza, il cui fondamento consiste «da un lato, nell'assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, e, dall'altro nell'assicurare che il potere datoriale sia esplicito secondo canoni di buona fede ostativi a che lo stesso possa servirsi *ad libitum* dell'arma del recesso»<sup>28</sup>.

Il principio in parola ha quindi una duplice funzione, ma quella prevalente è di assicurare al lavoratore una difesa *effettiva*, che verrebbe lesa da una dilatazione eccessiva del margine temporale riconosciuto al datore per effettuare indagini ed operare valutazioni conseguenti alla scoperta dell'addebito.

Ma la tempestività, come noto, è da intendersi in senso relativo: relatività che, tuttavia, non può svuotare di efficacia il principio stesso<sup>29</sup>; l'orientamento più rigido tra l'interesse datoriale a prolungare le indagini e il diritto di difesa del lavoratore fa prevalere quest'ultimo, che è legislativamente tutelato<sup>30</sup>.

La funzione dialogica del procedimento, in ogni caso, non può essere frustrata, secondo la giurisprudenza, in nome del raggiungimento della certezza assoluta circa l'accadimento contestato, sicché il datore di lavoro deve reagire,

---

<sup>27</sup> B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 148; in giurisprudenza: Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137, in *De Jure*, Cass. 13 giugno 2013, n. 14854, in *De Jure*.

<sup>28</sup> Cass. 13 febbraio 2012, n. 1995, in *De Jure*.

<sup>29</sup> Tra le più recenti: Cass. 31 agosto 2020, n. 18136, in *De Jure*.

<sup>30</sup> Cass. 8 giugno 2009, n. 13167, in *De Jure*.

secondo la Suprema Corte, allorquando disponga di elementi per ritenere «ragionevolmente sussistente»<sup>31</sup> l'illecito.

La violazione dell'immediatezza è sanzionata generalmente ricorrendo a una tutela di tipo indennitario: dunque ai sensi dell'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970, o *ex art.* 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, ovvero ancora *ex art.* 8, l. n. 604/1966, a seconda dei requisiti dimensionali e/o della data di costituzione del rapporto di lavoro.

In qualche modo legata all'immediatezza è l'ipotesi del ritardo nell'applicazione della sanzione, ma in tal caso la giurisprudenza di legittimità, considerando il requisito della tempestività come elemento costitutivo del recesso, applica la tutela indennitaria.

### 5.3. Difesa del lavoratore

Il secondo momento del procedimento disciplinare è, come noto, la difesa del lavoratore.

Con riferimento alla violazione dei termini a difesa, sussiste un adeguamento assestamento degli orientamenti giurisprudenziali, anche in considerazione del fatto che il mancato rispetto del termine di cinque giorni fissato dall'art. 7, l. n. 300/1970 va letto solo come termine per la predisposizione delle difese da parte del lavoratore, non anche come *spatium deliberandi* lasciato al datore di lavoro perché assuma una determinazione dopo un tempo di riflessione adeguato<sup>32</sup>.

Il mancato rispetto del termine a difesa previsto dalla norma o dal contratto collettivo (in tal caso eventualmente più ampio di quello di legge) comporta esclusivamente la tutela indennitaria connessa alla violazione procedurale (es. *ex art.* 18, comma 6, l. n. 300/1970<sup>33</sup>, o *ex art.* 4, d.lgs. n. 23/2015).

In ogni caso, l'interprete non può non tener conto dello svilimento delle violazioni procedurali che si rinviene nel trend legislativo dell'ultimo decennio. Vi è nella legge, ormai, una netta differenziazione tra il regime sanzionatorio del licenziamento "inefficace", perché privo di forma scritta, sanzionato sempre con la tutela reale piena, e il regime sanzionatorio del licenziamento affetto da vizi procedurali e formali "minori", sanzionato invece con la tutela indennitaria.

Appare corretta l'opinione di chi ritiene che dopo l'intervento legislativo del

<sup>31</sup> Cass. 22 giugno 2020, n. 12193, in *De Jure*.

<sup>32</sup> Così dopo Cass., S.U., 7 maggio 2003, n. 6900, in *De Jure*.

<sup>33</sup> Cass. 31 agosto 2020, n. 18136, in *De Jure*.

2015 perda peso anche l'assunto centrale della pronunzia delle Sezioni Unite<sup>34</sup> secondo la quale la «inequivoca formulazione della norma» (l'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966) precluda all'interprete l'applicazione ai datori di lavoro non aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori di una disciplina diversa dalla «tutela reale di diritto comune»; questa lettura escludeva quindi il ricorso alla sanzione *ex art. 8*, l. n. 604/1966, in favore di una sanzione a carattere ripristinatorio.

Occorre allora valorizzare la «autonomia sistemica della normativa lavoristica»<sup>35</sup>, per effetto della quale l'«inefficacia» derivante da vizio procedurale o di motivazione comporti – come nell'area prima definita di tutela reale (v. art. 18, comma 6, l. n. 300/1970) e, per i nuovi assunti, nell'area dell'ex tutela obbligatoria (artt. 4 e 9, d.lgs. n. 23/2015) – anche per i lavoratori già in forza al 7 marzo 2015, dipendenti da datori di lavoro di piccole dimensioni, una tutela meramente indennitaria, nello specifico individuabile nella medesima sanzione prevista per la mancanza dei motivi (art. 8, l. n. 604/1966), che affianchi quindi sempre l'estinzione del vincolo contrattuale.

## 6. Il potere disciplinare nel lavoro pubblico

Con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico si è fatto sovente ricorso alla (abusata) metafora del cantiere aperto. Per restare alla materia disciplinare e partendo dalla c.d. riforma Brunetta (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150), limitandosi quindi all'ultimo decennio, ci sono già stati diversi interventi, che si innestano nell'impianto normativo originario del Testo Unico (l. 7 agosto 2015, n. 124; d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116, con il correttivo d.lgs. 19 maggio 2016, n. 118; d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75).

L'ordinamento disciplinare del lavoro pubblico contrattualizzato segue così da tempo percorsi propri, che appaiono sempre più lontani dal lavoro privato. Numerosi sono i profili di specialità, ritenuti variamente riconducibili alla matrice indisponibile e pubblicistica degli interessi e dei valori che verrebbero vulnerati dall'inosservanza dei principali doveri professionali dei pubblici dipendenti: ciò in «un crogiuolo di disposizioni, riguardanti l'adempimento tecnico, ma anche comportamenti eticamente rilevanti, offerti all'opinione pubblica non senza suggestioni e talvolta simbolismi»<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, in *De Jure*.

<sup>35</sup> R. DEL PUNTA, *Il licenziamento disciplinare*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, p. 144 ss.

<sup>36</sup> Così M. ESPOSITO, *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *Libro dell'Anno del Diritto 2018*, Roma, 2018.

La distanza più rilevante si registra nel caso del trattamento di condotte – lavorative oppure esterne, ma comunque significative in termini di corretto adempimento – contigue e spesso coincidenti a puntuali ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile o penale. Dal 2009 in poi il modello regolativo generale è stato decisamente influenzato da queste connessioni; come prova l'esperata procedimentalizzazione dell'esercizio del potere e la quantità di fattispecie disciplinari tipiche ed esclusive del lavoro pubblico, sia sul piano dei presupposti che degli effetti, spesso predeterminati dalla legge.

Corollario di tale impostazione, ma sarebbe più corretto dire fondamento di essa, è l'assetto relazionale tra le diverse fonti, fissato per legge. Un sistema circolare per cui, da un lato, tutte le disposizioni in materia disciplinare – contemplate dall'art. 55 sino all'art. 55-octies del d.lgs. n. 165/2001 – «costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma del codice civile» (art. 55, comma 1, d.lgs. n. 165/2001) e, dall'altro lato, la contrattazione collettiva sulle sanzioni disciplinari viene «consentita nei limiti previsti dalle norme di legge». Limiti, d'altro canto, ribaditi e resi ancor più espliciti nella legislazione del 2017, là dove, ad esempio, si prescrive la nullità delle «disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori [rispetto a quelli legislativamente imposti: n.d.a.] o che comunque aggravino il procedimento disciplinare» (art. 55-*bis*, comma 9-*bis*, aggiunto dall'art. 13, comma 1, lett. j, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75).

In contraddizione con la legge delega, che prevedeva un'accentuazione dei profili di convergenza degli assetti regolativi, il d.lgs. n. 150/2009 per primo segna un solco significativo tra le discipline del lavoro pubblico e privato.

Si registra il radicale spostamento del baricentro del sistema verso la fonte etronoma, centrata sul ruolo del legislatore. È riscritto integralmente l'art. 55 al quale vengono aggiunte nuove disposizioni – da bis a novies – : le prime otto a carattere testualmente imperativo, mentre rimane fermo il solo riferimento all'art. 2106 c.c.

L'art. 40 d.lgs. n. 165/2001 consente poi l'intervento della contrattazione collettiva entro i limiti previsti dalle norme di legge.

Il procedimento, a sua volta, è blindato dal legislatore e non poche infrazioni e sanzioni sono in vario modo tipizzate dalla legge stessa. Per converso, la cancellazione dell'art. 7 St. lav. è più simbolica che sostanziale.

Il legislatore non si limita a invertire il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ritagliando spazi più ampi alla prima a discapito della seconda, ma vincola anche l'esercizio dell'autonomia negoziale a realizzarsi nei soli ambiti, già ridotti rispetto al passato, lasciati liberi dal pervasivo intervento della regolazione legale.

È evidente una parziale, ma significativa rilegificazione della materia, che determina una torsione del processo di unificazione. La convergenza tra lavoro

privato e lavoro pubblico viene letta da alcuni commentatori addirittura come clausola di stile e vi è pure chi considera lecito ipotizzare che il potere disciplinare da privatistico si sia trasformato in potere autoritativo.

L'intervento legislativo, con la tipizzazione *ex lege* di talune fattispecie di infrazione, la compressione dell'autonomia collettiva, unitamente alla "obbligatorietà" dell'esercizio dell'azione disciplinare, sanzionato con una specifica responsabilità dirigenziale, appaiono infatti poco compatibili con le categorie della discrezionalità dell'esercizio del potere; se non è, dunque, una ripubblicizzazione, siamo comunque dinanzi a una forte ibridazione pubblicistica, che travalica la mera dimensione contrattuale.

La dottrina maggioritaria propende tuttavia per la permanenza nell'alveo dei poteri privatistici della P.A.<sup>37</sup>: il richiamo all'art. 2106 c.c., la funzione della contrattazione collettiva – anche se ridotta e integrativa della legge (imperativa) –, la conservazione della giurisdizione al giudice ordinario sono elementi che depongono in tal senso.

L'esercizio del potere disciplinare è così confinato entro l'ennesimo *micro-sistema normativo autoconcluso*: uno dei tanti che ormai caratterizzano il Testo Unico n. 165/2001, ma va pur sempre ricondotto al diritto del lavoro e, alla luce dei principi di quest'ultimo, applicato e interpretato.

Immutate restano, in tal maniera, nel lavoro pubblico come nel privato, *ratio* del potere disciplinare e limitazioni al suo concreto esercizio.

Nell'ultima stagione riformatrice, infine, seppure in un contesto caratterizzato da apprezzabili segnali di una direzione diversa, resta confermata tale opzione di fondo.

La legge, invero, continua a riservare a sé la tipizzazione di fattispecie idonee a determinare il recesso, mentre lascia alla contrattazione quelle minori, soprattutto con riferimento a infrazioni e sanzioni legate alla reazione ai fenomeni di assenteismo, particolarmente se idonei a incidere sulla continuità del servizio

---

<sup>37</sup> V. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, p. 223; E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 109 ss.; F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI, (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., 399 ss.; S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 615 ss.; C. CURRAO, G. PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 557 ss.; R. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 759 ss.; E. VILLA, *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, p. 967 ss.; R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 647 ss.

erogato all'utenza e in connessione con i profili più autenticamente organizzativi.

Considerato il rinnovato ampliamento dello spazio negoziale, previsto dalla Riforma Madia per l'autonomia collettiva<sup>38</sup>, che si riappropria di spazi che le erano stati sottratti dall'intervento del 2009, l'assetto regolativo del potere disciplinare si pone in controtendenza rispetto alla dinamica legislativa: perché nel lavoro pubblico permane e, per certi versi, viene accentuata – in realtà già prima del 2017 (v. la c.d. legge anticorruzione: l. 6 novembre 2012, n. 190) – la rilegificazione e, forse, un tentativo di strisciante ripubblicizzazione del potere disciplinare e, a seguire, del lavoro pubblico *tout court*.

La natura quanto meno ibrida del potere disciplinare, caratterizzato da una disomogenea combinazione di elementi privatistici e tratti pubblicistici non viene affatto risolta o chiarita dall'ultima riforma, che sembra anzi accentuare i profili di ambiguità<sup>39</sup>.

Residua ancora, in definitiva, ma è notevolmente affievolita (anche *ex art.* 55, comma 1, d.lgs. n. 165/2001), la discrezionalità valutativa (*ex art.* 2106 c.c.) del soggetto che esercita il potere, alla cui torsione pubblicistica la dottrina lavoristica, tuttavia, “resiste” sulla base di diverse considerazioni, particolarmente con riferimento ai profili dell'esercizio “obbligatorio” dell'azione disciplinare e soprattutto alla previsione di sanzioni *ex lege*, se determinano l'estinzione del rapporto.

### 6.1. Il procedimento disciplinare nelle P.A.

Quanto ai termini del procedimento, la novella del 2017 supera il rigido schema previgente, assegnando la qualificazione di perentorietà soltanto a due momenti: innanzitutto, è posto a pena di decadenza il termine entro il quale deve prendere avvio il procedimento, con la trasmissione della contestazione degli addebiti, che deve aver luogo entro trenta giorni dal ricevimento, da parte dell'Ufficio per i Procedimenti Disciplinari, della segnalazione ad opera del responsabile dell'ufficio presso il quale presta servizio il dipendente, dei «fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza».

La disposizione contiene, per la verità, anche un secondo *dies a quo*, che appare più ambiguo: la legge consente all'UPD di attivarsi, in alternativa al predetto primo termine, entro un termine decadenziale d'identica durata (trenta giorni), ma

<sup>38</sup> M. DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 29 ss.

<sup>39</sup> Secondo M. QUARANTA, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro*, cit., p. 233 ss. i vincoli all'esercizio del potere sono ulteriormente sviluppati e consolidati.

a partire dalla «piena conoscenza» dei fatti che l'Ufficio abbia «altrimenti avuto».

Difficoltà possono sorgere in due distinte, opposte situazioni: innanzitutto qualora risulti che l'Ufficio avesse *piena* conoscenza dei fatti già prima della segnalazione da parte del responsabile e ciò nonostante abbia effettuato la contestazione decorsi trenta giorni da tale successivo momento; in questo caso si porrà semmai un problema di prova, naturalmente con onere in capo al lavoratore interessato a sollevare l'eccezione.

Di più problematica soluzione potrebbe presentarsi la situazione opposta, qualora l'UPD, che pure abbia ricevuto una segnalazione – la quale però sia incompleta o comunque inadeguata a consentire una puntuale ed esaustiva contestazione – si attivi solo successivamente, a partire da una conoscenza *piena* (concetto tutt'altro che univoco) dei fatti, superando così il termine decadenziale, se calcolato a decorrere dalla segnalazione e non dalla (in tal caso posteriore) conoscenza compiuta degli accadimenti idonei ad assumere rilievo disciplinare.

Per superare le possibili contraddizioni giunge in aiuto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che valuta la decadenza solo alla luce di una «notizia di infrazione» circostanziata, idonea a consentire un corretto avvio del procedimento e una compiuta valutazione della condotta<sup>40</sup>.

Altro termine indicato come perentorio è poi quello entro il quale il procedimento va concluso, vale a dire centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito.

Le ulteriori scansioni temporali individuate dalla norma non hanno caratteristica di perentorietà: il legislatore (al comma 9-ter dell'art. 55 bis) prevede espressamente che la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento, che vanno dall'art. 55 all'art. 55 quater, «non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività».

Qui il legislatore della riforma richiama testualmente la tempestività (o immediatezza) – principio di civiltà giuridica, secondo la definizione del diritto vivente – che limita temporalmente l'esercizio del potere sanzionatorio riconosciuto al datore di lavoro nella fase della contestazione di un addebito potenzialmente foriero di responsabilità disciplinare oppure in quella dell'eventuale attività istruttoria mentre, come visto, la rapidità di reazione nel momento conclusivo della valutazione disciplinare è assicurata dal termine perentorio (di centoventi giorni), fissato dalla legge.

---

<sup>40</sup> Cass. 20 marzo 2017, n. 7134, in *De Jure*; Cass. 27 agosto 2018, n. 21193, in *De Jure*.

Il tema della compromissione del diritto di difesa e in generale della tollerabilità della dilatazione temporale della reazione disciplinare si pone prevalentemente nelle ipotesi, non infrequenti nella prassi, di sospensione del procedimento disciplinare nell'attesa degli esiti dell'accertamento rimesso all'Autorità Giudiziaria in sede penale: tema sul quale sarebbe opportuno un approfondimento non compatibile però con lo spazio a disposizione.

## 6.2. La predeterminazione legislativa delle ipotesi di licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico

Quanto alla estensione legislativa delle fattispecie disciplinari, un aspetto particolarmente delicato inerisce proprio alle ipotesi di licenziamento previste dalla legge. Con il d.lgs. n. 75/2017 il legislatore interviene infatti nuovamente, a distanza di neppure un anno, sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico, novellando ancora una volta l'art. 55 quater del d.lgs. n. 165/2001, introdotto nel 2009 (con il d.lgs. n. 150/2009) e già modificato dal d.lgs. n. 116/2016, a sua volta oggetto di un provvedimento correttivo successivo al c.d. decreto Madia (attraverso l'art. 2, d.lgs. n. 118/2017).

La norma in parola, fermo restando il ricorso alle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo, individua quindi (già dalle versioni previgenti, sin dal 2009) alcune ipotesi per le quali s'impone «*comunque*» la sanzione del licenziamento<sup>41</sup>.

In termini generali, però, va subito evidenziato come da tempo sia prevalente al riguardo un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>42</sup>, che esclude qualsivoglia meccanismo automatico affermando che il legislatore avrebbe anticipato la valutazione di proporzionalità, operandola direttamente, impedendo il successivo intervento giudiziale, cosicché il titolare dell'azione disciplinare – alla luce del principio di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c. – resta sempre legittimato ad applicare, all'esito del procedimento, una sanzione conservativa<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> In argomento sia consentito rinviare a U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro*, cit., p. 249 ss.

<sup>42</sup> A partire da Corte cost. 27 aprile 1993, n. 197.

<sup>43</sup> A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, p. 525 ss. In giurisprudenza v., ad esempio, Cass. 21 giugno 2011, n. 35, in *De Jure*; Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1029; Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 209, ma pure Cass. 26 settembre 2016, n. 18858, in *De Jure*; cfr. già Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, in *De Jure* (sulla quale v., criticamente, A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il "Jobs Act"*, Torino, 2016, p. 18). *Contra* A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 134;

Queste letture, del resto, vengono rafforzate da una condivisibile linea giurisprudenziale che valorizza l'applicazione del principio di proporzionalità anche alle ipotesi dell'art. 55 quater, negando qualsivoglia automatismo e riferendo la prescrittività del primo comma della norma all'impossibilità di una diversa tipizzazione sanzionatoria da parte dei contratti collettivi<sup>44</sup>.

Aspetto parallelo e non meno delicato attiene allo spazio lasciato al giudice nella successiva valutazione di adeguatezza della sanzione rispetto all'addebito.

Al riguardo, la Suprema Corte non manca di ribadire che la proporzionalità è «regola valida per tutto il diritto punitivo (sanzioni penali, amministrative) e risulta trasfusa per l'illecito disciplinare nell'art. 2106 c.c., con conseguente possibilità per il giudice di annullamento della sanzione "eccessiva", proprio per il divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari»<sup>45</sup>. All'opzione legislativa che conduce alla previsione di ipotesi di licenziamento disciplinare da applicare «comunque», fa da contrappeso, quindi, l'atteggiamento della giurisprudenza, la quale conferma che la previsione di condotte tipizzate *ex lege*, se sottrae alla contrattazione collettiva ogni valutazione circa la proporzione tra infrazione e sanzione, lascia sempre al giudice il controllo, fondato sull'art. 2106 c.c.<sup>46</sup>, di adeguatezza della sanzione irrogata.

Le situazioni ricondotte oggi esplicitamente al licenziamento disciplinare rientrerebbero, del resto, senza difficoltà nelle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, anche in virtù di orientamenti giurisprudenziali consolidati, che a differenza di quanto accade per la previsione (contrattuale) di sanzioni conservative riconnettono, come anticipato, alle elencazioni riferite al recesso una valenza puramente esemplificativa, escludendone un'efficacia vincolante, limitativa nei confronti del datore di lavoro e del giudice.

Tra l'altro la previsione legale di ipotesi da ricondurre al licenziamento di-

---

R. ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu, Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, 2011, III, p. 1633, i quali valorizzano il dato testuale (il "comunque" della norma), affermando che il legislatore avrebbe anticipato la valutazione di proporzionalità, operandola direttamente, impedendo il successivo intervento giudiziale. In giurisprudenza siffatta lettura è sempre sostenuta dalla Suprema Corte (v., ad esempio, Cass. 21 giugno 2011, n. 35, in *De Jure*; Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013, in *De Jure*; Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, in *De Jure*; Cass. 26 settembre 2016, n. 18858, in *De Jure*; cfr. già Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, in *De Jure*).

<sup>44</sup> S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 591.

<sup>45</sup> Cass. 1 dicembre 2016, n. 24574, in *De Jure*.

<sup>46</sup> Cfr. ancora Cass. 1 dicembre 2016, n. 24574, in *De Jure*.

sciplinare, se da un lato pare vincolare all'applicazione della sanzione espulsiva, dall'altro – in considerazione della gravità degli effetti connessi alla previsione – riduce la flessibilità dell'interpretazione, richiedendo una perfetta corrispondenza tra fattispecie tipizzata e condotta concretamente addebitata al lavoratore inadempiente, rischiando talvolta, con singolare eterogenesi dei fini, di rendere più difficoltosa in concreto l'identificazione dell'illecito, anziché agevolarne la riconoscibilità<sup>47</sup>.

Questo è, pertanto, come appare evidente, il cuore del problema. Al riguardo è, infatti, certamente imprescindibile una ricostruzione sistematica dell'istituto nel più ampio contesto del potere disciplinare riconosciuto al datore di lavoro pubblico (a sua volta riconducibile all'attribuzione di capacità e poteri del privato datore di lavoro, ai sensi degli artt. 2, comma 2, e 5, d.lgs. n. 165/2001), là dove il principio di proporzionalità, sancito all'art. 2106 c.c. e confermato dal primo capoverso dell'art. 55 del decreto n. 165/2001, viene a porsi quale fondamentale cardine applicativo (e interpretativo) dell'intera disciplina, confermato del resto a chiare lettere dal legislatore, il quale all'art. 63, comma 2-bis, d.lgs. n. 165/2001, prevede che «nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato».

Si tratta di una disposizione che, per un verso, riconosce pienamente la discrezionalità giudiziale e, al contempo, consente di contenere, nei limiti già accennati, gli automatismi previsti dalla legge (sempre più frequentemente) o dalla contrattazione collettiva. Per altro verso, poi, attribuisce, a tutela dell'interesse pubblico in gioco, un potere di rideterminazione della sanzione che non è invece riconosciuto con riferimento al settore privato, là dove al giudice non è consentito sostituirsi al datore di lavoro e – salva l'ipotesi in cui “converta” il recesso da giusta causa a giustificato motivo soggettivo – applicare una sanzione meno grave, di cui rinvenga i presupposti, potendo dunque solo limitarsi a dichiarare illegittima la sanzione ritenuta eccessiva<sup>48</sup>, qualora ritenga violato il principio di proporzionalità, senza tuttavia che ciò infici la risoluzione del rapporto.

---

<sup>47</sup> Osserva criticamente ancora S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 587, che «una eccessiva tipizzazione dell'illecito potrebbe rendere più complessa o addirittura impossibile la configurazione dello stesso nel caso concreto ed ai fini disciplinari, sì come avvenuto per l'ipotesi di licenziamento per “insufficiente rendimento”».

<sup>48</sup> Cass. 29 ottobre 2015, n. 22150, in *De Jure*.



## Il diritto al lavoro agile

SOMMARIO: 1. Il “diritto” al lavoro agile fra disciplina generale e disciplina emergenziale. – 2. L’orientamento della giurisprudenza. – 3. Alcune considerazioni finali.

### 1. Il “diritto” al lavoro agile fra disciplina ordinaria e disciplina emergenziale<sup>1</sup>

La legge 22 maggio 2017, n. 81 non prevede espressamente un diritto del prestatore di essere assegnato al lavoro agile e per almeno tre ragioni un siffatto diritto neppure si può ricavare in via interpretativa<sup>2</sup>.

In primo luogo, l’art. 18 pone a fondamento dell’assegnazione al lavoro agile l’accordo fra le parti, il che esclude che tanto il datore di lavoro quanto il lavoratore possano decidere unilateralmente di modificare i termini dell’esecuzione del rapporto.

La stessa previsione, inoltre, assegna all’istituto una doppia funzione, di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». La scelta di impiegare la congiunzione “e” per mettere in connessione le due funzioni consente di escludere che l’istituto possa essere impiegato da una parte del rapporto a scapito dell’altra, ferma restando, tuttavia, la libertà dei contrenti di accordarsi per un ricorso al lavoro agile che soddisfi anche solo una delle due finalità.

Infine, è condizione (e limite) per l’assegnazione al lavoro agile che l’attività cui il lavoratore è adibito possa essere eseguita in tale modalità, vale a dire «senza

---

<sup>1</sup> Per semplificare la lettura del testo si assume la convenzione semantica in base alla quale l’utilizzo del termine maschile include il riferimento al femminile. Ne consegue che l’eventuale impiego di termini al femminile identifica questo solo genere.

<sup>2</sup> Sul lavoro agile, fra i molti contributi, si v. FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018; FRANZA G., *Il lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 773; MALZANI F., *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, p. 17; SPINELLI C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018; VERZARO M. (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, Jovene, 2018.

precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro», «anche (ma non necessariamente n.d.a.) con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi», «con il possibile (ma non essenziale n.d.a.) utilizzo di strumenti tecnologici», «in parte all'interno e in parte all'esterno senza una postazione fissa». Lo si ricava, di nuovo, dalla lettera della disposizione, dove la preposizione “di” accompagnata dall'articolo determinativo («per lo svolgimento *dell'*attività lavorativa», il corsivo è mio) sottende il riferimento all'attività oggetto dell'obbligazione che insiste in capo al prestatore. Nulla vieta alle parti, anche in questo caso, di accordarsi per una modifica anche temporanea delle mansioni, benchè nel rispetto dei limiti segnati dall'art. 2103 c.c., per consentire l'accesso al lavoro agile in funzione della soddisfazione di un preciso interesse di una delle parti.

In definitiva, dall'art. 18 legge n. 81/2017 si ricava che per poter essere assegnati al lavoro agile occorre sempre un accordo fra le parti, che presuppone che la mansione assegnata al lavoratore sia eseguibile in modalità agile.

Un diritto perfetto al lavoro agile neppure è previsto nell'ipotesi disciplinata al co. 3 *bis*, introdotto dalla legge di bilancio 2019 (legge n. 145/2018), che dispone una (mera) priorità nell'assegnazione al lavoro agile in favore delle lavoratrici che ne facciano richiesta entro tre anni dal rientro dal congedo di maternità di cui all'art. 16 d.lgs. n. 151/2001 e per i lavoratori genitori di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'art. 3, co. 3, legge n. 104/92<sup>3</sup>.

Seguendo la lettera della legge, infatti, il lavoratore o la lavoratrice acquisiscono un diritto ad essere assegnati prioritariamente al lavoro agile solo quando il datore di lavoro già stipuli accordi di lavoro agile e sempre che l'attività svolta dalla lavoratrice o dal lavoratore possa essere compiuta in modalità agile, posto che, di nuovo, si fa riferimento alla «esecuzione *del* rapporto di lavoro».

Con riguardo al caso dei genitori di figli portatori di grave disabilità, invece, si potrebbe ricavare un obbligo per il datore di lavoro di modificare le mansioni, per consentire il ricorso alla modalità agile di lavoro, dall'art. 3, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 216/2003 che prescrive ai datori di lavoro di disporre quegli “accomodamenti ragionevoli” cui il datore di lavoro è tenuto per garantire la piena eguaglianza alle persone con disabilità, ma – dopo la sentenza *Coleman* – anche ai familiari

---

<sup>3</sup> In tema cfr. per tutti TINTI A.R., *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 419/2020. Resta ferma la possibilità per la contrattazione collettiva di amplificare la portata della previsione, ampliando lo spettro delle ipotesi nelle quali è prevista la priorità nell'assegnazione al lavoro agile o istituendo un vero e proprio diritto all'assegnazione al ricorrere di predeterminate condizioni. Si v. in proposito gli esempi riportati da GALARDI R., *Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia*, in *Osserv. cost.*, 2021, reperibile sul sito [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it) (consultato il 22 maggio 2021).

che si prendono cura di persone con disabilità<sup>4</sup>. Si consideri, infatti, a titolo di esempio, che con la sentenza *HK Danmark*, la Corte ha ravvisato nella riduzione dell'orario di lavoro una «soluzione ragionevole» per mantenere in essere il rapporto di lavoro in un caso di assenza prolungata per malattia connessa alla disabilità<sup>5</sup>. Il parametro per misurare la latitudine del suddetto obbligo datoriale sarebbe quello della «ragionevolezza» dell'intervento richiesto per rimuovere l'ostacolo alla piena integrazione al lavoro, ragionevolezza da valutarsi con riguardo alla adeguatezza della misura e alla proporzionalità rispetto alle risorse a disposizione del datore di lavoro<sup>6</sup>.

Così configurato il lavoro agile non si atteggia a efficace strumento di conciliazione. Esso, infatti: non assurge a diritto perfetto; il datore di lavoro in linea di principio non è tenuto a modificare l'organizzazione del lavoro per soddisfare un'eventuale richiesta del lavoratore, né è tenuto a modificare le mansioni dell'istante che svolga un'attività non eseguibile in modalità agile; manca, infine, un incentivo che incoraggi il datore di lavoro ad assegnare il lavoro agile per favorire l'equilibrio fra vita e lavoro<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Secondo Corte giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, infatti, «il divieto di discriminazione diretta ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora un datore di lavoro tratti un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, in modo meno favorevole rispetto al modo in cui è, è stato o sarebbe trattato un altro lavoratore in una situazione analoga, e sia provato che il trattamento sfavorevole di cui tale lavoratore è vittima è causato dalla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, un siffatto trattamento viola il divieto di discriminazione diretta enunciato al detto art. 2, n. 2, lett. a)». Ribadisce la rilevanza della discriminazione per associazione, estendendola alla discriminazione indiretta, Corte di giustizia 17 luglio 2015, *Chez*, C-83/14. In tema v. da ultimo BARBERA M., *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA M., GUARISO A., *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, 2019, p. 57 ss.; MILITELLO M., STRAZZARI D., *I fattori di discriminazione*, *Ibidem*, p. 150 ss. Per un caso di discriminazione per associazione cfr. anche Cass. 10 settembre 2015, n. 22421. Inquadra il lavoro agile fra gli accomodamenti ragionevoli, ma con riferimento alla normativa emergenziale e in correlazione al tema della tutela della salute, ZILLI A., *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, p. 533.

<sup>5</sup> Corte di giustizia 11 aprile 2013, C-335/17 e 337/17.

<sup>6</sup> V. ancora MILITELLO M., STRAZZARI D., *I fattori di discriminazione*, cit., p. 153. Ipotizzano questa lettura con riferimento alla normativa emergenziale PERUZZI M., PIGNATELLI A., *Diritto al lavoro agile e compatibilità con la prestazione al tempo dell'emergenza covid-19*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2020, p. 717. Sul tema generale degli "accomodamenti ragionevoli", anche per ulteriori riferimenti, v. da ultimo CHIAROMONTE W., *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea orientamenti della Corte di giustizia*, in *Var. lav.*, 2020, p. 897.

<sup>7</sup> Incentivo, pur blando, previsto, invece, dall'art. 23 d.lgs. n. 80/2015 per il datore di lavoro che faccia ricorso al telelavoro per soddisfare esigenze di conciliazione.

Un diritto all'assegnazione al lavoro agile è stato, invece, sancito dalla normativa emergenziale, sì come confermato dalla giurisprudenza di merito che si è formata su questo aspetto e che sarà di seguito esaminata<sup>8</sup>.

Tralasciando di approfondire il tema più ampio del ricorso che è stato fatto al lavoro agile durante il periodo di emergenza pandemica, tanto nel settore privato (ove ne è stato solo raccomandato il massimo utilizzo) quanto nel settore pubblico (ove, invece, è assunto a modalità ordinaria di esecuzione della prestazione, ad eccezione delle attività da svolgersi indifferibilmente in presenza), e sul quale si è sviluppata un'ampia riflessione della dottrina alla quale si rinvia<sup>9</sup>, in questa sede interessa esaminare la latitudine del diritto al lavoro agile, ricavabile dai molteplici interventi normativi, sì come interpretati dalle prime decisioni di merito.

La normativa emergenziale ha individuato tre categorie di soggetti ai quali ha riconosciuto, a determinate condizioni, il diritto ad essere assegnati al lavoro agile: i lavoratori fragili, i lavoratori che assistono familiari in condizione di grave disabilità, i genitori lavoratori.

Secondo quanto inizialmente disposto dall'art. 39 d.l. n. 18/2020 (Decreto Cura Italia), convertito con legge n. 27/2020, sono riconducibili alla categoria dei lavoratori fragili i dipendenti del settore privato e pubblico che versino nelle condizioni di disabilità previste dall'art. 3, co. 3, legge n. 104/1992 (co. 1), i lavoratori del solo settore privato che, pur non versando in detta condizione, siano

---

<sup>8</sup> § 2.

<sup>9</sup> Cfr. ALESSI C., VALLAURI M.L., *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI O., CARABELLI U., D'ONGHIA M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 131; BINI S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, spec. n. 1, p. 67; BROLO M., *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020, p. 553; BROLO M., *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in MAZZOTTA O. (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Giuridica, 2021, p. 87; BURCHI S., *Smart working d'emergenza*, in *Questionegiustizia.it*, 22 marzo 2020; DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, p. 3; LEONE M. (2020), *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *Questionegiustizia.it*, 21 marzo 2020; i contributi raccolti nel volume MARTONE M. (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, *Quaderni di ADL*, LaTribuna, 2020; ROMEI R., *"Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia"*, in MAZZOTTA O. (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Giuridica, 2021, p. 71; RUSSO M. (2020), *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, spec. n. 1, p. 55; SENATORI I. (2020), *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, spec. n. 1, p. 169; SPINELLI C., *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, p. 21; ZOPPOLI L. – MONDA P., *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020; ZOPPOLI L., *"Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT – 421/2020.

comunque affetti da “gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa” (co. 2) o siano immunodepressi (co. 2 *bis*).

L’art. 90, co. 1, secondo periodo, d.l. n. 34/2020 (Decreto Rilancio), inserito dalla legge di conversione n. 77/2020 (e da coordinare con quanto previsto poi dalla legge n. 126/2020 di conversione del d.l. n. 104/2021), ha aggiunto a queste categorie i lavoratori del settore privato che, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, risultino maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell’età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata nell’ambito della sorveglianza sanitaria eccezionale di cui all’art. 83 dello stesso decreto legge<sup>10</sup>.

Il più recente art. 15 d.l. n. 41/2021 ha confermato la nozione di “lavoratore fragile”, che ricomprende coloro che (anche nel settore pubblico) sono in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di disabilità grave, di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita.

Se l’art. 39 d.l. n. 38/2020 aveva riconosciuto ai lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa solo una priorità nell’accoglimento della richiesta di assegnazione al lavoro agile, il d.l. n. 41/2021 attribuisce a tutti i lavoratori “fragili” il diritto a essere assegnati al lavoro agile.

Le prime previsioni, inoltre, avevano posto come condizione per l’assegnazione al lavoro agile che la mansione cui il lavoratore è addetto fosse eseguibile da remoto.

Questa condizione è stata superata dal d.l. n. 104/2020 (Decreto Agosto) convertito con legge n. 126/2020 (e confermata dall’art. 15 d.l. n. 41/2021), che, invece, ha previsto che i dipendenti pubblici e privati in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità, siano assegnati al lavoro agile anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti.

Un diritto all’assegnazione al lavoro da remoto è riconosciuto, ai sensi dell’art. 39 d.l. n. 18/2020 e dell’art. 21 *ter* d.l. n. 104/2020, anche ai lavoratori che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona affetta da disabilità grave.

---

<sup>10</sup> L’efficacia della previsione è stata prorogata fino al 31 luglio 2021 dal d.l. n. 52/2021. Sul concetto di fragilità è intervenuto il Ministero del lavoro con Circolare del 4 settembre 2020, n. 13.

In queste ipotesi condizione per l'assegnazione al lavoro agile è che l'attività possa essere svolta da remoto.

Infine, il diritto al lavoro agile è riconosciuto alternativamente a uno dei genitori di figli di età inferiore a sedici anni che siano posti in quarantena per contatto con soggetto positivo<sup>11</sup> o durante il periodo di sospensione dei servizi didattici, pur sempre a condizione che l'attività sia eseguibile da remoto (art. 2, co. 1, d.l. n. 30/2021)<sup>12</sup>.

Il diritto è riconosciuto cumulativamente ad entrambi i genitori e a prescindere dall'età in caso di figli disabili, con DSA o BES, che siano in didattica a distanza, in quarantena, affetti da Covid o in caso di chiusura dei centri assistenziali diurno (art. 2, co. 1, d.l. n. 30/2021).

Diverse sono le conseguenze che derivano dall'impossibilità di assegnare il genitore lavoratore al lavoro agile, a seconda che si tratti di dipendente del settore privato o del settore pubblico. Solo alle Pubbliche Amministrazioni, infatti, è richiesto di assegnare il lavoratore a una diversa mansione lavorabile da remoto, o allo svolgimento di attività formativa (art. 3, co. 1, lett. *b* d.m. Pubblica amministrazione 19 ottobre 2020), prima di poterlo sospendere dal lavoro per la fruizione del congedo straordinario (art. 13 d.l. 149/2020 e poi art. 2 d.l. 30/2021).

## 2. L'orientamento della giurisprudenza

Sulle prime previsioni che hanno disciplinato la materia si è formata una giurisprudenza compatta, con la quale si è ben presto confrontata la dottrina<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> L'infezione da SARS Covid-19 del figlio convivente è invece equiparata a malattia e dà luogo a sospensione della prestazione lavorativa.

<sup>12</sup> Nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa non possa essere svolta in modalità agile il lavoratore genitore di figlio di età inferiore a quattordici anni può usufruire di un congedo per il periodo corrispondente, in tutto o in parte, alla durata della sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio, alla durata dell'infezione da SARS Covid-19 del figlio, nonché alla durata della quarantena del figlio (art. 2, co. 2, d.l. 30/2021). Il periodo di assenza è coperto con un'indennità pari al 50% della retribuzione. Lo stesso trattamento è riconosciuto anche ai genitori di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, della legge n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado per le quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale per i quali sia stata disposta la chiusura. In caso di figli di età compresa fra 14 e 16 anni, uno dei genitori, alternativamente all'altro, ha diritto, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 2, primo periodo, di astenersi dal lavoro senza corresponsione di retribuzione o indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro.

<sup>13</sup> ALVINO I., *È configurabile un diritto del lavoro al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 8 aprile 2020; D'ASCOLA S., *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza*

Le questioni che i giudici hanno affrontato riguardano sostanzialmente la portata dell'obbligo del datore di lavoro di modificare l'organizzazione produttiva per assecondare l'istanza di assegnazione al lavoro agile.

Le prime due decisioni, rispettivamente del Tribunale di Bologna e del Tribunale di Grosseto, entrambe del 23 aprile 2020<sup>14</sup>, poggiano sull'originaria versione dell'art. 39 d.l. n. 18/2020 e riconoscono entrambe il diritto delle rispettive ricorrenti all'assegnazione al lavoro agile.

La prima ordinanza si regge tanto sul primo quanto sul secondo comma della suddetta previsione, dal momento che la ricorrente è madre di figlia portatrice di grave disabilità (co. 1) e affetta essa stessa da grave e comprovata patologia con ridotta capacità lavorativa (co. 2).

Quest'ultima è la condizione nella quale versa anche l'altra ricorrente, cui la norma però riconoscerebbe solo una priorità al lavoro agile. Il giudice coglie l'occasione per segnare un confine alla discrezionalità che la norma lascia al datore di lavoro, imputando a quest'ultimo un obbligo di «mettere il lavoratore in condizione di operare da remoto», agendo in modo non irragionevole e immotivatamente discriminatorio, tale da penalizzare l'interessata.

Nelle due pronunce appena ricordate è solo sfiorato il tema della compatibilità delle mansioni assegnate all'istante con l'esecuzione della prestazione in modalità agile, questione approfondita, invece, in alcune decisioni successive, che – vedremo – offrono soluzioni oscillanti in ordine alla questione se la valutazione di compatibilità debba essere condotta in concreto o in astratto, tornando così a tratteggiare il margine di scrutinio delle scelte organizzative datoriali in funzione della soddisfazione delle esigenze dei lavoratori.

Il Tribunale di Mantova nell'ordinanza del 26 giugno 2020, ritiene che la valutazione cui il datore di lavoro è obbligato si arresti alla verifica di compatibilità delle mansioni in concreto affidate al lavoratore, con la conseguenza che il ricorso è rigettato in ragione del fatto che l'attività svolta dall'istante (gestione

---

(e sulla normalizzazione de lavoro agile), in *Quest. giust.*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 29 giugno 2020; D'ASCOLA S., *Il lavoro a distanza nell'emergenza: osservazioni a margine dei provvedimenti giudiziari*, in MAZZOTTA O. (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini Giuridica, 2021, p. 97; LAZZARI C., *Ancora sui lavoratori fragili e smart working*, in *Giustiziacivile.com*, 5 febbraio 2021; TUFO M., *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. dir. eu.*, n. 2/2020; VALENTE L., *Emergenza COVID-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *Lav. giur.*, 2020, p. 1193.

<sup>14</sup> Entrambe pubblicate in *Lav. giur.*, 2020, 1193, con nota di L. VALENTE, alla quale si rinvia per le puntuali osservazioni critiche in ordine, in particolare, al contenuto dell'ordinanza del Tribunale di Grosseto che condanna il datore di lavoro anche al risarcimento dell'eventuale futuro danno da ritardo nell'esecuzione della decisione.

di parcheggi dislocati in zone diverse, che implicava trasferte per sopralluoghi) presupponeva la sua necessaria presenza fisica.

Lo stesso approccio è seguito dal Tribunale di Roma sia nella decisione del 20 giugno 2020, che accoglie il ricorso sulla base di una valutazione in concreto della eseguibilità delle mansioni in modalità agile (supporto telefonico all'utenza, nel contesto di un gruppo di lavoro che lavorava da remoto)<sup>15</sup>, sia nelle successive decisioni del 5 ottobre 2020 (relativa a un addetto alla elaborazione e stesura di progetti funzionali alla redazione del piano degli orari dei trasporti nonché all'analisi dei servizi per mezzo di *software* utilizzabili da remoto) e del 26 ottobre 2020 (relativa al caso di un addetto al servizio di assistenza alla clientela)<sup>16</sup>.

Nel considerare l'attività svolta dall'istante, queste due ultime pronunce danno rilievo a un ulteriore elemento rappresentato dalla piena integrabilità della mansione, se eseguita in modalità agile, rispetto al contesto produttivo e organizzativo. Mentre nel primo caso, infatti, la compatibilità della mansione con l'esecuzione in modalità agile è rapportata al mantenimento dell'utilità funzionale della stessa nel contesto organizzativo e produttivo, nel secondo caso la valutazione prescinde del tutto dalla considerazione delle esigenze aziendali.

Si discosta parzialmente dall'orientamento appena indicato l'ordinanza del Tribunale di Roma del 21 gennaio 2021, secondo la quale la verifica di compatibilità delle mansioni al fine di riconoscere il diritto all'assegnazione al lavoro agile deve essere compiuta in astratto<sup>17</sup>.

Superando, infatti, le obiezioni datoriali circa l'impossibilità di assegnare la ricorrente al lavoro agile per la difficoltà di individuare il contenuto stesso della prestazione lavorativa a causa del perdurare dell'assenza dal lavoro della ricorrente da più di un anno (peraltro per le medesime ragioni alla base della richiesta di essere assegnata al lavoro agile), e facendo leva sull'art. 39 che richiede unicamente «la compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione», il giudice romano accoglie l'istanza della lavoratrice assegnando rilevanza alla qualifica e all'inquadramento, nonché alle corrispondenti mansioni individuate dal contratto collettivo applicato, giudicate in astratto compatibili con la modalità agile di esecuzione in quanto «di natura intellettuale».

---

<sup>15</sup> Trib. Mantova 26 giugno 2020 e Trib. Roma 20 giugno 2020 entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2020, p. 704 con nota di M. PERUZZI e A. PIGNATELLI.

<sup>16</sup> Trib. Roma 20 giugno 2020 e Trib. Roma 26 ottobre 2020 entrambe in *Giustiziavivile.com*, 5 febbraio 2021 con nota di C. LAZZARI.

<sup>17</sup> In corso di pubblicazione su *Labor*, 2021 con nota di M.L. VALLAURI.

### 3. Alcune considerazioni finali

L'esperienza della pandemia è destinata a riflettersi sul futuro dell'istituto del lavoro agile, un futuro che sicuramente è già iniziato nel settore pubblico, dove si sta compiendo una rivoluzione dell'assetto organizzativo, destinata a travolgere il modello "cartellino centrico" e a sostituirlo con uno imperniato su massima flessibilità e raggiungimento di obiettivi.

La normativa emergenziale e la giurisprudenza che su di essa si è formata sollecitano, dunque, una prima riflessione in ordine al significato da attribuire all'art. 18 legge n. 81/2017, con riguardo in particolare al criterio da impiegare per valutare la compatibilità della mansione assegnata con la modalità agile di esecuzione della prestazione.

Come si è detto, il ricorso all'articolo determinativo per riferirsi alla prestazione da svolgere in modalità agile porterebbe a ritenere che condizione per l'assegnazione al lavoro agile sia l'eseguibilità in tale forma proprio della specifica attività cui il prestatore è assegnato, dunque della mansione da ultimo svolta (v. *retro* § 1).

Questa lettura, confermata da gran parte delle decisioni formatesi sulla normativa emergenziale, è stata messa in discussione dall'ultima decisione ricordata, che sembra aprire la via a un'interpretazione più lasca della menzionata condizione, che diverrebbe riferibile alla qualifica e all'inquadramento contrattuale del prestatore, anziché alle modalità di effettivo svolgimento del lavoro.

Se nel contesto pandemico una simile interpretazione è chiaramente indirizzata a valorizzare massimamente la funzione di dispositivo di protezione individuale e di distanziamento sociale assegnata al lavoro agile, non è da escludere che essa sarà riproposta, una volta tornati alla normalità, per valorizzare la funzione di strumento di conciliazione vita-lavoro espressamente assegnata al lavoro agile dalla l. n. 81/2017<sup>18</sup>.

Su questa considerazione si innesta la seconda riflessione, che attiene alla esigibilità da parte del lavoratore dell'assegnazione al lavoro agile a fronte del ricorrere di esigenze di conciliazione, anche ulteriori rispetto a quelle individuate dall'art. 18, co. 3 *bis*.

---

<sup>18</sup> Sulle funzioni del lavoro agile v. ancora TINTI A.R., *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit. Sul rischio che una moltiplicazione degli strumenti di conciliazione, scevra del potenziamento di misure che impongano agli uomini la condivisione delle responsabilità di cura, si trasformi in una trappola per le lavoratrici, che facendovi ricorso in via prevalente se non esclusiva finiscono per rafforzare un modello patriarcale di società che riserva solo ad esse il ruolo di *caregiver*, sia consentito un rinvio a VALLAURI M.L., *Genitorialità e lavoro. Interessi protetti e tecniche di tutela*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. p. 45 e già TONARELLI A., VALLAURI M.L., *Povertà femminile e diritto al lavoro delle donne*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 177.

La questione si collega a quella più generale concernente la sussistenza o meno di un diritto alla conciliazione vita-lavoro, diritto il cui riconoscimento si deve alla spinta impressa dal diritto unionale, che ne ha progressivamente chiarito il contenuto per individuare le misure che lo attuano<sup>19</sup>.

In proposito, si segnala la recente Direttiva 2019/1158/UE – intitolata «all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza» e diretta al raggiungimento di una più equilibrata distribuzione delle responsabilità parentali per garantire pari opportunità di lavoro a uomini e donne – che annovera fra gli strumenti funzionali al raggiungimento del suddetto obiettivo, accanto a congedi che coinvolgono gli uomini nella cura di figli e/o familiari, la possibilità per uomini e donne di accedere a modalità flessibili di lavoro.

In particolare, *ivi* si prevede che i genitori di figli di età inferiore al limite stabilito dai singoli paesi (ma non inferiore a otto anni) abbiano diritto – entro un limite di ragionevolezza – di godere in modo temporaneo e reversibile (anche in alternativa ai congedi) di orari e modalità di lavoro flessibili (art. 9). L’effettività di questo diritto è affidata all’obbligo per il datore di lavoro di motivare il proprio eventuale diniego per iscritto, entro un tempo ragionevole e in considerazione delle esigenze proprie e del lavoratore, rendendolo così eventualmente sindacabile in giudizio (art. 9.2).

In attesa della recezione della Direttiva<sup>20</sup>, il presidio del diritto alla conciliazione fra vita e lavoro per lavoratori e lavoratrici onerati di responsabilità di cura resta affidato al diritto antidiscriminatorio, con la conseguenza che un rifiuto di assegnazione al lavoro agile non sorretto da una ragionevole giustificazione potrebbe essere qualificato come discriminazione indiretta nei confronti del lavoratore-*caregiver*, come, peraltro, già affermato dal Tribunale di Firenze in un caso di diniego di assegnazione ad un regime di flessibilità oraria di un genitore lavoratore<sup>21</sup>.

Sulla scia, infine, di quanto evidenziato a proposito dell’inquadramento del lavoro agile fra gli “accomodamenti ragionevoli” cui il datore di lavoro è tenuto per garantire la piena eguaglianza del lavoratore disabile, ci si interroga se il giu-

---

<sup>19</sup> V. in tema, di recente, MILITELLO M.G. *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2020, e – se vuoi – VALLAURI M.L., *Genitorialità e lavoro*, cit., p. 37 ss.

<sup>20</sup> La legge di delegazione europea approvata in via definitiva al Senato il 20 aprile 2021, al termine di un *iter* durato più di un anno, include anche questa Direttiva, che pertanto arriverà a breve all’attenzione del legislatore delegato.

<sup>21</sup> Trib. Firenze 22 ottobre 2019, in *Giustiziacivile.com* con nota di MARASCO e in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 519 con nota di DE LUCA.

dice dovrà misurare la legittimità del licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla prestazione (anche) di un lavoratore normodotato e che potrebbe svolgere la propria attività in modalità agile, verificando che il datore di lavoro abbia fondatamente escluso tale possibilità, al pari di quanto richiesto con riguardo all'adibizione ad altre mansioni, anche inferiori, affinché il recesso rappresenti effettivamente l'*extrema ratio*.



## Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?\*

SOMMARIO: 1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e... – 2. ... nella realtà... – 3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni? – 4. Il sistema delle fonti (dalla legge 16 giugno 1998, n. 191, all’art. 263 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale. – 5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza... – 6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti.

### 1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e...

L’istituto che siamo abituati a chiamare “*smartworking*” (in seguito sw) – ma, stando ai testi delle nostre leggi, “lavoro agile” – è uno degli istituti giuslavoristici più colpiti dalla recente pandemia. D’altronde qualcuno, per descrivere sinteticamente questa nuova forma di patologia globale, ha addirittura coniato il neologismo “digi-demia”<sup>1</sup>, cioè una pandemia dilagata tanto nella realtà fisica quanto in quella digitale. E il lavoro agile è stato introdotto come “una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato...con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento di attività lavorativa” (art. 18, comma 1, della legge 22 maggio 2017, n. 81): dove il termine generico di “strumenti tecnologici” va più restrittivamente inteso come “strumenti telematici” o appunto “digitali”. Infatti questo lavoro è agile, sempre *per tabulas*, perché dovrebbe svolgersi con modalità e strumenti che consentano di renderlo “senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro”, affrancando almeno in parte il lavoratore dai condizionamenti della “fisicità” dell’organizzazione.

---

\* Il saggio è destinato agli Studi in onore di Sandro Garilli, in corso di pubblicazione

<sup>1</sup> A. GIDDENS intervista a *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

I connotati dello sw introdotto da circa tre anni nel nostro diritto del lavoro hanno però subito notevoli alterazioni a seguito del Covid-19 anzitutto sul piano meramente regolativo. Da poche norme poco utilizzate, comuni a pubblico e privato, e in attesa di un assestamento esegetico-sistematico (artt. 18-23 della l. 81/2017), a un'esplosione di norme e fonti che si intersecano e si moltiplicano, differenziandosi sensibilmente tra pubblico e privato.

Nel pubblico, oltre a quelle originarie (oltre alla l. 81/2017, la legge 7 agosto 2015, n. 124 e la direttiva della Funzione pubblica 26 giugno 2017, n. 3), nel 2020 abbiamo: i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 febbraio, del 25 febbraio, dell'1 marzo; la direttiva della Funzione pubblica del 25 febbraio 2020 n. 1; l' art. 18, decreto legge 2 marzo 2020, n. 9, non convertito ma con effetti fatti salvi dalla legge 24 aprile 2020, n. 27; il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 9 marzo 2020 (ma anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. e); la Direttiva della Funzione Pubblica del 12 marzo 2020 n. 2<sup>2</sup>; il d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. "Cura Italia", conv. con legge 24 aprile 2020 n. 27), art. 87; i protocolli Governo-parti sociali 3 e 8 aprile 2020; gli artt. 90, comma 4, e 263 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (c.d. "Rilancio").

In totale in poco più di due mesi la disciplina dello sw si è arricchita di: tre decreti legge (di cui, per ora, uno solo convertito), una decina di dpcm, tre direttive di Funzione pubblica, un paio di protocolli. E non contiamo circolari e altri atti minori. Viene fuori inoltre una prima giurisprudenza (due 700 c.p.c.), prima inesistente. Dinanzi a questo pandemonio normativo il giurista, d'istinto, si aspetta un orizzonte poco sereno.

Tre funzioni dello sw sono emerse esplicitamente nella legislazione 2017/2020:

- a) conciliazione lavoro/vita privata (*work-life balance*);
- b) competitività/produktività;
- c) protezione della salute pubblica.

In alcune letture se ne profila una quarta, ma più nei fatti che nelle norme: lo sw come nuovo ammortizzatore sociale.

Partiamo da un'analisi del quadro normativo, mettendo in rilievo le fonti primarie che più hanno inciso nell'emergenza.

Nel lavoro pubblico con il d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 18, comma 5; norma non convertita, ma ribadita dall'art. 87, ultimo comma, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e ulteriormente validata, *quoad ad effectum*, con l. 24 aprile 2020 n. 27, di

---

<sup>2</sup> All'epoca ancora sussistevano dubbi sull'erogazione di tutte le attività o solo di alcune: v. 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*, Roma, 2020, 133 ss.

conversione del d.l. 18) cadono le parole “per la sperimentazione” che accompagnavano l’introduzione dello sw nella l. 124/2015 (art. 14.1).

L’art. 87 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 – riprendendo la normativa subprimaria che l’ha preceduto – interviene poi a modificare in profondità l’identità giuridica dello sw configurato dalla l. 81/2017, soprattutto con l’eliminazione dell’accordo individuale necessario<sup>3</sup>.

L’art. 263 del d.l. 34/2020 sembra rivedere il sistema delle fonti su tutto quanto attiene a orario e luogo della prestazione in vista della c.d. fase 2 (*restart*).

L’impressione più diffusa è che nella stagione della pandemia il lavoro agile si sia affermato come dispositivo di protezione individuale atipico per la sicurezza sui luoghi di lavoro<sup>4</sup> o, come pure si è detto, di ordine pubblico sanitario<sup>5</sup>. Anche l’INAIL lo ha considerato una misura di sicurezza necessaria. Aleggja perciò la prima domanda: permane tale funzione di strumento per la sicurezza sul lavoro anche post-covid?

Comunque durante l’emergenza sanitaria (forse in materia prorogata al 31 dicembre 2020: v. art. 90 d.l. 34/2020) lo sw – chiamato testualmente “lavoro agile”, e identificato con riferimento preciso alla l. 81/2017 (v. art. 87, commi 1 e 2, d.l. 18/2020) – è diventato:

- a) utilizzabile unilateralmente dal datore di lavoro sia pubblico sia privato (ricodotto perciò generalmente allo *ius variandi* latamente inteso);
- b) addirittura tendenzialmente obbligatorio nel lavoro pubblico: è evitabile infatti solo “qualora non sia possibile” (art. 87, comma 3 d.l. 18/2020). Lo sw è previsto come “modalità ordinaria di svolgimento della prestazione”, salvo attività indifferibili e che richiedano la presenza nei luoghi di lavoro (art. 87, comma 1, lett a, del d.l. 18/2020 attenuato dal d.l. 34), che potremmo definire “non remotizzabili”. In questa nuova configurazione prende corpo una questione inedita: se la prestazione è in astratto “remotizzabile”, ma non è relativa ad attività indifferibili e/o che richiedano la presenza in servizio e non è a rischio salute, il lavoratore ha diritto al lavoro agile (magari dopo aver

<sup>3</sup> Per un’interpretazione contraria v. I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustizia Civile.com*, numero speciale 1/2020 su *Emergenza Covid-19. Contra* v. L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2; C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *op.cit.*, 137.

<sup>4</sup> C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *op.cit.*

<sup>5</sup> B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020 (in corso di pubblicazione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020).

esperito tutti gli altri istituti previsti dall'art. 87, comma 3, d.l. 18/2020)?  
Su questo si tornerà tra poco.

- c) Infine lo sw in periodo pandemico, visto il *lockdown* durato alcuni mesi, normalmente deve essere svolto presso il domicilio del lavoratore, diventando *homeworking* o telelavoro a domicilio.

Cadono così vari assiomi non solo e non tanto giuridici, piuttosto radicati nelle teorie organizzativistiche, come ad esempio quello secondo cui lo sw vero non si pretende e non si concede, si concorda<sup>6</sup>. Lo sw “normale” configura una prestazione agile, intelligente, flessibile, variabile quanto a collocazione spazio-temporale rispetto all'organizzazione fisica del datore di lavoro (e, sia detto per inciso, non necessariamente caratterizzato dalla remotizzazione). SMART nella bibbia gestionale è un acronimo che soprattutto descrive le qualità degli obiettivi con cui lavorare: *Specific, Measurable, Assignable* (o *Actionable*), *Realistic, Time-related* (o *Time-bound*). Lo sw pandemico non è niente di tutto questo<sup>7</sup>.

L'irrigidimento normativo stupisce un poco meno – ma solo un poco – nel lavoro pubblico dove qualche rigidità in più non poteva non esserci anche prima, dal momento che in questa zona dell'universo giuslavoristico si fa meno affidamento su una cultura manageriale endogena e spontanea. Tant'è che nella gestione dello sw recentemente si era proposto di rafforzare il nesso normativo tra valutazione delle performance ed esercizio dei poteri gestionali da parte del dirigente, sostenendo un'interpretazione secondo cui il dirigente è tenuto al recesso dall'accordo di sw se l'attività non è performante<sup>8</sup>.

In verità, disposto il *lockdown*, lo sw diventa soprattutto una misura per risolvere problemi organizzativi straordinari o di ordine pubblico economico<sup>9</sup>. Anche se questo a mio parere non è snaturamento giuridico dell'istituto, perché rientra nella finalità latamente “produttivistica” già prevista dalla legislazione 2015/2017.

Al riguardo un quesito emerso in modo più significativo, anche in relazione alla generale perdita delle dimensione consensuale è, come già accennato, se si configuri un diritto del lavoratore al lavoro agile, almeno nella fase pandemica.

---

<sup>6</sup> M. CORSO, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

<sup>7</sup> Lo riconoscono un po' tutti. Da ultimi v. l'intervista a Francesco Starace, ad ENEL (che ha messo in teleworking il 50% dei propri dipendenti, cioè 37.000 lavoratori), in *la Repubblica* del 27 maggio 2020; e E. ALES, *I benefici dello smart working*, in *www.openluiss.it* 9 giugno 2020.

<sup>8</sup> V. L. ZOPPOLI, P. MONDA (ma soprattutto il secondo), *op.cit.*

<sup>9</sup> B. CARUSO, *cit.*

Qualcuno invoca anche un parallelo col diritto al *part time*, che può considerarsi – più però come misura di *work-life balance* nella normalità – una sorta di *second best* rispetto al lavoro agile. In generale non c'è diritto né all'uno né all'altro. Proprio su questo tema si registrano le prime sentenze sullo sw: Trib. Grosseto e Trib. Bologna (entrambi del 23 aprile), che, riconoscono il diritto al lavoro agile dei ricorrenti in quanto disabili<sup>10</sup>. Interessante è Trib. Grosseto che va oltre, sia richiamando i principi generali in materia di fruibilità di ferie ancora non maturate – che nel caso di specie il datore di lavoro avrebbe voluto imporre al lavoratore – sia affermando il principio secondo cui “laddove il datore di lavoro...sia nelle condizioni di applicare...il lavoro agile..., il ricorso alle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante, soprattutto laddove vi siano titoli di priorità per ragioni di salute”<sup>11</sup>. Comunque la conclusione è che un diritto vero e proprio al lavoro agile non c'è se, pur dinanzi a un generico rischio alla salute, si può ricorrere agli altri istituti previsti dall'art. 87 del d.l. 18/2020. Insomma la tendenza legislativa (rafforzata dal d.l. 34/2020) è di riconoscere un vero e proprio diritto solo in determinate condizioni espressamente previste (figli entro una certa età; soggetti particolarmente vulnerabili) e sempre che sia compatibile con la natura della prestazione<sup>12</sup>.

L'altro quesito che solleva la stagione del Covid-19 è se lo sw resta strumento principe di *work-life balance* (conciliazione lavoro/cura). Ci sono segnali di ripensamento e regole di dubbia tenuta. Tra le prime un'indicazione emergenziale dell'INPS (messaggio del 15 aprile 2020 n. 1621) che sottolinea come chi lavora in sw non può occuparsi dei figli: il coniuge può dunque chiedere i congedi parentali Covid-19. Forse è una verità duratura<sup>13</sup> e anche piuttosto intuitiva. Poi pare che da qualche parte si prevedano priorità per le donne ai fini dello sw con finalità conciliative: si segnala un possibile contrasto con la recente direttiva europea 20 giugno 2019 n. 1158, invero ancora da attuare<sup>14</sup>.

Qualcuno già trae conclusioni molto allarmate in quanto saremmo “all'apoteosi del *work-life blending*, la condivisione familiare degli spazi e delle connessioni in una forzata artigianalità domestica che è esasperazione del

<sup>10</sup> Su entrambe v. G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti e esigibilità della prestazione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020 (in corso di pubblicazione).

<sup>11</sup> Nel lavoro pubblico v., puntualmente, la circolare dell'1 aprile 2020 n. 2 di Funzione pubblica.

<sup>12</sup> V. P. MONDA, *Lo smart working e l'emergenza sanitaria*, in [www.cgilveneto.it](http://www.cgilveneto.it).

<sup>13</sup> A. TINTI, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

<sup>14</sup> Sempre TINTI, appena citata.

bisogno di conciliazione in coincidenza con la piena operatività dello strumento di ultima generazione che era stato pensato *anche* per favorire il *work-life balance*<sup>15</sup>.

In senso opposto gli esiti di una ricerca, molto ripresa dal *Sole 24 ore* del 21 maggio scorso, “*Smart working: work flexibility without constraint*”, di due economiste, Maria Angelici e Paola Profeta. Però questa ricerca – svolta in un dipartimento della Bocconi – riguarda l’uso pre-Covid-19 di *smart working* in una grande impresa con riferimento a 300 lavoratori scelti in modo casuale e per 1 giorno alla settimana per 9 mesi. I risultati di questa ricerca sono in chiaroscuro (tra le ombre: stress e confusione casa/lavoro), ma con effetti positivi anche sul bilanciamento tra lavoro e famiglia<sup>16</sup>.

Invece un recente rapporto sui *first findings* di un’indagine di Eurofound – resi noti a fine maggio 2020 – ci dice che proprio sul *work-life balance* l’esperienza della pandemia ha fatto emergere molti problemi in tutti i paesi che hanno utilizzato *teleworking*, soprattutto, ma non solo, per i lavoratori con figli nelle fasce di età 12-17 anni<sup>17</sup>.

La funzione implicita di *work-life balancing* dello sw non è una questione da sottovalutare sotto il profilo regolativo: basti pensare che, per l’istituto limitrofo del telelavoro, l’art. 23 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 80 – uno dei prodotti “minori” del c.d. Jobs Act – ha previsto che “i datori di lavoro privati che facciano ricorso all’istituto del telelavoro *per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro* in forza di accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono escludere i lavoratori ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l’applicazione di particolari normative e istituti”. La norma non riguarda le pubbliche amministrazioni, ma è emblematica di una sorta di lasciapassare per gli istituti di *work-life balance* come riduttori di tutele “degli altri” lavoratori. Un pericolo sia per le forme di remotizzazione del lavoro sia per la cultura del *work-life balance*.

Se al tema dello sw si volesse poi dare un orizzonte più europeo, si rilevano (o almeno io rilevo) ancora poche riflessioni, ma molti dati interessanti.

---

<sup>15</sup> A. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 419/2020, 45.

<sup>16</sup> P. PROFETA, *Smartworking anche nel dopo-emergenza*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info) del 17 marzo 2020. Una ricerca analoga presso l’ACEA spa era segnalata già da M. BROLLO, *Il lavoro agile nell’era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2017, 119 ss.

<sup>17</sup> V. EUROFOUND, *Living, working and COVID-19. First findings – April 2020*, 7.

Sul piano delle riflessioni, si riferisce di una non meglio precisata sovrapposizione tra *sw* (in questo caso *Teleheimarbeit*) e *minijob* alla tedesca<sup>18</sup> o *Kurzarbeit* (che però se riguarda lavori a basso reddito, impoverisce troppo i lavoratori). Interessante anche qualche proposta di fonte governativa<sup>19</sup> volta a legificare, sempre in Germania, un diritto del lavoratore al lavoro agile.

Quanto ai dati si segnala da parte sindacale un numero davvero rilevante di lavoratori da remoto in Europa: 42 milioni<sup>20</sup>. Però occorrerebbe meglio capire qualità organizzativa e giuridica di questo lavoro. Qualcosa in più ci dice l'indagine Eurofound già citata, da cui risulta che non solo nel mese di aprile lo *sw* è in enorme crescita in tutta Europa, ma anche che ha una diffusione non omogenea. Meno del 20% in Romania; tra il 25% e il 30% in Grecia, Croazia, Ungheria, Bulgaria e Spagna; oltre il 40% in Finlandia e Lussemburgo (quasi al 100%), ma anche in Olanda, Belgio, Danimarca, Irlanda, Svezia, Austria e Italia (il nostro Paese è poco sopra il 40%); tutti gli altri paesi si collocano tra il 30% e il 40%. La media UE è così intorno al 37%. Oltre un quarto di questi lavoratori dice di dover lavorare anche nel proprio tempo libero per far fronte alle richieste datoriali. In particolare nei paesi dove la pandemia è la principale causa dello sviluppo del teleworking, la maggioranza dei lavoratori esclude che vi siano state riduzioni dell'orario di lavoro.

Anche rispetto a ruolo e spazio del sindacato, mentre prima del Covid-19 parevano ben poco valorizzati nello *sw* in senso stretto, anche normativamente, ora c'è qualche significativo recupero (protocolli, rivendicazioni, ecc.). Non dappertutto però (ad esempio non pare sia così in Spagna<sup>21</sup>).

Comunque in una prospettiva *de iure condendo* – su cui oggi a mio parere è necessario riflettere proprio per il pandemonio normativo legato alla pandemia – occorre chiedersi quale configurazione del *remote working* prendere come riferimento. Si profila una scelta tra: *best practices*, modelli ottativi<sup>22</sup> o l'*id quod plerumque accidit*?

<sup>18</sup> R. PESSI, nelle conclusioni al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

<sup>19</sup> *Das Recht auf Homeoffice hat Zeit*, in *Die Zeit* del 27 aprile 2020.

<sup>20</sup> L. VISENTINI, *La prospettiva sindacale*, intervento al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.

<sup>21</sup> J. CRUZ-VILLALON, intervento al webinar *L'emergenza pandemia e le misure di diritto del lavoro: un'analisi comparata*, LLC-Labour Law Community, 4 maggio 2020.

<sup>22</sup> V. il manifesto recente di B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in *Labour web CSDLE – "Massimo D'Antona"*; ma anche singolari anticipazioni politico-amministrative: v. direttiva Madia 3/2017, che già parlava di autonomia e responsabilità in un lavoro che resta subordinato.

Qui è in agguato la “fallacia predittiva”<sup>23</sup>, utilmente arginabile con i suggerimenti che vengono da brocardi forgiati da un’esperienza giuridica millenaria, magari maneggiata in modo da non impedire importanti e proficue sperimentazioni. Perciò terrei soprattutto conto di quegli eventi che, secondo la comune esperienza, più probabilmente si verificano magari producendone, sempre con buona probabilità, anche altri.

Visti i tanti eventi causati dall’esperienza recente, mi pare indispensabile capire allora meglio quali interessi e funzioni siano venuti fuori intorno allo sw – o alla sua variante dell’hw – durante la pandemia. E in considerazione di quali di essi si può immaginare una razionalizzazione della disordinata disciplina che ora ci ritroviamo.

## 2. ...nella realtà

E allora vediamo di orientarci nei nuovi (pochi) dati più analitici che riguardano la recente esplosione dello sw specie nel lavoro pubblico. Esplosione che non è solo quantitativa, ma, riguardando, come si è già visto, l’intero mondo del lavoro, molto può dirci proprio sulla configurazione in concreto di questo istituto e sulla realizzazione delle finalità che sono state in astratto previste nelle varie stagioni legislative, seppure assai ravvicinate e condizionate dai più recenti eventi straordinari.

Molti sottolineano che in Italia siamo passati da poche decine di migliaia di lavoratori (in totale meno di 600.000) a 6/8,5 milioni. Le pubbliche amministrazioni incidono probabilmente per un 20/30%, con variazioni notevoli, in enorme aumento per i numeri post-covid.

Per la situazione del lavoro pubblico post-covid non si dispone però di dati esaurienti.

Sul sito di Funzione pubblica si rinvengono dati per regioni riguardanti i dipendenti messi in sw (e telelavoro) a causa della pandemia. Molte regioni sono al 100% o poco sotto: Abruzzo, Lazio, Lombardia, Toscana, Trento. Colpisce che più prudenza ci sia nelle regioni dove già prima si faceva sw (Emilia Romagna e Liguria all’ 80%). Al riguardo è interessante che anche in Liguria lo sw aveva conosciuto una qualche accelerazione a seguito dell’emergenza del crollo del ponte c.d. Morandi nel 2018. Comunque forse proprio i dati di Emilia e Liguria sono realistici quanto all’emergenza sanitaria (la maggioranza delle regioni si colloca tra il 60 e l’80%, la media è del 73,8%).

---

<sup>23</sup> Y. MOUNK, *Anche dopo il virus il nostro mondo continuerà a girare*, ne *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

Sostanzialmente però non è *smart* ma *homeworking* o *working from home* o *at home*. Perché non vi è alternanza alcuna del luogo della prestazione, effettuata quasi sempre a domicilio; perché c'è un mero spostamento dell'ufficio o attività di ufficio; perché non risulta implementata in modo significativo la modalità di organizzare il lavoro per obiettivi piuttosto che per durata della prestazione. A tutto concedere si può genericamente parlare di *teleworking*, come nel rapporto prima citato di Eurofound, o di *remote working*.

Vuol dire che molti problemi delle pubbliche amministrazioni si risolvono con l'*homeworking*? Forse sì, ma l'importante è capire *quali* problemi.

Se si guarda alla pandemia, può dirsi che lo sw è stato la misura più praticata per due ragioni principali: evitare il contagio e non chiudere le amministrazioni, tenendo in vita tutte le mille attività svolte.

Evitare il contagio è una finalità ben precisa, che di per sé giustifica e delimita l'esperienza e gli strumenti a tal fine coniati. Però mantenere in vita le attività vuol dire perseguire insieme varie finalità, tra loro anche disomogenee. Conservare o accrescere quantità/qualità dei servizi; conservare la retribuzione dei dipendenti; garantire una (sempre più) indispensabile presenza pubblica nello svolgimento della vita sociale e nella realizzazione delle attività di governo ai vari livelli amministrativi. La domanda è: sono state tenute insieme tutte queste finalità? Se una si sgancia dall'altra, anche l'hw cambia natura e qualità.

La prima risposta è negativa: molti dicono addirittura che si è trattato di una Cig di massa (misura di Welfare)<sup>24</sup>. In parte ci sono seri indizi (o, come al solito, vasta aneddotica): i giardinieri in *smart working* e le città coperte di erbacce e sporcizie. 50% dei lavoratori in sw non li ha più visti nessuno e gli uffici hanno funzionato meglio: non facevano nulla di utile? Si paventa addirittura un'attivazione delle procure della Corte dei Conti<sup>25</sup>.

Però al riguardo mi pare un po' sottovalutata un'altra innovazione del d.l. 18/2020 nella disciplina del lavoro pubblico: l'esenzione dal servizio, "un rimedio estremo da maneggiare con cautela"<sup>26</sup>. Nell'art. 87 comma 3 – come già anticipato – viene dopo lavoro agile, ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e altri analoghi istituti (nel rispetto della contrattazione collettiva). In ultimo, visto che manca la cig, "esperite tali possibilità, le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio" con conservazione della retribuzione (art. 87, comma 3, terz'ultimo alinea). E con

<sup>24</sup> Per tutti v. la relazione citata di CARUSO.

<sup>25</sup> Sempre CARUSO, cit.

<sup>26</sup> L. OLIVIERI, *Decreto "Cura Italia": esenzione dal servizio con le molle*, ne *La Gazzetta degli Enti locali*, 19 marzo 2020.

la precisazione che, oltre a non poter essere computato nel tetto (45 ore) del congedo straordinario di cui all'art. 37 del t.u. 10 gennaio 1957 n. 3, "il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista". Qualche commentatore<sup>27</sup> precisa però che "il trattamento economico non può che limitarsi al fondamentale: tabellare, indennità integrativa speciale, indennità di anzianità, posizione economica e indennità di comparto", con esclusione dell'indennità di posizione, di risultato e altro salario variabile. Più estensiva mi pare la circolare della Funzione pubblica dell'1 aprile 2020 n. 2. È chiaro che, con queste premesse, tra dirigenti preoccupati di dover vagliare attentamente tutte le alternative per motivare "l'esenzione" (istituto inedito: sulla motivazione insiste anche la circolare attuativa appena citata) e dipendenti con aspettativa di salario pur parzialmente ridotto, il lavoro agile è andato alla grande<sup>28</sup>.

La prima risposta – *smartworking* = ammortizzatore di massa – è comunque con tutta evidenza un'esagerazione, forse basata solo su alcune esperienze locali<sup>29</sup>. Probabilmente siamo nel mezzo, ma comunque con molta articolazione, da rapportare alle diversità di funzioni/uffici, culture, attività. Ad esempio, giusto per praticare un po' di sano corporativismo, pare che scuole e università (intorno al milione di lavoratori) – almeno per la funzione trasmissione e verifica del sapere – abbiano retto abbastanza bene la pandemia grazie a poderose iniezioni di *homeworking*<sup>30</sup>. Ma non mancano voci e fatti che devono far riflettere: il filosofo Giorgio Agamben ha paragonato il cedimento dei professori alla "dittatura telematica della didattica on line" al giuramento di fedeltà al fascismo del 1931<sup>31</sup>; la scuola è venuta meno ad una delle sue funzioni forse culturalmente secondarie, ma cruciali per il vivere civile: dare ospitalità attiva a bambini e adolescenti per aiutare lavoratrici e lavoratori – *smart* o non *smart* – a svolgere al meglio le proprie attività. E il futuro della c.d. dad (didattica a distanza) preoccupa per molti versi (30% dell'utenza più a rischio non raggiunta).

---

<sup>27</sup> Sempre OLIVIERI, appena citato.

<sup>28</sup> Non si dispone di dati sulle esenzioni dal servizio disposte. Certamente ve ne sono state. Azzardo un numero: difficilmente avranno superato il 5% della platea interessata.

<sup>29</sup> D'altronde anche nel privato pare non manchino abusi: v. G. BALESTRERI, *La cassa integrazione diventa smart working, così le aziende sfruttano i lavoratori e truffano lo Stato*, in [www.it.business.com](http://www.it.business.com) del 30 maggio 2020.

<sup>30</sup> M. DE PAOLA, *Così il Covid-19 cambia le università*, ne [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info) del 20 maggio 2020.

<sup>31</sup> G. AGAMBEN, *Biosicurezza e politica*, [www.quodlibet.it](http://www.quodlibet.it), 11 maggio 2020; più specificamente *Requiem per gli studenti*, in [www.iisf.it](http://www.iisf.it) del 22 maggio 2020. Ma v. anche L. SESTA, *Agamben e l'anti-pensiero delle analogie chic*, in [www.sfero.me](http://www.sfero.me) del 24 maggio 20.

Da un'indagine (*survey*) della Cgil/Fondazione Giuseppe di Vittorio, resa nota il 18 maggio, sullo sw nel privato e nel pubblico (circa 6000 lavoratori) emerge un altro dato interessante sul modo in cui si è attivato lo sw in periodo Covid: 37% concordato, 36% unilaterale, 27% con intervento del sindacato.

In questa stessa indagine lo SW emergenziale viene poi valutato dai lavoratori come: più produttivo (84%), ma più complicato, pesante, stressante, alienante. Il 60% dice che l'esperienza va comunque portata avanti.

Si capiscono allora anche coloro che, autorevolmente, si adoperano per governare il passaggio da "cambiamento improvviso a rivoluzione permanente"<sup>32</sup>. Però va tenuto conto di una utile avvertenza: le pandemie non introducono novità, ma accelerano processi<sup>33</sup>.

A tal proposito – tornando in casa mia – la dottrina giuslavoristica ha provato e prova a guardare allo sw vero e proprio (cioè quello introdotto dalla legge del 2017) come paradigma di un nuovo contratto di lavoro ad alto contenuto cognitivo e collaborativo<sup>34</sup>. Il fulcro di questo istituto sarebbe costituito da accordo individuale e lavoro per obiettivi (identificato semplicisticamente con la meritocrazia). Questo avrebbe un impatto sulla fattispecie classica prevista dall'art. 2094 c.c.<sup>35</sup>. Emergerebbero con nettezza tracce di autonomia nel lavoro subordinato<sup>36</sup>. Dal punto di vista gestionale emerge pure un ribaltamento di concezioni: è possibile, addirittura preferibile, raggiungere risultati lavorando nella *comfort zone*<sup>37</sup>.

Però, come abbiamo visto, l'hw non è lo sw su cui si sono appuntate tante speranze. Dopo la recente esperienza massiva dell'hw è a questo che occorre guardare per avere un quadro realistico del fenomeno da regolare. Si adombra così un'altra domanda un po' inquietante: se la recente accelerazione avesse

<sup>32</sup> Ministro Dadone sul sito di Funzione Pubblica. V. anche l'intervista a *la Repubblica* del 29 maggio 2020.

<sup>33</sup> V. LO STORTO, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020; anche F. STARACE, cit.

<sup>34</sup> A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018; B. CARUSO, *op.cit.* Nel lavoro pubblico v. R. CASILLO, M. TUFO, *Il lavoro agile*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, spec. 208.

<sup>35</sup> R. PESSI, cit.

<sup>36</sup> E. ALES, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo: un primo commento*, in *Mass. giur. lav.*, 2020; A. LEVI, *Il lavoro agile nel processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. giur. dir.*, 2019, I, 25 ss.; G. GENTILE, *op. cit.* Anche io ne ero stato suggestionato addirittura prima della l. 81/2017: v. L. ZOPPOLI, *Emancipazione e biodiversità nel diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Milano, 2016, 476.

<sup>37</sup> V. LO STORTO, cit.

riportato lo sw, nuovo di zecca e dalle tante virtù, nel vecchio alveo del *teleworking sub specie* dell'ancor più vecchio *homeworking*<sup>38</sup>?

Insomma, oggi come ieri le prospettive che apre lo sw sono interessanti, ma forse sono più di ieri dense di rischi e illusioni per tutti: lavoratori, cittadini, amministrazioni e studiosi<sup>39</sup>. Proviamo a ripartire con i piedi ben saldi per terra. Senza rinunciare a valorizzare le potenzialità interessanti. E senza dimenticare che spesso la storia ha premiato chi per primo “si è messo a riflettere in maniera sistematica sul provvisorio”<sup>40</sup>.

### 3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni?

Una possibile riflessione sistematica prende avvio dal collegare lo *smartworking* ai processi di digitalizzazione dei servizi pubblici. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è in effetti un processo faticoso, iniziato da tempo, molto opportuno, ma non sempre positivo per il cittadino utente. Ora c'è da immaginare che possa andare avanti di pari passo con un crescente processo di remotizzazione del lavoro.

C'è però da avere ben presente che finora, se può aver consentito qualche risultato in termini di modernizzazione strutturale e risparmi di costi, ha presentato

---

<sup>38</sup> Da non trascurare, anche rispetto a quanto si è detto nel paragrafo precedente, che il 4 maggio in Italia oltre il 70% degli *smart workers* tornati al lavoro sono uomini: DI SALVO, *Lavoro agile e flessibilità, una vera novità ma il salario è ancora legato alla presenza*, ne *il Dubbio* del 30 maggio 2020. V. anche, su un altro piano, le interessanti riflessioni di R. GABRIEL, *Smart working? Attenti alle ciabatte dell'anima*, in *www.avvenire.it*, 27 maggio 2020.

<sup>39</sup> In merito vorrei precisare che personalmente, anche dopo la digi-demia, sono favorevole alla più ampia diffusione dell'uso del digitale per i suoi effetti benefici su: vivere collettivo, lavoratori e imprese. Però, pur giovandomi delle visioni e degli spunti che contengono, ho difficoltà ad accettare le prospettazioni trionfalistiche di studiosi autorevolissimi, ma troppo dominati da un entusiasmo che appanna il pensiero critico (*win-win* si dice in modo più *appealing*: ma c'è mai stata una storia senza alcun perdente?). Tra questi Domenico De Masi che, con la sua dialettica brillante e provocatoria, ha di recente (conclusioni al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020) ripreso la tesi secondo cui tutti i lavoratori sarebbero favorevoli al lavoro da remoto, mentre a contrastarlo sarebbero gli 800.000 capi affetti dalla sindrome di Clinton (*id est*, possesso fisico del dipendente). I secondi godrebbero dell'appoggio incondizionato di giuristi e sindacalisti. Io non mi annovero tra questi, ma rivendico il dovere dello studioso di guardare tanto le luci quanto le ombre anche delle più appassionanti innovazioni. Forse anche perché nel dna del giurista è inscritta una qualche “prudenza” di cui il sociologo può fare a meno, ma forse i lavoratori no (lo stesso De Masi rileva, ad esempio, che la digitalizzazione aumenta le disuguaglianze tra lavori creativi e lavori ripetitivi).

<sup>40</sup> U. ROMAGNOLI, *I 50 anni dello Statuto dei lavoratori*, in *www.insight.it* del maggio 2020.

molti problemi sul versante dell'efficacia dei servizi forniti. Molti *call center* funzionano male e innescano una peregrinazione telefonica non sempre *problem solving*. Voci autorevoli segnalano il “labirinto dello spid”<sup>41</sup>. La digitalizzazione non elimina i moduli, ma ne favorisce la proliferazione in formato pdf. Se anche si volessero annoverare queste vicende tra gli indizi poco probanti, nei dati sul processo di digitalizzazione utilizzati in sedi europee e nazionali (a cominciare dall'AGID) non si possono ignorare i valori bassi per l'Italia del c.d. *penetration index*, che è l'indicatore con cui si misura quanto il processo di digitalizzazione si traduca in un accesso diffuso dell'utenza ai servizi amministrativi<sup>42</sup>.

Non stupisce allora una certa continuità tra questi dati preoccupanti e i servizi da remoto resi con qualche problematicità nella fase pandemica. Emblematico il flop INPS nella partenza del bonus per i lavoratori autonomi con creazione addirittura di siti di depistaggio degli utenti (a specchio?). Ma anche la moltiplicazione di moduli informatici e di barriere filtro a tutela delle burocrazie digitali o anche solo della tracciabilità delle attività svolte (in alcune scuole, ad esempio, i genitori per incontrare i professori hanno dovuto cercare, scaricare e inviare un modulo informatizzato prima di avere un appuntamento da remoto). O gli esiti catastrofici nei tempi di erogazione delle prestazioni nel caso di omissione o dimenticanza di dati negli atti formali di avvio di procedimenti amministrativi delicatissimi (esempio eclatante: richieste cig senza IBAN dei beneficiari)

Non mancano però, come sempre, prassi positive, idee propositive, buone intenzioni: amministrazioni della sanità in Veneto che hanno condiviso i servizi amministrativi da remoto per ottimizzare tempi e modalità degli interventi; un certo ampliamento dei destinatari della didattica attraverso la dad (soprattutto universitaria); possibilità di lavorare preventivamente sul *digital divide*, anche offrendo formazione/consulenza a distanza per l'utenza in maggiore difficoltà e intervenire a monte su chi sbaglia gli atti di avvio delle pratiche amministrative<sup>43</sup>.

Guardando all'attività svolta dalle amministrazioni piuttosto che a tipologia e regole dei rapporti di lavoro, appare anche molto utile distinguere le diverse realistiche possibilità offerte dalla digitalizzazione. Talora il lavoro in presenza

<sup>41</sup> Riccardo Luna ha affermato: “quando uso uno spid mi pare di essere finito in un labirinto”: in D. DE MASI, *Lo Stato necessario*, Rizzoli, 2020, 434.

<sup>42</sup> Per maggiori dettagli v. L. ZOPPOLI, P. MONDA, cit., spec. par. 3. In precedenza, per qualche spunto, A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University press, 2018, 360 ss. Da ultimo R. LUNA, *La disfatta digitale dell'Italia e come rimontare*, in *www.repubblica.it* del 12 giugno 2020.

<sup>43</sup> Tutte segnalate da Matteini in un bell'intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

è insostituibile. Altre volte è possibile far ricorso persino al *full remote working* tramite telelavoro, magari non a domicilio ma, come prevedeva già la direttiva della Funzione Pubblica 3/2017, in *coworking* presso sedi comuni a più amministrazioni (nel privato, ad esempio, si pensa di remotizzare anche il lavoro dei cassieri). In altri casi può funzionare l'*homeworking* proprio nella versione del vecchio telelavoro a domicilio. In particolare in caso di lavoratori *single* che abitano molto lontano dagli uffici di appartenenza, ma svolgono unicamente attività di *back office* interamente remotizzabili. Nemmeno è da escludere che il telelavoro possa servire per acquisire prestazioni remotizzabili in particolari fasi della vita dei lavoratori (ultimo triennio di attività) o in particolari circostanze (di salute; di necessaria prolungata presenza in casa per cura bambini o anziani; di difficoltà nei trasporti). Infine ci possono essere molti casi in cui le attività appaiono affrontabili con lo *smart work* vero e proprio, cioè il lavoro agile della l. 81/2017, caratterizzato da un'alternanza nella presenza in sede – magari con prevalenza delle giornate fuori sede – e prestazioni lavorative misurate senza riguardo alcuno alle ore di lavoro, ma con unico riferimento al risultato seppure *time-related*. Nemmeno da sottovalutare è l'utilità che può venire da un ricorso alla telematica, apparentemente più modesto, per attività classiche di incontri che si possono svolgere da remoto, ma utilizzando le solite sedi fisiche e collegando lavoratori classicamente subordinati: notevoli sono i risparmi così realizzabili in costi e tempi per missioni e organizzazioni.

In generale ci si chiede su quale leva principale le amministrazioni possano contare per avvicinarsi al nuovo universo digitale senza dimenticare le difficoltà ad abbandonare ciò che appartiene al “vecchio” mondo analogico o, più banalmente, fisico. Si tratta di due “dimensioni” inscindibili, soprattutto nei servizi che le amministrazioni devono rendere ai cittadini, dove la dimensione della “persona” non può certo trasmigrare in quella di una sorta di “avatar” digitale. Ma anche nelle dinamiche organizzative il c.d. “vecchio” – in cui ci sono prestazioni fondamentali per il vivere civile anche oltre la sanità e l'istruzione, come il servizio di raccolta dei rifiuti, il giardinaggio, la manutenzione delle strade – non può essere abbandonato a sè stesso e nemmeno marginalizzato. Nel “vecchio” ci sono poi le infinite opportunità delle relazioni interpersonali – oggi denominate *soft-skill* – senza le quali le pubbliche amministrazioni – necessariamente *labour intensive* per le missioni da svolgere – entrerebbero in enormi difficoltà.

A questa domanda generale è abbastanza facile dare una prima risposta generale. Si tratta di una risposta ben nota in teoria, e prevista da tutta la legislazione degli ultimi vent'anni (dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 fino al d.l. 34/2020, per il telelavoro come per l'hw pandemico nelle sue varie fasi), ma molto complessa da praticare. Si tratta di intrecciare tutte le nuove modalità organizzative di attività e lavoro con i più moderni sistemi di gestione delle amministrazioni non per atti,

ma per risultati<sup>44</sup>. Non c'entra moltissimo il tema del contratto e del rapporto di lavoro. Si tratta piuttosto di far funzionare al meglio gli strumenti di programmazione e gestione delle amministrazioni che sono emersi già negli ultimi dieci anni. Piani di digitalizzazione e sistema delle performance devono essere potenziati e calati in ogni realtà amministrativa, arricchendo gli indicatori di risultato con elementi che consentano di far emergere le ricadute positive sull'utenza. Perché un problema si staglia su tutti: l'utenza rischia di essere una vittima della digitalizzazione delle amministrazioni come della remotizzazione del lavoro pubblico<sup>45</sup>. E l'utenza siamo tutti noi, anche nella qualità di dipendenti pubblici.

Al riguardo però è estremamente importante andare verso un sistema di valutazione delle *performance* e dei risultati del lavoro lontano da ogni approccio di tipo meramente burocratico. Non si tratta di stilare relazioni giornaliera sull'attività svolta (che è solo un appesantimento burocratico del lavoro quotidiano) né di controllare rigidamente rispetto degli orari e presenze<sup>46</sup>: occorre andare molto oltre, facendo fare passi da gigante alla micro-organizzazione del lavoro in amministrazioni pubbliche ancora affette, da un lato, da "primitivismo organizzativo", e, dall'altro, da subalternità ad una classe politica che quasi sempre ignora l'efficacia *permanente* dell'azione amministrativa, lontana dalle luci dei riflettori e dalle scadenze elettorali<sup>47</sup>. Sotto questa prospettiva la remotizzazione del lavoro potrebbe essere un'occasione interessante anche per venir fuori dall'ideologia della meritocrazia generalizzata, intesa come assegnazione e misurazione di obiettivi per tutti i dipendenti. Questa è sostanzialmente irrealizzabile e finisce per catalizzare attenzioni ed energie intorno ad una piccola porzione di salario variabile da distribuire in base ad un sistema di valutazione tanto poderoso quanto elefantiaco e cartaceo. Piuttosto la valutazione delle *performance* individuali (lasciando per ora da parte nel nostro discorso quella delle "strutture" o "organizzativa") potrebbe essere tarata soprattutto sui risultati seriamente conseguiti dai dirigenti pubblici – la cui funzione è da sempre cruciale in un'amministrazione orientata al risultato<sup>48</sup> – e dai dipendenti in *teleworking*, nella varia morfologia con cui può essere realizzato. Per questi soggetti dovrebbe anche mutare sensibilmente la filosofia retributiva, pur

---

<sup>44</sup> V. ancora L. ZOPPOLI, P. MONDA, cit., par. 2.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> Questi i giusti rilievi del Presidente dell'Aran, Antonio Naddeo, nell'intervento all'incontro su *Quale smartworking per il lavoro pubblico?*, organizzato dalla Cgil il 27 maggio 2020.

<sup>47</sup> Da ultimo v. S. CASSESE, *Odiata burocrazia*, ne *Il Foglio* del 26 maggio 2020.

<sup>48</sup> V., per tutti, l'analisi, anche in chiave storica, di A. GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 6/2003.

tenendo conto delle necessarie varianti delle prestazioni lavorative<sup>49</sup>. In tale prospettiva sarebbe anche possibile mettere a punto sia sistemi valutativi più specifici e realistici sia sistemi di controllo differenziati e calibrati sulle peculiarità dei diversi rapporti di lavoro.

#### 4. Il sistema delle fonti (dalla legge 16 giugno 1998, n. 191, all'art. 263 del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale

Per affrontare molti altri problemi di regolazione, ma anche di gestione, occorre poi individuare prioritariamente fonti e soggetti più idonei ad agire sistematicamente. In termini tecnici questo vuol dire ragionare sulla funzionalità del sistema delle fonti, che non è un'ossessione da dogmatici del diritto, ma la pre-determinazione di un ordine in cui ai soggetti più idonei – per poteri, responsabilità, competenze e rappresentatività – a regolare un determinato profilo corrispondono la procedura e la tecnica più adatte a produrre norme per l'organizzazione e il lavoro che coniughino garanzie dei diritti e duttilità dell'organizzazione.

Il sistema delle fonti del lavoro pubblico è ricco e complesso, ma anche piuttosto strutturato<sup>50</sup>: si tratta di non ingarbugliarlo più del necessario.

Converrebbe tenere distinte le tre principali tipologie di *remote working* emerse negli anni: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro con finalità emergenziali.

Per ognuna di esse le fonti risultano ora parzialmente diverse, anche se per la regolazione del lavoro pubblico tutte vanno tendenzialmente ricondotte al quadro del d.lgs. 165/2001, che rimane il sistema di riferimento.

In sintesi può dirsi che il telelavoro è più retto da un insieme normativo fatto di leggi e contratti collettivi<sup>51</sup>.

Lo sw vero e proprio è un mix di legge e accordo individuale, con aperture a codici di comportamento, disciplinari per atti individuali, anche moduli sindacali decentrati; la legge non esclude la contrattazione collettiva, ma l'ultima tornata contrattuale del 2018 ha sostanzialmente ignorato l'istituto<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Qui ha ragione DI SALVO, cit.: finché la retribuzione è concepita sulla presenza fisica in sede, non si incentiverà abbastanza il teleworking.

<sup>50</sup> V., da ultimo, L. ZOPPOLI, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e assestamenti*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2020.

<sup>51</sup> Da ultimo v. A. TAMPIERI, *Telelavoro e lavoro agile*, in L. FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Milano, 2020, 682 ss.

<sup>52</sup> *Ibid.*

L'hw con finalità emergenziale, come si è visto, è invece regolato da un accavallamento di legislazione d'urgenza, regolamenti, circolari, protocolli: un insieme normativo non organico, ma configurato come largamente derogatorio della normativa generale e destinato ad esaurire i suoi effetti al termine di un'emergenza dai contorni ancora indefiniti, ma che, per ora, sembra protrarsi oltre la fase dell'emergenza sanitaria in senso stretto (l'art. 90, comma 4, prevede infatti per lo sw emergenziale il termine del 31 dicembre 2020). Durante questo periodo la contrattazione vera e propria appare marginalizzata, anche per ragioni contingenti di accelerazione e semplificazione.

Le principali questioni sembrano riguardare: a) il definitivo superamento dell'hw emergenziale, identificato con la brutta esperienza della digi-demia da lasciarsi quanto prima alle spalle; b) il ritorno ad una centralità del lavoro agile, come unico veicolo di vera innovazione capace di conciliare le originarie finalità (*work-life balance* e produttività/competitività).

A me pare però che in questo modo si rischia di non valorizzare gli aspetti positivi della grande, seppur drammatica, sperimentazione di teleworking fatta nelle amministrazioni italiane nella allucinata primavera del 2020. Il nodo sta, a mio parere, nel rendersi conto che proprio il precedente sistema regolativo – polarizzato tra telelavoro troppo regolato e lavoro agile troppo anomalo, almeno nel contesto del lavoro pubblico – non aveva consentito complessivi avanzamenti di sistema dotati di una qualche significatività. E si corre anche un altro rischio: di non condurre a sistema la possibilità di ricorso al *teleworking* in chiave emergenziale. Infatti non si deve pensare unicamente ad un'emergenza da pandemia – così insolita e profonda – ma anche ad altre possibili situazioni emergenziali (magari più circoscritte per spazio e tempo: prima si è parlato della tragedia ligure del ponte Morandi; ma nessuno può escluderne altre, ora imprevedibili) che potrebbero richiedere un ricorso in via d'urgenza alla remotizzazione del lavoro senza poter rispettare sacrosante procedure contrattuali o sindacali. Tutte le varie esigenze possono trovare adeguata collocazione in una rivisitazione del sistema delle fonti equilibrato, che faccia pienamente tesoro della drammatica sperimentazione dei primi mesi del 2020.

Più che un ritorno al recente e poco fecondo passato, sarebbe dunque auspicabile un riordino del sistema delle fonti per tutte le forme di *teleworking* nelle pubbliche amministrazioni, da inserire in uno scenario più attrezzato ad una realistica gestione per risultati. In questa prospettiva potrebbero risultare fondamentali sia alcune maggiori garanzie generali previste per legge sia una maggiore ponderazione di spazi e procedure per acquisire un ampio consenso dei lavoratori e dei sindacati intorno alle necessarie innovazioni organizzative e contrattuali.

La legge potrebbe ad esempio prevedere fisiologicamente la possibilità di ricorrere in via unilaterale al telelavoro per ragioni emergenziali espressamente e

temporaneamente dichiarate dalle autorità competenti, fissando però un termine massimo, ad esempio tre/sei mesi, oltre il quale le pubbliche amministrazioni devono riattivare tutte le procedure negoziali individuali e collettive riguardanti il *teleworking* non emergenziale. Con legge si potrebbe anche definire meglio un generale diritto universale alla disconnessione per ogni tipologia di *teleworker*, magari consentendo una disciplina suppletiva da parte della contrattazione nazionale.

Per il telelavoro classico – basato su un mero consenso del lavoratore – si potrebbe pensare ad una disciplina contrattuale più snella rispetto a quella prevista quasi vent'anni fa: soprattutto per evitare che il lavoro agile appaia più un *escamotage* per sottrarsi alla contrattazione collettiva che una modalità ordinaria, moderna e innovativa di organizzare e gestire il lavoro pubblico.

Per il lavoro agile, di converso, si può recuperare e promuovere uno spazio per la contrattazione collettiva sulla falsariga del telelavoro, pur sapendo che nella natura del lavoro agile c'è una regolamentazione non standardizzata che richiede necessariamente una disciplina a livello della singola amministrazione e, addirittura, tarata sulle situazioni soggettive individuali.

A quest'ultimo riguardo il vero e proprio accordo individuale è da riconsiderare soprattutto perché non dà sufficienti garanzie di tenere conto in concreto delle esigenze sociali oggettivamente più cedevoli rispetto alle urgenze della produttività o degli adattamenti organizzativi (tutela dei lavoratori con particolari carichi familiari, ad esempio). Può persino nasconderle dietro un passaggio formale o standardizzato<sup>53</sup>. La recente riscoperta del lavoro produttivo anche se prestato nella c.d. *comfort zone* può essere infatti un boomerang, lasciando, *more solito*, le lavoratrici sole con il problema di conciliare le diverse esigenze. Invece l'accordo individuale può essere utile per far cadere l'omologazione delle condizioni di lavoro: la personalizzazione di tali condizioni, se non viene praticata in modo irrazionale e sperequativo, è un prezioso elemento di civiltà, un segnale di grande evoluzione civile e organizzativa<sup>54</sup>.

Secondo qualcuno il punto di equilibrio potrebbe essere un accordo individuale non solo nella fase genetica del contratto ma anche nell'esecuzione del contratto<sup>55</sup>. Non mi pare molto realistico. Forse si può pensare a qualcosa di più praticabile (v. ultimo paragrafo).

Per l'hw emergenziale può comprendersi invece che si faccia a meno dell'accordo individuale e magari si abbia una regolamentazione collettiva molto snella.

---

<sup>53</sup> A. TINTI, *op.cit.*

<sup>54</sup> M. CORSO, *cit.*

<sup>55</sup> B. CARUSO, *cit.*

Però andrebbero definiti meglio i diritti dei lavoratori irrinunciabili come le situazioni in cui non è proprio possibile utilizzare hw. Prevedendo forse non l'esenzione dal servizio, ma qualche istituto di mobilità temporanea; distacco presso altra amministrazione; *ius variandi* con formazione a distanza; collocamento in attività di formazione in remoto per pacchetti individuati dal datore di lavoro (per quest'ultima v. il protocollo del 3 aprile 2020): insomma istituti che consentano di acquisire utilmente la prestazione senza sacrificare alcun elemento retributivo.

Magari, ponendo un limite massimo alla situazione di emergenza, si può anche riconsiderare la permanenza presso l'amministrazione che non è in grado di utilizzare la prestazione non remotizzabile nel periodo definito.

In ogni caso l'esenzione dal servizio si configura come un istituto introdotto dal legislatore emergenziale con applicabilità limitata al lavoro pubblico: alla luce della regola di delegificazione organica prevista dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165/2001 le relative norme possono essere derogate dalla contrattazione collettiva nelle materie affidate alla medesima contrattazione (sicuramente la retribuzione).

Una specifica riflessione andrebbe dedicata all'art. 263 del d.l. 34/2020, norma già citata proprio all'inizio di questa riflessione, e pomposamente rubricata "disposizioni in materia di flessibilità del lavoro pubblico e lavoro agile". L'art. 263, nel promuovere la c.d. fase 2 per il ritorno alla normalità post-covid, prevede che le amministrazioni adeguino le misure di cui all'art. 87, comma 1, lett. a) del d.l. 18/2020 – cioè proprio quelle volte a limitare la presenza del personale nei luoghi di lavoro garantendo le attività indifferibili – alle esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici pubblici e dell'utenza. A tal fine la norma impone alle amministrazioni di organizzare "il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendo l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza". La medesima norma rinvia poi, alquanto genericamente, a "ulteriori modalità organizzative ... individuate con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione"; e invita le amministrazioni ad assicurare adeguate forme di aggiornamento professionale della dirigenza, precisando che l'attuazione di tutte le misure previste dal medesimo art. 263 è valutata "ai fini della performance".

Nella sostanza questa norma appare l'equivalente di una generica norma di indirizzo della Funzione pubblica. Anche se in qualche passaggio potrebbe prefigurare l'attribuzione di poteri regolativi unilaterali alle amministrazioni per incidere su flessibilità dell'orario di lavoro, articolazione dell'orario giornaliero e settimanale e teleworking, il tenore normativo è davvero troppo vago per trarne delle conseguenze interpretative specifiche. Sarei perciò dell'avviso di non darvi un peso tale da incidere sul sistema delle fonti dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione quale

risulta dalla versione vigente del d.lgs. 165/2001 e dai contratti collettivi, aggiornati nel 2018 o, più recentemente, dagli accordi stipulati in sede decentrata.

L'unica disposizione dell'art. 263 con un qualche tenore precettivo sembra dunque il comma 2, che impone "alle amministrazioni di cui al comma 1" (cioè a tutte le amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle con autonomia costituzionalmente tutelata) di adeguarsi "alle vigenti prescrizioni in materia di tutela della salute adottate dalle competenti autorità". Anche se questo induce a configurare una sorta di *reductio ad unum* degli interessi pubblici che ciascuna amministrazione ha il compito istituzionale di perseguire, sempre e comunque da subordinare alle regole dettate da chi presidia la tutela della salute pubblica. Questa forte restrizione dell'autonomia, anche micro-organizzativa, delle amministrazioni può comprendersi in fase emergenziale: e perciò anche il comma 2 dell'art. 263 va letto come strettamente connesso alla permanenza dello stato di emergenza sanitaria. Oltre questa fase, l'art. 263 praticamente non sembra destinato ad avere alcuna incidenza sul sistema delle fonti del lavoro pubblico.

##### **5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza**

Un'altra tematica sarebbe ora da analizzare attentamente: per la varia morfologia di teleworking occorrono nuove regole? E, nel caso, riguardo a quale ambito materiale, a quali istituti? A volerlo sviluppare per intero il discorso andrebbe molto per le lunghe e sconfinerebbe troppo nella fantasia regolativa soggettiva. È evidente che il se e il cosa regolare è anche in funzione del sistema delle fonti cui prima si è accennato.

Limitandosi ora ad alcuni istituti più discussi – e tralasciando l'ampia tematica retributiva, alla quale già si è fatto un cenno, ma che richiederebbe grande dettaglio – uno dei primi è certamente quello del controllo sulla prestazione lavorativa, che inquieta particolarmente nella dimensione da remoto. Proprio a questo riguardo però si può dire che il potere di controllo è abbastanza ben regolato sia per il telelavoro sia per il classico lavoro agile. Per il secondo va tenuto presente che la tematica del controllo si ridimensiona quando si tratti di vero e proprio lavoro agile, dove, da un lato, il lavoratore torna periodicamente in sede e, dall'altro, non c'è una postazione fissa da remoto presso cui verificare la regolarità della prestazione<sup>56</sup>. Come si è detto, dovrebbe contare molto di più

---

<sup>56</sup> V. A. ZILLI, cit., 378, anche per rinvii a previsioni dei CCNL.

l'obiettivo/risultato da realizzare: e questo attiene alla specifica organizzazione del lavoro. Probabilmente servirebbe aggiungere qualche dettaglio significativo in ordine alla reperibilità fisica del lavoratore, ai tempi di rientro in sede (è ammissibile la scelta discrezionale di qualunque luogo da remoto, anche intercontinentale?), a tempi e modi di verifica della rispondenza del risultato alle esigenze dell'ufficio. Ovviamente non è materia di norme di legge, bensì di contrattazione collettiva o, anche, individuale.

In ogni caso il potere di controllo deve rientrare sotto la regolazione dell'art. 4 Stat. lav. Certo se, come spesso è accaduto nell'hw del periodo Covid, il dispositivo digitale è di proprietà del lavoratore, quella normativa – incentrata sugli strumenti tecnologici forniti dal datore, comprensivi dei più sofisticati *software*, e necessari per lo svolgimento della prestazione<sup>57</sup> – può andare in confusione, pur restando la necessità di prevedere ampie garanzie sui dati utilizzati per l'attività svolta per entrambe le parti (ci vanno di mezzo i dati sensibili anche degli utenti).

Per l'hw pandemico, più stanziale, il controllo potrebbe comunque assumere caratteristiche simili a quelle previste per il telelavoro, più strutturato e comprensivo di controlli *in loco* sulle apparecchiature, laddove particolari apparecchiature fossero fornite dall'amministrazione.

Ovviamente oggetto del controllo nelle varie forme di teleworking può anche essere il rispetto dell'orario di lavoro, laddove resti significativa la dimensione classica della durata della prestazione giornaliera o settimanale. Inutile illudersi: non sempre è pensabile che si possa superare tutto quanto appartiene al passato. Però anche qui orario di lavoro e fasce orarie potrebbero essere oggetto di una disciplina contrattuale più calibrata. Oggi la contrattazione collettiva nazionale non interviene; ma potrebbe intervenire, ad esempio per l'individuazione delle fasce orarie di entrata ed uscita, anche a livello di contrattazione integrativa (v., ad esempio, art. 7, commi 6, lett. o, e 7 del CCNL Funzioni centrali), laddove evidentemente la nozione di fascia oraria andrebbe rapportata alla peculiarità della prestazione resa da remoto.

Al riguardo è di tutta evidenza l'importanza del diritto alla disconnessione, espressamente riconosciuto ai lavoratori agili in base all'art. 19 della l. 81/2017, ma rimesso all'accordo individuale che dovrebbe individuare “le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”. Si è messo da più parti in rilievo il limite soggettivo ed oggettivo di questa norma, segnalando-

---

<sup>57</sup> V., per tutti, V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Napoli, 2018, 142 ss., spec. 166 ss. per il lavoro agile.

ne anche l'utilità di un'integrazione ad opera della contrattazione collettiva<sup>58</sup>. Sinora però nel lavoro pubblico si registra solo qualche fugace accenno nei contratti nazionali stipulati nel 2018<sup>59</sup>. Al riguardo un ruolo maggiore potrebbe giocare la legge, sia esplicitando la rilevanza del diritto alla disconnessione *sub specie* di tutela della *privacy* del lavoratore, che assurge a primario valore inerente alla dignità della persona ben al di là della fattispecie del lavoro agile; sia dettando una disciplina suppletiva che giunga a definire fasce orarie giornaliere oltre le quali è vietato dilatare la prestazione in teleworking e/o un massimo di ore di connessione giornaliere. Inoltre va considerato che alcune prestazioni, soprattutto nel pubblico, devono erogarsi in modo collegiale e possono risultare dilatate proprio dalle modalità di gestione telematica delle riunioni, opportune<sup>60</sup>, ma rischiose. In questi casi occorrerebbe la garanzia di compatibilità tra mantenimento del numero legale per la validità di riunioni collegiali formali ed esercizio del diritto alla disconnessione dei singoli. Ad esempio consentendo una preventiva, circostanziata e non vessatoria rinuncia *ad hoc* del diritto alla disconnessione almeno da parte di una percentuale dei soggetti interessati.

Altra dimensione importante da regolare attraverso una contrattazione collettiva specifica per ciascuna variante di teleworking può essere la delicatissima tematica delle classificazioni professionali e della formazione. Quanto alla prima, già negli attuali contratti collettivi vi sono materie che consentirebbero una regolazione più mirata, ad esempio sui riflessi delle innovazioni organizzative sulla qualità del lavoro e delle professionalità, nei quali potrebbero rientrare anche i criteri per le progressioni (art. 7, lett. V, del CCNL delle Funzioni centrali). È ovvio che, se si guarda alla normativa esistente, gli spazi appaiono angusti e anche asfittici. Si potrebbe pensare a ben altra valorizzazione delle professionalità, specie di quelle altamente specialistiche, fornite di particolari competenze nell'utilizzazione anche delle tecnologie digitali e delle prestazioni di tipo consulenziale non predeterminabili e ad alta valenza innovativa. Non sempre al riguardo è utile restare nei classici sistemi di inquadramento.

---

<sup>58</sup> V., da ultimi, V. ZEPPI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, 313 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, 154 ss.

<sup>59</sup> V. il CCNL Istruzione e ricerca: art. 22, comma 4, lett. c8), per la scuola, e art. 97, comma 3, lett. b6), per istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione, che rimettono la materia alla contrattazione di ciascuna istituzione.

<sup>60</sup> V. le osservazioni di F. STARACE, cit.

Importantissima è anche la formazione, specie con finalità mirate di *reskilling*, che può essere materia di relazioni sindacali a livello decentrato. Utile però potrebbe anche essere porre dei confini con normative di indirizzo di livello più elevato: ad esempio, fissando criteri e limiti ad operazioni di *job enrichment* per il *teleworking* di tipo emergenziale, che possono essere utili per ampliare una temporanea mobilità orizzontale del lavoratore, ma anche incentivare operazioni di stravolgimento delle professionalità o, semplicemente, irrealizzabili; oppure possono fondare pretestuose rivendicazioni post-emergenziali<sup>61</sup>.

Pure le tematiche della sicurezza del lavoro, benché oggetto di specifica regolazione anche legislativa<sup>62</sup>, meriterebbe probabilmente una rimediazione tarata sulle varia morfologia di *teleworking*.

## 6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti

Un altro degli effetti delle digi-demia è un fiorire di idee e proposte proprio riguardo a nuovi assetti regolativi dello sw. Molti sono i percorsi e i punti di vista, non sempre tarati sulla varietà e sulle differenze nella tipologia di *teleworking*, anche profonde, come si è visto.

Da non trascurare sono invero le tracce contenute nella c.d. Direttiva Madia n. 3/2017, che ancora oggi propone il quadro più articolato sullo sw “genuino”: molti atti di organizzazione, unilaterali (come i codici di condotta delle amministrazioni o i disciplinari per contratti e accordi individuali), ma anche con aperture alla partecipazione sindacale. Quella direttiva non escludeva neanche la contrattazione su: attività ammesse a lavoro agile; criteri di preferenza per ammissione a lavoro agile; fasce di contattabilità; criteri per verificare attività resa a distanza (lett. C). Più rigida appare invece la direttiva Madia sulla tematica dell’orario di lavoro<sup>63</sup>. Tuttavia essa non sembra aver avuto un gran seguito e, inoltre, non si presta ad abbracciare tutta l’esperienza di *teleworking* vissuta negli ultimi mesi.

<sup>61</sup> Un utile esempio è quello del *reskilling* degli autisti in periodo di *lockdown*, che può essere praticabile (ad esempio riutilizzando in attività di assistenza organizzativa da remoto chi parte da un minimo di competenze e di vocazione), ma anche del tutto irrealizzabile.

<sup>62</sup> V.R. CASILLO, M. TUFO, cit.; C. SPINELLI, cit.

<sup>63</sup> C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, spec. 132 e 138.

Perciò interessanti appaiono le sollecitazioni di chi vede la necessità di nuovi interventi della contrattazione nazionale (Landini<sup>64</sup>, Sbarra<sup>65</sup>, Naddeo<sup>66</sup>) o decentrata (Bentivogli<sup>67</sup>, anche se soprattutto per il settore privato). Non mancano pareri secondo cui meglio, almeno per ora, sarebbe non appesantire in alcun modo la normativa in materia (Del Conte<sup>68</sup>, Martone<sup>69</sup>) oppure limitarsi a una disciplina leggera tramite protocolli (Matteini<sup>70</sup>). Per converso si sostiene autorevolmente la necessità di una disciplina legislativa almeno del diritto alla disconnessione (Ministro del lavoro Catalfo).

Come ho già detto, ritengo molto importante differenziare tutele e risistemazioni regolative per tipologie di *remote working*, nel rispetto del sistema delle fonti vigente per il lavoro pubblico.

Alcune modalità, come il telelavoro appaiono già ben regolate. Per l'hw emergenziale occorre forse avvicinarne la regolazione al telelavoro. Per lo sw vero e proprio probabilmente è utile recuperare la funzione dell'accordo individuale, come snodo cruciale per equilibrare esigenze organizzative e *work-life balance*.

Proprio a quest'ultimo riguardo la digi-demia, come si è visto, ha fatto risaltare la necessità di maggiori garanzie sulla genuinità delle pattuizioni individuali. Il disciplinare di amministrazione – previsto dalla direttiva Madia – non sembra una garanzia sufficiente, non foss'altro che per la sua natura standardizzante.

Al di là dei percorsi contrattuali, potrebbe qui essere utile un maggiore coinvolgimento dei Comitati paritetici per l'organizzazione previsti dai CCNL 2018 (già in tema di telelavoro) e dei Comitati unici di garanzia (Cug), che hanno delle specifiche competenze proprio in materia di conciliazione lavoro/vita privata.

Vi è chi rileva che l'intervento dell'uno esclude quello dell'altro<sup>71</sup>.

A me pare che innanzitutto occorrerebbe verificare la vitalità di entrambi gli organismi, spesso non costituiti o poco operativi. Se in passato poche erano

---

<sup>64</sup> V. intervista a *la Repubblica* del 18 maggio 2020.

<sup>65</sup> Ne il dubbio del 27 maggio 2020.

<sup>66</sup> Nell'intervento citato.

<sup>67</sup> V. *la Repubblica* del 3 maggio 2020.

<sup>68</sup> M. DEL CONTE, *E adesso proteggiamo lo smart working dall'iper-regolamentazione*, ne *ildiariodel-lavoro.it* del 14 maggio 2020.

<sup>69</sup> M. MARTONE, intervento *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.

<sup>70</sup> Nell'intervento citato.

<sup>71</sup> A. TAMPIERI, *op.cit.* Sembra propendere per la contrattazione decentrata M. BROLLO, cit., 128. Più incline ad immaginare un mix armonico A. ZILLI, *op.cit.*, 375, anche se il "perno" del sistema regolatorio sarebbe il CUG. Sembrano concordare C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *op.cit.*

le informazioni disponibili, nella stagione della digi-demia si sa ancora meno di entrambi. Dall'unica indagine disponibile – quella condotta dalla Cgil/Fondazione Di Vittorio, già citata – sembrerebbe che nessuno dei due organismi abbia svolto un ruolo di rilievo. E, per l'inedita emergenza, sarebbe anche comprensibile.

Nulla esclude però per il futuro di pensare ad una valorizzazione di entrambi gli organismi, magari anche promuovendo una qualche sinergia, dal momento che non appaiono organismi in contrapposizione per le funzioni svolte. Piuttosto sembrerebbero destinati a svolgere funzioni complementari: uno più attento ai problemi degli assetti organizzativi toccati da innovazioni tecnologiche; l'altro specificamente strutturato per garantire parità di genere e *work-life balance*. Si tratta in entrambi i casi di far funzionare al meglio i due organismi senza intralciare l'azione amministrativa e complicare i processi decisionali. A tal fine una snella commissione che rappresentasse entrambi gli organismi citati, almeno quando sono implicate tutte le funzioni del *remote working* o, in ogni caso, sia presente la funzione di *work-life balance*, potrebbe svolgere un significativo ruolo di supporto.

In questo ruolo potrebbe essere utilmente contemplato l'accordo individuale per il lavoro agile, come oggetto sia di una sorta di validazione *ex ante* sia di attento monitoraggio *ex post* da parte di organismi imparziali interni all'amministrazione. Un organismo imparziale potrebbe appunto essere la commissione interorganica appena menzionata o il solo Comitato paritetico, prevedendo comunque un breve termine di silenzio-assenso in caso di accordo individuale di smartworking con funzione conciliativa non standard.



## Il lavoro agile nel pubblico impiego

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Lavoro agile e telelavoro: differenze e aspetti comuni. – 3. Il lavoro nell'epoca della pandemia: agile o emergenziale?

### 1. Cenni introduttivi

È comprensibile che nella situazione emergenziale che abbiamo vissuto nei primi mesi dell'anno e, purtroppo, stiamo ancora vivendo, il legislatore, le aziende private e le pubbliche amministrazioni abbiano individuato nel lavoro agile, o *smart working*, lo strumento maggiormente idoneo ad assicurare, da un lato, la continuità dell'attività di impresa e dell'azione amministrativa, dall'altro quel distanziamento fisico delle persone che, a fronte della rapida diffusione della pandemia, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche costituisce il principale, se non l'unico, mezzo per contenere il contagio.

Nell'arco di poche settimane, per effetto del susseguirsi di interventi normativi, decreti del Presidente del Consiglio, direttive della Funzione Pubblica e dei singoli Ministeri<sup>1</sup>, nelle pubbliche amministrazioni abbiamo assistito al repentino passaggio da una situazione di lavoro agile opzionale, eccezionale e fondato sull'espresso accordo delle parti contrattuali, al lavoro agile inteso come «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa», modalità attuata per tutte le attività non implicanti la necessaria presenza in ufficio ed a prescindere dagli accordi individuali nonché dagli obblighi informativi previsti dalla legge n. 81 del 2017 (art. 87 del d.l. 17.3.2020 n. 18 convertito dalla legge n. 27 del 4.4.2020).

Il Dipartimento per le Pari Opportunità, che coordina il Progetto nazionale "Lavoro agile per il futuro della PA", ha accertato che in occasione dell'emergenza

---

<sup>1</sup> Le circolari e le direttive emanate nel periodo di emergenza sono richiamate da FREDANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio* in *Il Lavoro nella giurisprudenza* n. 5/2020 e da ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 421/2020.

la scelta del lavoro agile ha coinvolto nelle diverse amministrazioni un gran numero di dipendenti, in percentuale variabile dal 50% al 90%<sup>2</sup>, ed i dati trovano riscontro in quelli forniti dal Ministero per la Pubblica Amministrazione<sup>3</sup>, secondo cui la percentuale media del personale impegnato a rendere la prestazione con forme di telelavoro e di lavoro agile si attestava al 21 aprile 2020 al 73,8%.

Nell'ottobre 2020 è stato pubblicato il Monitoraggio sull'attuazione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, dal quale emerge la conferma dei dati comunicati nell'immediatezza e si evidenzia che solo nel 18,7% dei casi le P.A. hanno fatto ricorso alla "esenzione motivata dal servizio", anche questa consentita dall'art. 87 del d.l. n. 18/2020, senza alcuna ricaduta negativa per i dipendenti, fatta eccezione per l'espressa previsione della non spettanza dell'indennità di mensa.

Il tempo ci dirà se i dati siano stati correttamente elaborati e se davvero i dipendenti "agili" abbiano reso la prestazione, sia pure in forme diverse da quella tradizionale, assicurando attività amministrative che, altrimenti, sarebbero state sospese, in quanto non indifferibili ed urgenti. Qualche dubbio può essere nutrito al riguardo perché lo stesso Dipartimento per le Pari Opportunità riconosce che le amministrazioni che non avevano avviato in via sperimentale la nuova forma di lavoro si sono trovate impreparate a fronteggiare l'emergenza e, quindi, più che al lavoro agile hanno di fatto realizzato una alternanza fra lavoro in ufficio ed esenzione dal servizio, seppure non formalmente qualificata tale. D'altro canto lo stesso legislatore ha finito per ammettere che criticità ce ne sono state, dal momento che con l'art. 263 del d.l. n. 34/2020, convertito dalla legge n. 77/2020, ha ritenuto necessario intervenire nuovamente sull'organizzazione degli uffici pubblici, riducendo la percentuale massima del lavoro agile "al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti" e ponendo quale condizione per il ricorso a forme alternative rispetto alla presenza in ufficio "che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza".

Una cosa però è certa: l'emergenza ha ancora una volta focalizzato l'attenzione, non solo dei mass media ma anche dei tecnici del diritto e dell'organizzazione, sulla necessità di sviluppare una nuova cultura del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e di implementare modalità organizzative che consentano di utilizzare al meglio le tecnologie<sup>4</sup>. Al riguardo, infatti, non si può non sottolineare

---

<sup>2</sup> I documenti elaborati in attuazione del Progetto sono consultabili accedendo al sito [www.amministrazioneagile.it](http://www.amministrazioneagile.it)

<sup>3</sup> [www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile](http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile)

<sup>4</sup> Si segnalano fra i tanti contributi sul tema ZOPPOLI, *op. cit.*; CARUSO, *Pubbliche Amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza* in WP C.S.D.L.E.

are che nel lavoro pubblico da anni si assiste, quanto a quest'ultimo aspetto, ad un fenomeno inverso rispetto al lavoro privato, dove l'evoluzione tecnologica ha modificato il modo di rendere la prestazione anticipando la disciplina normativa, che è intervenuta quando già nelle singole realtà aziendali si stavano sperimentando forme flessibili di organizzazione dei tempi e dei modi di lavoro, oggetto di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva, nazionale ed aziendale<sup>5</sup>.

Nelle amministrazioni pubbliche, invece, a fronte di una normativa di avanguardia adottata già sul finire degli anni 90, alla quale ha fatto prontamente seguito l'accordo nazionale quadro sul telelavoro del 23.3.2000, da sempre faticano ad affermarsi modalità di rendere la prestazione diverse da quella tradizionale e non è un caso che la legge n. 124 del 2015, all'art. 14, anticipando la disciplina generale sul lavoro agile, all'epoca ancora in fase di elaborazione, abbia posto agli enti pubblici l'obiettivo di adottare misure organizzative "per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione di nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa", finalizzate a consentire l'utilizzo di tali modalità ad almeno il 10% dei dipendenti interessati, al dichiarato scopo di promuovere la conciliazione fra tempi di vita e di lavoro. L'obiettivo è stato poi ribadito nella complessa ed articolata direttiva n. 3 del 2017 del Dipartimento della Funzione Pubblica con la quale, quando ancora erano in corso i lavori parlamentari poi sfociati nella legge n. 81 del 2017, sono state dettate le linee guida in tema di telelavoro e di lavoro agile.

L'Osservatorio sullo *smart working* del Politecnico di Milano<sup>6</sup> nel report pubblicato a fine 2019 ha stimato che a quella data, pur registrandosi un incremento significativo rispetto al passato, solo il 16% delle amministrazioni, per lo più comprese fra quelle di grandi dimensioni, aveva avviato progetti strutturati di lavoro agile, progetti che, peraltro, coinvolgevano mediamente il 12% del personale, ossia una percentuale sensibilmente diversa da quella delle imprese private, e da ciò ha tratto la conseguenza che le PA "pur essendosi finalmente attivate, abbiano seguito un approccio di mero adempimento normativo".

Le ragioni del ritardo vanno probabilmente individuate, da un lato, nell'obiettivo difficile, se non impossibilità, di attuare in assenza delle necessarie risorse

---

Massimo D'Antona n. 427/2020; BROLLO, *Smart o Emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia* in Lav. nella Giur. 220, 6, 553.

<sup>5</sup> Si rimanda a TIRABOSCHI M. *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro* in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona – 335/2017.

<sup>6</sup> [https://www.osservatori.net/it\\_it/osservatori/smart-working](https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working)

finanziarie una diversa organizzazione fondata sull'utilizzo di mezzi informatici<sup>7</sup>; dall'altro nella rigidità che da sempre caratterizza l'organizzazione del lavoro nelle PA, frutto di un retaggio culturale, che non può essere rimosso intervenendo solo sul dato normativo, perché, come avverte la direttiva, la previsione di nuove forme di organizzazione del lavoro richiede una diversa capacità manageriale ed implica anche relazioni professionali fondate sulla fiducia, sull'autonomia, sulla capacità decisionale dei dipendenti, sulla "gestione intelligente del lavoro", ossia sul superamento della cultura del "cartellino" e della presenza fisica in ufficio.

La domanda che in questi giorni ci si pone è se l'emergenza, pur nella sua drammaticità, possa rivelarsi uno stimolo verso il cambiamento o se, al contrario, le criticità emerse in alcune amministrazioni possano fornire agli scettici argomenti per il ritorno al passato<sup>8</sup>.

Per rispondere all'interrogativo e, forse, anche per risolvere eventuali contenziosi che potrebbero sorgere in relazione alla gestione dei rapporti nel periodo emergenziale, occorre innanzitutto considerare che in questa fase la semplificazione autorizzata dall'art. 87 del d.l. n. 18 del 2020 e la possibilità di rendere la prestazione anche con strumenti informatici non forniti dall'amministrazione hanno orientato verso un modello ibrido, nel quale, salva la necessaria verifica sulle concrete modalità attuate, sembrano prevalere più che i tratti caratteristici del lavoro agile, gli elementi caratterizzanti il lavoro a distanza, che per i dipendenti delle PA è tuttora disciplinato dall'art. 4 della legge n. 191 del 1998, dal d.p.r. n. 70 del 1999 e dal citato accordo quadro del 23 marzo 2000.

## **2. Lavoro agile e telelavoro: differenze e aspetti comuni**

Nell'impiego pubblico contrattualizzato, nel quale il d.p.r. n. 70/1999 convive con la legge n. 81 del 2017, applicabile ex art. 18 comma 3 negli aspetti compatibili e "fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate" per tale rapporto, telelavoro e lavoro agile costituiscono due diverse modalità di rendere la prestazione lavorativa, simili ma non coincidenti, perché il lavoro agile utilizza quello a distanza senza esaurirsi in esso, presenta profili di flessibilità ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge n. 191 del 1998 e supera le rigidità tradizionali in relazione non solo alla sede ma anche all'orario ed alla

---

<sup>7</sup> La legge n. 124 del 2015 richiama, infatti, i limiti delle risorse di bilancio disponibili e precisa che il lavoro agile dovrà essere attivato "senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica".

<sup>8</sup> Si rinvia a CARUSO, *op. cit.*, per la sintesi delle opinioni espresse sull'abuso nelle pubbliche amministrazioni dello smart working, secondo alcuni utilizzato come surrogato della Cassa Integrazione Guadagni che avrebbe consentito una "grande opportunità di non lavoro autorizzato".

proprietà degli strumenti di lavoro, il che comporta evidenti ricadute su temi di primaria rilevanza quali sono quelli inerenti il potere di controllo, la responsabilità disciplinare, la sicurezza, la compatibilità del lavoro agile con istituti retributivi che presuppongono un orario di lavoro rigidamente imposto.

La direttiva n. 3 del 2017 in più punti rimarca la differenza fra le due diverse modalità di rendere la prestazione ed avverte che se il telelavoro è identificabile nella prestazione lavorativa a distanza da una postazione esterna alla sede di lavoro, nello *smart working* “c’è una diversa concezione del tempo e quindi dell’orario nonché del potere di controllo esercitato dal datore di lavoro nei termini e con le modalità definite nell’apposito accordo individuale”.

Le considerazioni espresse dal Dipartimento della Funzione Pubblica paiono in linea con il tenore testuale delle disposizioni normative che vengono in rilievo perché ai sensi dell’art. 2 del d.p.r. n. 70/1999 il telelavoro consiste nella “prestazione eseguita... in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile con il prevalente supporto di tecnologie dell’informazione e della comunicazione che consentano il collegamento con l’amministrazione”. I successivi articoli 4 e 5, nel porre a carico dell’ente precisi obblighi quanto alla messa a disposizione della postazione ed alla verifica della conformità del luogo di lavoro alle norme generali in tema di sicurezza, evidentemente inseriscono un elemento di rigidità in relazione all’individuazione del luogo di lavoro che, seppure esterno all’ufficio, deve essere quello e non altro.

Anche l’accordo quadro, pur prevedendo margini maggiori di flessibilità, con la previsione, all’art. 5, comma 1, dell’alternanza, del lavoro mobile e della prestazione presso centri decentrati, detta una disciplina delle obbligazioni gravanti rispettivamente sull’ente e sul prestatore che presuppone la previa individuazione del luogo dal quale la prestazione dovrà essere resa e rispetto all’orario, la cui definizione è rimessa alla contrattazione di comparto, richiama la “quantità globale prevista per il personale che presta attività nella sede”, consentendo “modelli innovativi di distribuzione”, ma rimanendo ancorato alla rilevanza del “peso orario” della prestazione, tanto che si preoccupa di ricomprendere nel tempo di lavoro anche i periodi di interruzione del circuito telematico dovuti a problemi tecnici.

È, quindi, condivisibile la tesi di coloro che ritengono<sup>9</sup> che l’elemento caratterizzante il telelavoro debba essere individuato nello svolgimento della prestazio-

---

<sup>9</sup> TENORE, *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, IV edizione, *Il telelavoro e il lavoro agile*, 648 e seguenti; TAMPIERI, *Telelavoro e lavoro agile in Il lavoro pubblico* a cura di Amoroso, Di Cerbo, Maresca, Fiorillo, 682 e seguenti.

ne, da rendere essenzialmente con strumenti telematici, da una postazione fissa esterna rispetto all'ufficio di assegnazione del dipendente.

La contrattazione collettiva, intervenuta nei diversi comparti all'esito della sottoscrizione dell'accordo quadro, ha ribadito la necessaria fissità della postazione di lavoro, ponendo a carico delle amministrazioni l'obbligo non solo dell'installazione e della manutenzione, ma anche della periodica verifica dell'idoneità dell'ambiente di lavoro, da effettuare con cadenza semestrale<sup>10</sup>. Quanto all'orario è significativo che nei diversi comparti sia stata adottata la medesima difficile mediazione fra flessibilità e rispetto della dimensione oraria della prestazione, quest'ultima ribadita sia pure lasciando al dipendente la possibilità di distribuire il lavoro nell'arco della giornata, con il solo limite di tenersi a disposizione per comunicazioni in due periodi di un'ora ciascuna, ed escludendo, poi, in ragione dei maggiori margini di autonomia concessi nella gestione dell'orario, la configurabilità di prestazioni supplementari, notturne, festive e l'applicabilità di tutti gli istituti che comportano riduzioni di orario.

A fronte di questa regolamentazione, legale e contrattuale, i confini fra telelavoro e lavoro agile finiscono per essere sfuggenti e se la differenziazione può apparire chiara nella comparazione astratta delle norme, più difficile è cogliere la diversità sul piano fattuale dello svolgimento del rapporto.

L'art. 18 persegue l'obiettivo della massima flessibilità nell'escludere che la prestazione debba essere necessariamente resa in un luogo di lavoro definito, nell'attribuire rilevanza ai soli limiti di durata massima dell'orario, nel valorizzare l'accordo fra le parti ed il potere organizzativo del datore, che si esprime innanzitutto nella predeterminazione di fasi, cicli ed obiettivi sui quali si deve modellare la prestazione. L'uso dello strumento tecnologico è indicato solo come eventuale e la disposizione dettata dal secondo comma non pone a carico del datore l'obbligo di fornire al prestatore la dotazione necessaria, tanto che il Dipartimento della funzione pubblica ha ritenuto che non possa essere configurata la responsabilità ivi prevista nell'ipotesi in cui lo strumento utilizzato per il collegamento non sia assegnato al dipendente dall'amministrazione ma appartenga al prestatore.

La normativa primaria e secondaria sul telelavoro disegna una precisa modalità di rendere la prestazione lavorativa diversa da quella ordinaria, ma non altrettanto può dirsi per la legge n. 81 del 2017 e non a caso nella direttiva più volte citata si avverte che non esiste un modello statico di *smart working*, perché la prestazione agile va modellata in ragione delle caratteristiche e delle dinamiche organizzative di ciascuna amministrazione, considerando, altresì, che "le misure di conciliazione

---

<sup>10</sup> Art. 24 CCNL del 16/5/2001 Comparto Ministeri; art. 34 CCNL 14.2.2001 Comparto enti pubblici non economici; art. 1 CCNL 14.9.2000 Comparto regioni ed autonomie locali.

...possono richiedere l'elaborazione di strumenti su misura, da utilizzare per contemperare e soddisfare gli interessi e le esigenze di tutti gli attori coinvolti”.

Va ribadito, poi, che mentre nel settore privato la legge n. 81 del 2017 è intervenuta quando già il lavoro agile era stato oggetto di sperimentazione e di contrattazione, nel lavoro pubblico, in occasione dell'ultima tornata contrattuale, le parti collettive non hanno ritenuto di dover dettare disposizioni specifiche quanto alle obbligazioni che dal rapporto scaturiscono, perché al lavoro agile hanno fatto riferimento solo al fine di individuare le competenze dell'organismo paritetico dell'innovazione<sup>11</sup>.

In questo contesto, allora, assumono primaria rilevanza gli atti interni che le amministrazioni sono tenute ad adottare a monte dell'accordo individuale, atti ai quali si affida, oltre alla definizione degli aspetti organizzativi e dei criteri di individuazione e di selezione del personale da avviare al lavoro agile, la disciplina analitica della gestione del rapporto, anche con riferimento agli aspetti retributivi, alle modalità di controllo e di verifica, alle misure necessarie per assicurare il diritto alla disconnessione, alla regolamentazione di specifici obblighi gravanti sul lavoratore agile riconducibili ai doveri di diligenza e fedeltà. In merito a quest'ultimo aspetto va segnalato che, in coerenza con i principi che ispirano il d.lgs. n. 165 del 2001, quanto all'esercizio del potere disciplinare la direttiva avverte che la specificità del lavoro agile dovrà essere oggetto di valutazione in sede di adozione del codice di comportamento, posto che nel lavoro pubblico il potere disciplinare non ha carattere discrezionale e, pertanto, le modalità del suo esercizio non possono essere rimesse a pattuizioni individuali.

L'atto interno che l'amministrazione adotta nell'esercizio del potere di organizzazione di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001 deve muoversi all'interno dei limiti fissati, oltre che dalla legge n. 81 del 2017, anche dalle disposizioni specifiche che valgono per l'impiego pubblico contrattualizzato e, fra queste, assume primaria rilevanza il principio secondo cui il datore di lavoro pubblico non può attribuire trattamenti retributivi che non siano stati previsti dalla contrattazione collettiva, nazionale ed integrativa, ed è tenuto al rispetto della parità di trattamento, sicché al lavoratore agile deve essere assicurato un regime che non sia né peggiore né di miglior favore rispetto a quello previsto per il dipendente che presta interamente in sede la propria attività.

Infine, ed è questo l'ultimo aspetto che mi preme segnalare prima di tornare all'interrogativo iniziale, il legislatore nel dettare l'art. 14 della legge n. 124 del 2015 ha perseguito l'obiettivo di promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro garantendo al tempo stesso maggiore efficienza e qualità dell'azione

---

<sup>11</sup> Art. 6 CCNL Funzioni Centrali; art. 6 CCNL Funzioni locali; art. 7 CCNL Sanità.

amministrativa attraverso la valorizzazione di una logica di risultato e, quindi, chiamando i dirigenti a ripensare le modalità di organizzazione dell'attività e le strategie di gestione del personale.

### 3. Il lavoro nell'epoca della pandemia: agile o emergenziale?

Se si hanno presenti i tratti caratteristici del telelavoro e dello *smart working*, sopra riassunti negli aspetti essenziali, si perviene alla conclusione che per effetto delle disposizioni dettate dall'art. 87 del d.l. n. 18/2020 sia stata attuata dalle Pubbliche Amministrazioni una forma di lavoro, che se pure espressamente qualificata dall'art. 87 del d.l. 18/2020 "agile", integra una modalità ibrida di prestazione che ha ben poco di agile e costituisce, piuttosto, una sperimentazione estrema e forzata di lavoro da remoto.

È condivisibile l'opinione espressa da quegli autori<sup>12</sup> che hanno sottolineato che nella prima stagione della pandemia, soprattutto per effetto dell'eliminazione dell'accordo individuale, alla finalità propria dell'istituto, di conciliazione fra lavoro e vita privata e al tempo stesso di aumento della produttività, se ne è sostituita principalmente un'altra, perché l'imposizione unilaterale dello *smart working* è stata pensata in funzione di ragioni di carattere sanitario, rispetto alle quali è passata in secondo piano anche l'esigenza di efficienza delle pubbliche amministrazioni, difficilmente raggiungibile a prescindere da misure organizzative, poste a monte dell'accordo individuale, indispensabili per consentire il necessario raccordo fra la prestazione individuale e quella dell'ufficio.

Sul piano organizzativo, ed al fine di esprimere una valutazione in merito all'opportunità o meno di proseguire nella strada tracciata per ragioni di urgenza, si deve considerare che la sperimentazione è stata iniziata in molti casi senza essere preceduta dall'analisi attenta del contesto, dalla definizione delle procedure, dalla predisposizione degli strumenti di monitoraggio e di valutazione, la cui assenza esalta le criticità connesse all'attuazione del diverso modo di rendere la prestazione subordinata.

D'altro canto, il raggiungimento della principale finalità del lavoro agile, ossia la conciliazione fra tempi di vita e di lavoro, è stato ostacolato dal distanziamento obbligato ed assoluto che ha determinato, innanzitutto, l'isolamento del dipendente, che, invece, il lavoro agile nella sua forma ordinaria scongiura attraverso la previsione dell'alternanza. Non va trascurato, inoltre, che l'emergenza ha portato a sperimentare una forma diversa di rendere la prestazione in condizioni

---

<sup>12</sup> Si rimanda agli interventi ed agli articoli citati da ZOPPOLI e CARUSO.

individuali che possono essere state non ottimali, in relazione alla disponibilità di spazi e di strumenti, ridotta dalla contestuale presenza di tutti i componenti del nucleo familiare.

Il legislatore, peraltro, con l'art. 263 del d.l. n. 34/2020, convertito nella legge n. 77/2020, ha iniziato a percorrere una strada diversa, innanzitutto riducendo la percentuale del lavoro agile rispetto a quello ordinario e poi abrogando, a partire dal 15 settembre, la disposizione, contenuta nel comma 1, lettera a), dell'art. 87 che imponeva alle pubbliche amministrazioni di limitare la presenza del personale a quello indispensabile per assicurare le attività indifferibili ed urgenti. La realizzazione del fine di limitare la compresenza sul luogo di lavoro, che incide, sia pure indirettamente, sulle problematiche poste dall'inadeguatezza del trasporto pubblico, è stata affidata anche ad una revisione dell'orario di lavoro, giornaliero e settimanale, e si è rinviato a decreti del Ministro della Pubblica Amministrazione per la indicazione di modalità organizzative che, da un lato, garantiscano la flessibilità del lavoro ma, dall'altro, mirino al conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi.

Il comma 4-*bis* dello stesso articolo, nel modificare l'art. 14 della legge n. 124/2015 prevede poi che le Pubbliche Amministrazioni, a prescindere dallo stato di emergenza, provvedono entro il 31 gennaio di ogni anno alla redazione del POLA (Piano organizzativo del lavoro agile) individuando le attività che possano essere svolte con modalità agile e prevedendo "le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, gli strumenti di rilevazione e verifica del risultati, anche al fine di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati". Si aggiunge che la predisposizione del piano deve essere finalizzata anche all'obiettivo di consentire al 60% dei dipendenti di avvalersi della diversa forma di rendere la prestazione.

Mi sembra si possa dire che la *ratio* del decreto rilancio sia quella di non abbandonare del tutto la prospettiva dello *smart working* in funzione protettiva, non solo per le categorie fragili, bensì quella di coniugarla con l'esigenza, di eguale rilievo, della ripresa dell'attività a regime e del miglioramento della qualità e quantità dei servizi.

Anche la direttiva del 19 ottobre 2020 tenta una mediazione fra le esigenze di tutela della salute, del dipendente e della collettività, e quella del recupero dell'efficienza e reintroduce, sia pure parzialmente, l'aspetto volontaristico nonché la flessibilità che caratterizzano il lavoro agile standard. Si prevede, infatti, all'art. 3, lett. e), che le amministrazioni debbano tener conto della disponibilità manifestata dai dipendenti e, in caso di domande presentate in numero superiore alle posizioni disponibili, delle priorità fondate su esigenze di carattere personale e familiare (condizioni di salute, composizione del nucleo familiare, distanza

del luogo di residenza, necessità di utilizzo dei mezzi pubblici). Si precisa che il lavoro agile si svolge “senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro” (art. 5) e che, solo in ragione della natura dell’attività “può essere organizzato per fasce di contattabilità”, fermo in ogni caso il diritto del dipendente al riposo ed alla disconnessione. Ai dirigenti si prescrive: di curare la “mappatura delle attività” ossia la ricognizione, soggetta ad aggiornamento periodico, dei processi di lavoro che possono essere svolti con modalità agile; di individuare obiettivi e criteri per la valutazione dei risultati; di verificare la qualità e la quantità della prestazione resa dal lavoratore agile.

Il lavoro nell’emergenza inizia ad assumere una forma diversa da quella di “lavoro obbligato da remoto”, che lo ha caratterizzato nei primi mesi del lockdown e, seppure ancora distante dal modello più innovativo di lavoro agile, difficilmente implementabile da parte delle Pubbliche Amministrazioni con le stesse elasticità del settore privato, assume una funzione conciliativa di opposte esigenze, funzione rispetto alla quale stanno rivendicando e svolgendo un ruolo centrale le associazioni sindacali.

Significativo in tal senso mi pare l’accordo del 14.10.2020 sull’attuazione del lavoro agile presso l’amministrazione giudiziaria che sembra anch’esso ispirato dalla medesima esigenza conciliativa, della quale si sono fatte carico le parti collettive, valorizzando la domanda del dipendente ed individuando un rigido criterio di priorità al quale l’amministrazione deve attenersi nella valutazione delle richieste (art. 4). Lo stesso accordo, poi, stabilisce quale debba essere il contenuto del programma di lavoro agile (art. 5) e, in via generale, quali siano le attività che nell’ambito delle competenze degli uffici giudiziari possono essere delocalizzate (art. 3) perché non richiedono la necessaria presenza fisica nella sede di lavoro. Si ribadisce il principio di parità di trattamento fra dipendenti, agili e non, (artt. 12 e 13), si afferma il diritto alla disconnessione nell’ambito di una disciplina delle modalità della prestazione che inserisce elementi di rigidità quanto al tempo ed al luogo di lavoro (art. 8), si prevedono disposizioni specifiche quanto alle dotazioni informatiche.

L’accordo, la cui efficacia è limitata al periodo dell’emergenza (artt. 2 e 18), è chiaramente volto a colmare anche il deficit di disciplina che nella prima fase della pandemia si è registrato per quelle amministrazioni che non avevano già avviato iniziative di sperimentazione del lavoro agile e non avevano predisposto gli atti interni richiamati dall’art. 14 della legge n. 124/2015 e dalla direttiva n. 3/2017.

Ciò spiega, forse, la ragione per la quale l’art. 3 abbia individuato ed elencato le attività delocalizzabili, finendo per svolgere in parte anche la funzione che a regime dovrebbe essere riservata al POLA che è, invece, un atto organizzativo del datore di lavoro, rispetto al quale è previsto solo un obbligo di consultazione delle organizzazioni sindacali.

Non è dato prevedere quale potrà essere il successivo sviluppo della contrattazione collettiva e se la medesima impostazione caratterizzerà l'accordo quadro sul lavoro agile "a regime", che da più parti si sollecita. Mi pare che se la strada intrapresa dovesse essere ulteriormente percorsa si configurerebbe non tanto una rete protettiva del contratto collettivo<sup>13</sup> rispetto a quello individuale quanto una svalutazione di quest'ultimo e del potere organizzativo unilaterale del datore di lavoro pubblico.

A fronte di una disciplina, legale e contrattuale, che prescrive il ricorso al lavoro agile nel rispetto di limiti percentuali indicati dal legislatore, che individua le attività da svolgere con modalità agile, che impone termini al dirigente per l'attuazione dell'accordo, valorizza la domanda dell'interessato e indica i criteri di scelta, è prevedibile che i dipendenti, in ragione della situazione emergenziale che attualmente presenta aspetti di gravità ben maggiori rispetto a quelli valutati dal decreto rilancio, possano avanzare rivendicazioni tese ad ottenere l'impiego con modalità agili.

È ricorrente in dottrina l'affermazione secondo cui, poiché sia il d.l. n. 18/2020 che quello n. 34/2020 prevedono misure alternative al lavoro agile, non è configurabile un diritto soggettivo del dipendente che non sia portatore di una specifica fragilità a svolgere la prestazione in modalità agile. Si potrebbe, però, obiettare che lì dove, per iniziativa unilaterale del datore (potrebbero essere stati predisposti i piani già previsti dalla direttiva n. 3/2017) o per l'intervento della contrattazione decentrata siano state individuate le attività che possono essere svolte a prescindere dalla presenza in ufficio e sussistano le altre condizioni che il lavoro agile richiede (disponibilità delle dotazioni informatiche, rispetto delle priorità indicate dal piano organizzativo o dalla contrattazione) non sia giustificabile, in assenza di specifiche ragioni organizzative, l'inerzia della dirigenza del singolo ufficio, inerzia che potrebbe legittimare azioni, se non di adempimento in forma specifica, quantomeno di natura risarcitoria, ove dal mancato rispetto delle previsioni di legge e degli obblighi contrattualmente assunti, sia derivato un danno per il prestatore. Non può essere svalutata, infatti, la *ratio* che ispira gli interventi normativi succedutisi nel periodo dell'emergenza, dalla quale si trae una specifica indicazione per il datore di lavoro pubblico di farsi carico della salute dei dipendenti anche limitando la loro presenza in ufficio, sicché, in ragione dell'immanenza nell'esecuzione del rapporto contrattuale dei principi di carattere generale di correttezza e buona fede, si potrebbe sostenere che un ingiustificato rifiuto del lavoro possa essere fonte di responsabilità.

---

<sup>13</sup> Così CARUSO, *op. cit.*

Una particolare protezione è stata accordata ai lavoratori fragili dagli artt. 26 e 39 del d.l. n. 18/2020, che in parte si sovrappongono e, in sintesi, prevedono il diritto degli stessi a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile sino alla cessazione dello stato di emergenza (art. 39 comma 1), anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento o per lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale (art. 26, comma 2-*bis*). Il comma 2 dell'art. 26 aveva consentito sino al 15 ottobre per i lavoratori in possesso di certificazione attestante una condizione di rischio l'assenza, equiparata al ricovero ospedaliero, purché prescritta dalle "competenti autorità sanitarie nonché dal medico di assistenza primaria". La direttiva del Ministero per la Pubblica Amministrazione, oltre a richiamare quanto alla definizione del lavoratore fragile quella di cui al comma 2 dell'art. 26, ha ribadito, all'art. 3, comma 1 lett. b, l'obbligo di "adottare ogni soluzione utile ad assicurare lo svolgimento di attività in modalità agile". Anche l'art. 90, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 34/2020 ha previsto analogo diritto, sempre che la modalità agile risulti compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa.

Per la verità le disposizioni che si sono succedute nel tempo non sono coordinate fra loro né risultano totalmente sovrapponibili perché l'art. 90 non fa cenno alla disabilità grave ex lege n. 104/1992 ed aggiunge ai fattori di rischio la comorbilità e l'età, ed inoltre ritiene necessario l'intervento del medico competente, disciplinato dall'art. 83 dello stesso d.l. n. 34/2020. È utile segnalare che il terzo comma della disposizione da ultimo richiamata prevede che l'inidoneità alla mansione accertata all'esito della sorveglianza straordinaria sanitaria disposta in relazione al rischio di contagio da virus SARS COV 2 "non può in ogni caso giustificare il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro".

Pur nella parziale sovrapponibilità delle fattispecie un elemento di differenziazione potrebbe essere individuato nelle diverse modalità di accertamento, in un caso riservato al medico competente, nell'altro esteso anche al medico di assistenza primaria, che lo effettua, però, sulla base delle certificazioni già rilasciate dalle competenti autorità sanitarie.

Per i lavoratori fragili, quindi, si prevede una tutela rafforzata ma la disciplina non risolve le questioni che in concreto si possono porre nel caso in cui la prestazione, per le sue caratteristiche, non possa essere svolta da remoto né sia possibile, in ragione dell'inquadramento del lavoratore, assegnarlo a mansioni diverse. L'applicabilità del comma 2 dell'art. 26 è stata temporalmente circoscritta né mi pare che si possa consentire al dipendente di svolgere l'intero servizio "in formazione", sicché, forse, in tal caso occorrerà fare ricorso agli strumenti previsti dal comma 3 dell'art. 87 e, ove la prestazione con modalità ordinaria esponga il lavoratore a rischio, debitamente certificato, disporre, eventualmente, l'esenzione dal servizio. Peraltro, ove si dovesse ritenere che il potere previsto dal comma 3

sia stato superato dalla diversa disciplina dettata dall'art. 263 del d.l. 34/2020, mi pare che comunque l'esigenza di tutelare la salute del dipendente non consenta di pretendere la prestazione in presenza e, pertanto, una volta che il medico competente abbia certificato l'inidoneità, sia pure temporanea, allo svolgimento dell'attività lavorativa si dovrà fare ricorso all'istituto generale dell'aspettativa per infermità fisica.

Per questa particolare categoria di lavoratori, pertanto, il lavoro agile più che svolgere una funzione conciliativa assolve principalmente allo scopo di tutelare la salute del dipendente, e la finalità credo si debba riflettere anche sul modo di attuazione del lavoro agile nel senso che la condizione di fragilità impone di prevedere modalità che limitino il più possibile l'alternanza, ove la stessa non sia indispensabile per l'espletamento della prestazione da remoto.

Quanto, poi, alle ulteriori questioni che possono sorgere in ordine alla gestione del rapporto nel periodo di transizione a me pare che la scelta compiuta dalla prima decretazione d'urgenza, che non fa cenno al telelavoro, abbia una sua precisa *ratio*, perché l'applicazione della normativa dettata dal d.p.r. n. 70/1999 avrebbe comportato, non solo l'obbligo dell'amministrazione di fornire la dotazione necessaria, ma anche una maggiore assunzione di responsabilità quanto alla sicurezza del luogo di lavoro, non compatibile con la situazione di emergenza. Mi chiedo, però, se, ove in concreto sia stata realizzata una forma di telelavoro e non di *smart working*, sia sufficiente il riferimento contenuto nell'art. 87 del decreto al solo lavoro agile per escludere l'applicabilità della disciplina legale e contrattuale prevista dal d.p.r., dall'accordo quadro e dalla contrattazione dei singoli comparti.

Va detto inoltre che l'aver previsto il lavoro agile quale modo ordinario di svolgimento della prestazione pur in assenza degli accordi individuali e dei progetti che stanno a monte dell'attivazione dello *smart working* potrà dare luogo ad incertezze quanto alla disciplina di quegli aspetti per i quali la legge n. 81 del 2017 rinvia all'accordo individuale ed in relazione ai quali, nel rispetto dei principi generali dettati dal d.lgs. n. 165 del 2001, devono intervenire gli atti organizzativi contemplati dall'art. 5 dello stesso decreto e la contrattazione collettiva. Non a caso la direttiva del Dipartimento della Funzione Pubblica individua ben 24 punti che devono essere oggetto di regolamentazione in sede di adozione dell'atto interno in materia di lavoro agile e fra questi comprende, fra l'altro, fermo restando il principio di non discriminazione, l'indicazione dei riflessi della pattuizione del lavoro agile sull'attribuzione del buono pasto nonché l'eventuale esclusione dei riposi compensativi, del lavoro straordinario, notturno, festivo ed in genere delle maggiorazioni retributive che presuppongono un orario rigido e predeterminato.

Pur in assenza di accordo individuale, si può forse ritenere che nelle amministrazioni che al verificarsi della pandemia avevano già avviato la sperimenta-

zione, adottando i relativi atti regolamentari, a questi occorrerà fare riferimento, salva la necessaria verifica del rispetto dei precetti inderogabili di legge, che si traggono dalla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato e da quella specifica dettata per le pubbliche amministrazioni dal d.lgs. n. 165/2001. Il principio di non discriminazione andrà applicato valutando la compatibilità dell'istituto in discussione con l'essenza stessa del lavoro agile il che, forse, induce ad escludere che, fatte sempre salve le situazioni patologiche, ci possa essere spazio per tutti quegli istituti retributivi che presuppongono un orario rigido di lavoro imposto dal datore<sup>14</sup>. In tal senso mi pare orientato anche il richiamato accordo siglato per il Ministero della giustizia che, pur non abbandonando del tutto la logica della dimensione oraria del lavoro, prevede (art. 13) che solo in presenza di specifica disposizione scritta del dirigente possano operare gli istituti contrattuali relativi alle prestazioni straordinarie, al lavoro aggiuntivo, ai permessi brevi alle riduzioni di orario.

Questo, quindi, quanto alla fase emergenziale ed alle criticità con la stessa connessa ma, in chiave prospettica, è indubbio che la pandemia abbia fatto comprendere alle amministrazioni che è possibile, ed anzi necessario, ripensare l'organizzazione del lavoro in modo da sfruttare al massimo le tecnologie e sostituendo la logica del controllo del risultato a quella dell'accertamento della mera presenza in ufficio, che, nonostante i numerosi interventi attuati a partire dal d.lgs. n. 150 del 2009 e culminati nella recente legge n. 56 del 2019, non si è rivelata idonea a prevenire ed a combattere efficacemente l'assenteismo ed a garantire l'efficienza della macchina amministrativa.

Forse è arrivato il momento di iniziare a percorrere veramente strade diverse e di richiedere uno sforzo ai dirigenti con vera assunzione di responsabilità, perché la sburocratizzazione che a gran voce tutti reclamano, in quanto condizione imprescindibile per la ripartenza, non si può attuare solo sul piano normativo ma richiede la semplificazione dei procedimenti, l'indicazione chiara di obiettivi misurabili, l'adozione di atti organizzativi improntati a logiche di risultato, l'affermazione di relazioni fiduciarie con i dipendenti<sup>15</sup>, che solo una cultura direzionale diversa da quella che sino ad oggi si è imposta nella maggior parte degli enti può riuscire ad ottenere.

---

<sup>14</sup> Per le pubbliche amministrazioni quanto ai buoni pasto valgono le considerazioni espresse, sia pure ad altri fini, da Cass. n. 31117 del 2019, e, quanto allo straordinario, da Cass. n. 2509 del 2017.

<sup>15</sup> Si rimanda a SPINELLI, *Il lavoro agile in Lavoro pubblico* a cura di Curzio, Di Paola, Romei, pag. 425 e seguenti.

## Focus sui diritti e gli obblighi del lavoratore pubblico al tempo del Covid-19

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Esiste un diritto del dipendente pubblico ad accedere al lavoro agile, o, specularmente, a continuare a svolgere la propria attività in presenza? – 2.1. Il diritto al lavoro agile per disabilità o gravi e comprovate patologie. – 3. I lavoratori fragili. – 4. Quarantena e malattia. – 5. Il lavoro agile e il trattamento economico: il caso dei buoni pasto. – 6. Covid-19 e genitorialità. – 7. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

Scopo della presente relazione è fornire un quadro delle principali problematiche emerse nell'applicazione del «diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica»<sup>1</sup>, con particolare riferimento alla posizione del dipendente pubblico.

Un ineludibile dato di fondo mi sembra essere quello dell'irrompere del lavoro agile nell'orizzonte del lavoro pubblico.

Come noto, lo scoppio della pandemia da Covid-19 in Italia ha comportato un repentino e massiccio ricorso al lavoro c.d. agile nelle pubbliche amministrazioni, allo scopo di ridurre la presenza dei dipendenti pubblici negli uffici e di evitarne gli spostamenti, così contenendo il diffondersi del contagio (sul punto v. la direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione n. 2 del 2020)<sup>2</sup>.

Nella c.d. Fase 1 dell'emergenza, il lavoro agile è stato definito, (anche) nelle fonti primarie che ne imponevano l'utilizzazione, «la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (art. 87 d.l.

---

<sup>1</sup> Dal titolo dell'*instant book* curato da A. PILEGGI per Edizioni LPO, 2020. Sul tema si veda U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, in *I seminari della Consulta giuridica della CGIL*, n. 4/2021.

<sup>2</sup> In base ai dati forniti dal Dipartimento per la funzione pubblica (in <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>), nel periodo gennaio-aprile 2020 il 73,8% delle amministrazioni ha attivato procedure di *smart working*, con punte addirittura del 100% (Abruzzo, seguito dal 98,4% della Lombardia e dal 96,6% del Lazio).

17 marzo 2020, n. 18, c.d. Cura Italia, conv. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, nella versione originaria), con conseguente sua attivazione per tutte le attività della pubblica amministrazione, salvo quelle indifferibili e che richiedessero necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza. Tale attivazione è avvenuta a prescindere dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e con previsione della possibilità di svolgere la prestazione anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non fossero forniti dall'amministrazione.

In caso di impossibilità di ricorso al lavoro agile è stata prescritta l'utilizzazione «delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva» e, in via residuale, l'esenzione motivata del personale dipendente dal servizio (esenzione considerata come servizio prestato a tutti gli effetti di legge con conseguente corresponsione del trattamento retributivo, ma non dell'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista).

Nella c.d. Fase 2 dell'emergenza, il lavoro agile è divenuto «una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» (art. 87 d.l. n. 18 del 2020, come modificato dall'art. 26, comma 1-*quinquies*, lettere a) e b), del D.L. 14 agosto 2020, n. 104, convertito con modificazioni dalla Legge 13 ottobre 2020, n. 126). Ciò in coerenza con l'obiettivo, fissato dall'art. 263 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 e s.m.i., di «assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti» e di adeguare «l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali».

Il citato art. 263, al comma 1 (come sostituito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 luglio 2020, n. 77, in sede di conversione e successivamente modificato dall'articolo 31, comma 1-*bis*, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120 non convertito e, da ultimo, dall'art. 11-*bis*, comma 1, lettera a), del D.L. 22 aprile 2021 n. 52, convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87) stabilisce ora che *«fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi, ove previsti, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, le pubbliche amministrazioni, in deroga alle misure di cui all'articolo 87, comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione pro-*

*grammata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente»; demandando a uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione di stabilire le modalità organizzative in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche con riferimento anche alla previsione di «precisi obiettivi quantitativi e qualitativi».*

Il lavoro agile del pubblico dipendente durante l'emergenza Covid differisce dal modello di lavoro agile disciplinato dalla l. 22 maggio 2017, n. 81 del 2017 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato), per quanto attiene a:

- a) la finalità del ricorso a tale modalità di svolgimento della prestazione: non la garanzia di conciliazione tra tempi di vita e di lavoro, ma la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, in prospettiva di contrasto e contenimento del contagio;
- b) l'applicabilità in via automatica anche in assenza degli accordi individuali di cui all'art. 19 della legge n. 81 del 2017, volti a disciplinare – nel quadro di una prestazione lavorativa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici» (art. 18, comma 1) – «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore», «i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro», «l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali» e anche «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari». La circ. del Ministero per la Pubblica Amministrazione n. 2/2020, sulla scorta della normativa emergenziale, sottolinea che «il datore di lavoro è parte attiva nel potenziare il ricorso al lavoro agile» e pertanto «non è necessario che il dipendente inoltri specifica richiesta in tal senso». Anzi, per garantire la massima applicazione dello *smart working*, evitando appesantimenti amministrativi e favorendo la celerità dell'autorizzazione, è sufficiente uno scambio di e-mail con il dipendente per il riconoscimento del lavoro agile, anziché la predisposizione di moduli da compilare o l'adozione di provvedimenti amministrativi. La dottrina ha af-

fermato che in assenza di accordo «si può modulare unilateralmente anche l'apposizione di precisi vincoli di tempo e di luogo di lavoro, eventualità che per l'inciso in cui è inserita rappresenta un'opzione normalmente rimessa alle parti (art. 18, comma 1, primo periodo): definire ad es. la distanza massima o le fasce orarie entro le quali operare in forma agile. Altri elementi si prestano agevolmente ad una determinazione unilaterale, la predisposizione di policies circa l'utilizzo e la manutenzione degli strumenti tecnologici di lavoro da remoto e le modalità di disconnessione, o ancora l'assolvimento dell'obbligo, aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quelli generali di formazione, informazione e aggiornamento D.V.R. [...] di consegna dell'informativa in materia di sicurezza, che può essere standardizzata secondo modelli forniti da Inail»<sup>3</sup>.

- c) l'assolvimento degli obblighi in materia di salute e sicurezza sul lavoro da parte del datore: la normativa emergenziale rinvia al sito-web dell'INAIL per il reperimento della documentazione necessaria. In ogni caso, «gli obblighi di informativa di cui all'art. 22» della l. n. 81 del 2017 – che concerne l'individuazione dei «rischi generali e dei rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» – sono assolti in via telematica.

La dottrina, discorrendo di «lavoro agile di sussistenza»<sup>4</sup> o di «emergency work»<sup>5</sup> o ancora di «lavoro obbligatorio a distanza»<sup>6</sup>, ha sottolineato come, nel periodo del *lockdown*, a causa delle disposizioni limitative della possibilità di spostarsi dal proprio domicilio, il lavoro agile si sia di fatto trasformato in una sorta di telelavoro attenuato, laddove il lavoro agile, così come concepito dal legislatore del 2017 e scaturito dall'esperienza aziendale precedente, non è semplicemente un lavoro «a distanza» o «da remoto»: è un nuovo modello organizzativo del lavoro subordinato, che, disancorato dai vincoli di spazio e di tempo, viene principalmente parametrato sui risultati («anche [...] per fasi, cicli e obiettivi»: art. 18 l. n. 81/2017).

Tanto premesso, passo ad analizzare alcuni degli interrogativi che si sono posti con riferimento allo svolgimento della prestazione in modalità «agile».

---

<sup>3</sup> S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*, in [www.giurisprudenzacivile.com](http://www.giurisprudenzacivile.com).

<sup>4</sup> M. ESPOSITO, *Quel che resta del Covid*, Editoriale del fasc. n. 2/2020 di *Dir. Lav. Merc.*

<sup>5</sup> M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6/2020, p. 553 ss.

<sup>6</sup> B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2/2020, p. 215 ss.

## 2. Esiste un diritto del dipendente pubblico ad accedere al lavoro agile, o, specularmente, a continuare a svolgere la propria attività in presenza?

Nel quadro sin qui sommariamente richiamato, ove è attribuito al datore di lavoro pubblico il potere di convertire unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione in lavoro agile, ci si può interrogare circa la sussistenza di un diritto del lavoratore a pretendere lo svolgimento della propria prestazione a distanza laddove il datore non l'abbia disposto di propria iniziativa.

La dottrina ha escluso la sussistenza di un vero e proprio diritto in tale senso – salve le ipotesi relative ai lavoratori disabili o fragili, di cui si dirà nel prosieguo – affermando che alla normativa emergenziale è da attribuirsi la funzione di «specializzare gli obblighi di protezione previsti dall'art. 2087 c.c. rispetto all'emergenza sanitaria in corso; o, se si preferisce, di puntualizzare le condizioni in presenza delle quali l'amministrazione sarà contrattualmente responsabile di eventuali danni all'integrità fisica dei propri dipendenti»<sup>7</sup>.

Tanto premesso, può osservarsi che, nella Fase 1 dell'emergenza pandemica, l'art. 87 d.l. n. 18 del 2020 ha definito il lavoro agile come modalità *ordinaria* di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni, prescrivendo a queste ultime di limitare la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività indifferibili e che richiedessero necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza.

Se ne può trarre a mio avviso che il datore di lavoro pubblico fosse legittimato a pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione di lavoro in presenza, solo ove le mansioni del lavoratore riguardassero attività indifferibili della P.A. e, per loro natura, potessero essere svolte solo presso la sede dell'amministrazione interessata.

*Quid* nel caso di indisponibilità da parte della P.A. degli strumenti informatici per lo svolgimento del lavoro in modalità agile?

L'art. 87 del d.l. n. 18 del 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; sicché il datore di lavoro non potrebbe pretendere lo svolgimento della prestazione in presenza adducendo l'assenza di strumenti informatici da assegnare al lavoratore.

Ove nemmeno il lavoratore disponesse di strumenti informatici, si configurerebbe un'ipotesi di impossibilità della prestazione lavorativa in modalità agile, con conseguente necessità del lavoro in presenza: questo in quanto l'impossi-

---

<sup>7</sup> V. PINTO, *Emergenza sanitaria e lavoro pubblico: una visione d'insieme*, in O. BONIARDI, U. CARAPPELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, EDIESSE, 2020, p. 249 ss.

bilità di lavoro agile, da ricostruire secondo le regole sull'adempimento delle obbligazioni, «attiene alla prestazione in sé», presentandosi in forma oggettiva, o al complesso «dei mezzi che in buona fede si può esigere che le parti apprestino o a cui queste in buona fede possono ritenersi tenute», assumendo carattere relativo: l'impossibilità, dunque sussiste quando la prestazione, in ragione dei suoi tratti ontologici, non possa svolgersi in modalità "agile" ovvero laddove manchino i mezzi tecnologici per consentire simile soluzione<sup>8</sup>.

Secondo un'altra opinione<sup>9</sup>, invece, ove nemmeno il lavoratore disponesse di strumenti adeguati a rendere possibile la corretta esecuzione della prestazione lavorativa, gravando sul datore l'obbligo di rendere possibile la prestazione fornendoli, si configurerebbe un'impossibilità dell'adempimento della prestazione lavorativa imputabile al datore, che comporta la salvaguardia del diritto alla retribuzione del lavoratore.

Quanto invece all'eventuale, speculare pretesa del lavoratore di svolgere l'attività lavorativa in presenza, si è scritto che non può considerarsi legittimo che il lavoratore, dotato di strumenti informatici idonei, rifiuti di svolgere la prestazione in modalità agile, pretendendo di svolgerla in presenza, ad esempio adducendo di non disporre presso il proprio domicilio un ambiente di lavoro adeguato (es. una stanza separata dal resto dei familiari). In questo caso, considerato che le prescrizioni ricavabili anche dalle fonti secondarie e in particolare dai vari d.P.C.m. susseguiti nella fase acuta dell'emergenza, ponevano in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento l'obbligo di cooperare allo scopo di contrastare l'ulteriore diffusione del virus, può ritenersi che l'assenza delle condizioni ambientali presso il domicilio del lavoratore non costituisca una valida ragione di esonero dall'obbligazione di rendere la prestazione lavorativa, pur potendo costituire una motivazione che può assumere una rilevanza sul piano della correttezza dell'adempimento<sup>10</sup>.

Analogamente si è detto che «il venir meno dell'accordo e il connotato di unilateralità che la legislazione di emergenza ha attribuito all'istituto, per ragioni di ordine pubblico sanitario, ha riportato la decisione della modalità lavoro agile nell'alveo dello *ius variandi* datoriale; questo significa che l'eventuale rifiuto da parte del lavoratore, oltre che violare i canoni di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, avrebbe dato luogo a una insubordinazione con viola-

---

<sup>8</sup> L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2/2020, p. 312 ss.

<sup>9</sup> I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?* in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

<sup>10</sup> I. ALVINO, *op. cit.*

zione del 2104 c.c. e con le conseguenze disciplinari che ne sarebbero derivate. Sarebbe stato impensabile, oltre che di fatto improbabile, un rifiuto del lavoratore di svolgere le mansioni da casa anche adducendo per esempio una insufficienza della dotazione di mezzi personali o eventuali costi aggiuntivi»<sup>11</sup>.

Si è anche scritto che «nel periodo di emergenza, la richiesta di un ritorno nel posto di lavoro potrebbe trovare un appiglio nel richiamo al rispetto dei “principi” dettati dagli artt. 18-23, L. n. 18/2017, 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»<sup>12</sup>.

Altra dottrina ha invece sostenuto che il lavoratore potrebbe legittimamente rifiutare lo svolgimento della prestazione in modalità agile in difetto degli strumenti informatici forniti dalla P.A. Si è scritto in proposito che «è [...] necessario che l’amministrazione assegni al proprio dipendente gli strumenti di lavoro e sostenga gli eventuali costi (ad esempio, per i collegamenti telematici o per eventuali manutenzioni); e, soprattutto, che l’amministrazione abbia messo in condizioni il dipendente di acquisire le cognizioni indispensabili per utilizzarli. In caso contrario, il rifiuto del lavoratore è perfettamente legittimo. In particolare, e per quanto riguarda la strumentazione, è vero che, dopo aver semplificato le procedure di “fornitura di personal computer portatili e tablet”, il legislatore ha disposto che “la prestazione lavorativa in lavoro agile [potesse] essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente”. L’obiettivo così perseguito, però, era di privare le amministrazioni di un pretesto sulla cui base negare l’accesso al lavoro a distanza per quei lavoratori che ne avessero fatto spontaneamente richiesta e non, invece, di imporre ai lavoratori stessi l’obbligo di utilizzare mezzi propri per rendere la prestazione»<sup>13</sup>.

Con riferimento alla Fase 2, l’art. 263 d.l. n. 34 del 2020 ha definito il lavoro agile come *una* delle modalità ordinarie, prescrivendo alle pubbliche amministrazioni di applicarlo a condizione che l’erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente.

In relazione a tale scenario, *a fortiori* mi pare che non si possa configurare un diritto del dipendente pubblico ad essere adibito al lavoro in modalità agile. Si può però rilevare che il D.M. 19 ottobre 2020 del Ministro della Pubblica

<sup>11</sup> B. CARUSO, *op. cit.*

<sup>12</sup> M. BROLLO, *op. cit.*

<sup>13</sup> V. PINTO, *op. cit.*, p. 257 s.

amministrazione, adottato in attuazione del citato art. 263, prevede la rotazione del personale in *smart working*, attuata tenendo conto anche delle 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, ma anche del numero e della tipologia dei mezzi di trasporto utilizzati e dei relativi tempi di percorrenza.

Ci si può infine chiedere se, in caso di impossibilità di attivazione del lavoro agile, per incompatibilità con le mansioni del dipendente pubblico, quest'ultimo possa rifiutare lo svolgimento dell'attività in presenza in caso di inadempimento del datore di lavoro ai propri obblighi ex art. 2087 c.c. Ciò sul presupposto, evidentemente, che, in caso di svolgimento dell'attività in presenza, il datore si debba assumere l'onere di predisporre misure di sicurezza e di sanificazione adeguate con relative responsabilità ex 2087 c.c. e anche penali, in caso di contagio in azienda o anche nel tragitto da casa al luogo di lavoro secondo le regole generali.

Mi pare che la questione debba essere risolta in base ai principi generali consolidati nella giurisprudenza della S.C. secondo cui il datore di lavoro è tenuto a predisporre un ambiente ed una organizzazione di lavoro idonei alla protezione del bene fondamentale della salute, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa, con la conseguenza che è possibile per il prestatore di eccepirne l'inadempimento e rifiutare la prestazione pericolosa (art. 1460 c.c.); comportamento che spetta poi al giudice valutare considerando non tanto il mero elemento cronologico quanto i rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite rispetto alla funzione economico-sociale del contratto, il tutto alla luce dei reciproci obblighi di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. e ai sensi dello stesso cpv. dell'art. 1460 c.c., affinché l'eccezione di inadempimento sia conforme a buona fede e non pretestuosamente strumentale all'intento di sottrarsi alle proprie obbligazioni contrattuali (*ex multis* Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911).

In dottrina è stata anche prospettata l'applicabilità dell'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008, secondo cui il dipendente, in presenza di un «pericolo grave, immediato e che non può essere evitato», può allontanarsi «dal posto di lavoro o da una zona pericolosa» e in tal caso «non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa» (comma 1). Il secondo comma della disposizione stabilisce che il lavoratore, sempre «in caso di pericolo grave e immediato e nell'impossibilità di contattare il competente superiore gerarchico» può adottare «misure per evitare le conseguenze di tale pericolo» e «non può subire pregiudizio per tale azione, a meno che non abbia commesso una grave negligenza». Si è così opinato che, in caso il lavoratore venga costretto a lavorare in assenza di mascherina si concretizzi un pericolo grave,

immediato e inevitabile (di contagio da Covid-19) che legittima l'immediato abbandono del posto di lavoro<sup>14</sup>.

### 2.1. Il diritto al lavoro agile per disabilità o gravi e comprovate patologie

Se non risulta in generale configurabile un diritto soggettivo del dipendente pubblico al lavoro agile in tempo di pandemia, un discorso diverso può farsi per le categorie di lavoratori contemplate dall'art. 39 del d.l. n. 18 del 2020.

Il comma 1 di tale disposizione – tuttora in vigore – applicabile anche ai dipendenti del settore pubblico, prescrive (nella versione attualmente vigente) che «1. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, 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, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione»<sup>15</sup>. La disposizione si applica anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse (comma 3).

L'art. 39 è stato oggetto di diverse pronunce, dalle quali si possono trarre alcuni principi utili.

Il Tribunale di Roma, in un'ordinanza del 20 giugno 2020, ha accolto il ricorso di un'assistente socio-sanitaria, dipendente di una ASL, assegnata a una task force incaricata di indagini epidemiologiche e sorveglianza sulla diffusione del Covid-19, nella parte in cui chiedeva di poter svolgere la propria prestazione in modalità "agile" a motivo della condizione di handicap grave, art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992, del figlio, e delle proprie condizioni di salute.

Il giudicante non ha disconosciuto la necessità che, per gli addetti alle professioni e alle attività sanitarie nel settore della sanità pubblica, il diritto alla tutela della loro salute debba trovare un contemperamento con le esigenze di servizio pubblico reso dalle strutture in cui vengono svolte tali attività, essendo esse de-

---

<sup>14</sup> V. SPEZIALE, *Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 nell'emergenza Covid-19*, in O. BONIARDI, U. CARAPELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, EDIESSE, 2020, p. 83 ss.

<sup>15</sup> Ai sensi del comma 2 della disposizione, 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.

stinate alla tutela di un bene di pari valore costituzionale come la salute della collettività. Il Tribunale ha ritenuto che laddove la tutela della salute del singolo addetto a tali attività possa entrare in conflitto con le esigenze di rendere un tale fondamentale servizio pubblico, debba operarsi una valutazione in concreto, basata sulle circostanze della singola fattispecie, sulle modalità con le quali assicurare l'uno senza pregiudicare l'altro.

Nel caso di specie, è stato ritenuto che l'accoglimento della richiesta di svolgimento delle mansioni in modalità di lavoro agile, avanzata dalla lavoratrice, al fine di meglio tutelare la salute sua e dei familiari assistiti, non fosse tale da pregiudicare l'espletamento del servizio assegnato, consistente in un'attività di gestione telefonica dei rapporti tra utenti del SSN e medici di medicina generale.

Riveste interesse anche la decisione del Tribunale di Grosseto del 23 aprile 2020, relativa all'art. 39, comma 2, d.l. n. 18 del 2020 secondo cui 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. La decisione, pur relativa al settore privato, ove il lavoro agile non è stato imposto come ordinaria modalità di svolgimento della prestazione, ma solo raccomandato, presenta spunti di interesse soprattutto per il richiamo al canone della buona fede nell'interpretazione della normativa lavoristica in tema di Covid-19.

Nel caso di specie, la richiesta di *smart working* di un addetto al servizio assistenza legale di una società, invalido al 60%, era stata rifiutata dal datore di lavoro, con contestuale prospettazione al lavoratore del ricorso a ferie anticipate. Sulla premessa che il ricorrente svolgesse attività di carattere impiegatizio all'interno di un reparto in cui era stato adottato, nei confronti degli altri addetti, il lavoro agile, e sull'ulteriore premessa che la società convenuta fosse, per dimensioni e struttura, in grado di approntare con facilità le misure organizzative funzionali al lavoro agile medesimo, il giudice ha ritenuto che il ricorrente avesse diritto ad accedervi, che questi, in ragione delle sue condizioni di salute, godeva del titolo prioritario di cui all'art. 39, comma 2, d.l. n. 18/2020.

Il Tribunale ha altresì osservato che il ricorso alle ferie – prospettato dal datore di lavoro – risulta cedevole rispetto alla possibilità di ricorrere al lavoro agile e che la possibilità di fruire di ferie maturande «non trova fondamento normativo alcuno, ma si profila, già in astratto, contrario al principio generale per cui le ferie (maturate) servono a compensare annualmente il lavoro svolto con periodi di riposo, consentendo al lavoratore il recupero delle energie psico-fisiche e la cura delle sue relazioni affettive e sociali, e pertanto maturano in proporzione alla durata della prestazione lavorativa. In quanto tale, il godimento delle (id est, il diritto alle) ferie non può essere subordinato nella sua esistenza e ricorrenza

annuale alle esigenze aziendali se non nei limiti di cui all'art. 2109, comma 2, c.c. e nel rispetto delle previsioni dei singoli contratti collettivi, avuto riguardo ai principi costituzionali affidati all'art. 36 della Carta».

Come osservato in dottrina<sup>16</sup>, la decisione «pone accanto a quelli esplicitati dalla legge ulteriori limiti, implicitamente derivanti dal principio di ragionevolezza e dal divieto di discriminazione», così individuando un principio di preferenza del ricorso al lavoro agile in luogo che alla fruizione dei periodi di ferie. Dunque «alla riconduzione del lavoro agile al novero degli strumenti rimessi all'esclusiva volontà datoriale si contrappongono due limiti: il primo, di carattere generale, destinato ad orientarne la scelta favorendo l'esecuzione della prestazione in luogo del ricorso a periodi di ferie, ed il secondo, relativo alla scelta dei lavoratori chiamati a lavorare con tale modalità, da compiersi nell'osservanza non solo delle norme rivolte a soggetti appartenenti a categorie protette ma, più in generale, ai principi di correttezza e buona fede che presiedono allo svolgimento del rapporto contrattuale»<sup>17</sup>.

In definitiva, ove il datore di lavoro sia nelle condizioni di applicare il lavoro agile, il ricorso alle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante. Un principio generale, questo, che si presta ad essere applicato anche nella gestione dello *smart working* emergenziale dei dipendenti pubblici.

Analogamente – sia pure con una motivazione più sintetica – ha disposto il Tribunale di Bologna in un decreto emesso *inaudita altera parte*, accogliendo, ai sensi dell'art. 39 d.l. n. 18 del 2020, l'istanza cautelare di un'impiegata del commercio, addetta al settore fiscale, invalida al 60%, con figlia convivente disabile, che aveva chiesto l'attivazione dello *smart working* ottenendo un rifiuto.

Più recentemente il Tribunale di Roma, con ordinanza *ex art.* 700 c.p.c. del 21 gennaio 2021, ha accolto l'istanza cautelare di un'impiegata di Leonardo s.p.a. per lo svolgimento del lavoro in modalità agile, constatando la sussistenza dei presupposti delineati dall'art. 39 d.l. n. 18 del 2020 e sottolineando come, stante l'attività di natura intellettuale della ricorrente, non fossero ravvisabili ostacoli allo svolgimento della prestazione da remoto.

Ancora, il Tribunale di Taranto, con ordinanza del 29 gennaio 2021 ha accolto il ricorso cautelare di una dipendente del Comune, madre vedova di tre figli con disabilità *ex art.* 3, comma 3, l. n. 104 del 1992, richiamando il decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione del 19 ottobre 2020 (su cui v. *amplius infra*, par. 7) che prescrive lo svolgimento del lavoro agile in misura del 50%, e

---

<sup>16</sup> G. ALLIERI, *Poteri datoriali e diritti del lavoratore nella disciplina del lavoro agile all'epoca del Covid-19*, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it).

<sup>17</sup> *Ibidem*.

ritenendo che in specie, visto il carattere “remotizzabile” delle mansioni svolte dalla ricorrente, addetta all’Ufficio del Protocollo, dovesse essere accolta la domanda di applicazione dell’art. 39 d.l. n. 18 del 2020.

### **3. I lavoratori fragili**

L’art. 26, comma 2, del d.l. n. 18 del 2020, come modificato in sede di conversione, ha previsto fino al 30 aprile 2020 l’esenzione dal servizio per i dipendenti pubblici e privati in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché per i lavoratori 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, ai sensi dell’articolo 3, comma 1, della medesima legge n. 104 del 1992.

La previsione è stata dapprima prorogata solo fino al 31 luglio 2020 dall’articolo 74, comma 1, lettera *a*), del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77.

Successivamente la legge 13 ottobre 2020, n. 126 di conversione del D.L. 14 agosto 2020, n. 104 ha sostituito l’art. 26, comma 2, d.l. n. 18 del 2020, che attualmente (come ulteriormente modificato dall’art. 15, comma 1, lettera *a*) del D.L. 22 marzo 2021, n. 41, convertito in legge 21 maggio 2021, n. 69) prevede che fino al 30 giugno 2021 per i lavoratori dipendenti 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 del 1992, il periodo di assenza dal servizio è equiparato al ricovero ospedaliero ed è prescritto dalle competenti autorità sanitarie, nonché dal medico di assistenza primaria che ha in carico il paziente, sulla base documentata del riconoscimento di disabilità o delle certificazioni dei competenti organi medico-legali di cui sopra, i cui riferimenti sono riportati, per le verifiche di competenza, nel medesimo certificato.

Il comma 2-*bis* dell’art. 26 dispone che a decorrere dal 16 ottobre 2020 e fino al 30 giugno 2021, i lavoratori fragili di cui al comma 2 svolgono 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.

Il diritto al lavoro agile per i lavoratori fragili era già stato previsto dall'art. 90, comma 1, secondo periodo, d.l. n. 34 del 2020 secondo cui «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19<sup>18</sup>, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa».

Quindi vi è stato un periodo, dal 31 luglio 2020 al 14 ottobre 2020, nel quale non è stata più prevista l'esenzione dalla prestazione lavorativa per i lavoratori fragili.

A tale periodo si riferisce presumibilmente l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 20 ottobre 2020 che, nel respingere la richiesta cautelare di un dipendente pubblico, di prolungamento dell'assenza dallo svolgimento delle proprie mansioni di specialista ambulatoriale, ha osservato che «il suddetto diritto, introdotto dall'art. 26, comma 2 del d.l. n. 18\2020, convertito in legge n. 27\2020, sino al 30 aprile 2020, è stato prorogato fino al 31 luglio 2020 dall'art. 74 del d.l. n. 34\2020 convertito in legge n. 77\2020. In forza della predetta disposizione è stata prevista la possibilità di assenza dal servizio per le categorie di lavoro di lavoratori fragili, ivi espressamente elencate, forniti di apposita attestazione sanitaria dei medici competenti, equiparando tale assenza al ricovero ospedaliero, con conseguente conservazione del trattamento economico. Tale disposizione, avente evidente natura eccezionale in quanto connessa alla ratio emergenziale della normativa, non è stata ulteriormente prorogat[a], come riconosciuto anche nelle allegazioni di parte ricorrente nel proprio atto introduttivo. L'art. 26, comma 2, in esame non è stato, invero, compreso nelle disposizioni di cui all'allegato 1 al d.l. n. 83\2020, convertito in legge n. 124\2020, in riferimento al quale l'art. 1, comma 3 del medesimo decreto legge n. 83 ha previsto la proroga sino al 15 ottobre 2020, in virtù della proroga dello stato emergenziale sino a tale data, sicchè la sua scadenza resta riferita al 31 luglio 2020, ai sensi dell'art. 1 comma 4 del d.l. n. 83».

---

<sup>18</sup> A norma dell'art. 1, comma 3, del D.L. 30 luglio 2020, n. 83, convertito con modificazioni dalla Legge 25 settembre 2020, n. 124, come modificato dall'art. 1, comma 3, del D.L. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito in legge 27 novembre 2020, n. 159, i termini previsti dal secondo periodo del comma in questione sono prorogati al 31 dicembre 2020.

Infine nel messaggio n. 3653 del 9 ottobre 2020, l'INPS ha chiarito che la sorveglianza precauzionale per i soggetti fragili, di cui al comma 2 dell'art. 26 del d.l. n. 18 del 2020, non configura un'incapacità temporanea al lavoro per una patologia in fase acuta tale da impedire in assoluto lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma una situazione di rischio per il lavoratore e per la collettività che il legislatore ha inteso tutelare equiparando, ai fini del trattamento economico, tali fattispecie alla malattia e alla degenza ospedaliera. Il lavoratore, pertanto, sulla base di accordi con il proprio datore, può continuare a svolgere la propria attività presso il domicilio (modalità agile). In caso di malattia conclamata (art. 26, comma 6), invece, il lavoratore è temporaneamente incapace al lavoro.

#### 4. Quarantena e malattia

*Quid se* il dipendente pubblico si trova in quarantena o in isolamento fiduciario, ma non sintomatico Deve o meno considerarsi in malattia?

Con il D.M. 19 ottobre 2020, il Ministro della P.A. ha precisato (art. 4, comma 2) che nelle ipotesi di quarantena con sorveglianza attiva o di isolamento domiciliare fiduciario, il lavoratore, che non si trovi comunque nella condizione di malattia certificata, svolge la propria attività in modalità agile.

Nei casi in cui ciò non sia possibile in relazione alla natura della prestazione, è comunque tenuto a svolgere le attività assegnate dal dirigente, anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi vigenti e lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale (art. 3, comma 1, lettera *b* del medesimo D.M.).

#### 5. Il lavoro agile e il trattamento economico: il caso dei buoni pasto

Ai sensi dell'art. 20, comma 1, l. n. 81 del 2017, il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

Rispetto ai dipendenti pubblici posti in *smart working* durante la pandemia, si è posto il problema della perdurante spettanza dei buoni pasto.

Il Ministero della Pubblica Amministrazione, con circolare n. 2/2020 aveva fornito indicazioni non risolutive, secondo cui «il personale in *smart working* non ha un automatico diritto al buono pasto», ma «ciascuna P.A. assume le de-

terminazioni di competenza in materia, previo confronto con le organizzazioni sindacali».

In questo contesto, il Tribunale di Venezia è stato adito con un ricorso ex art. 28 St. lav., nel quale la Federazione metropolitana della Funzione pubblica CGIL di Venezia denunciava la condotta antisindacale del Comune di Venezia, in tesi consistita nell'aver interrotto la corresponsione dei buoni pasto, disciplinati dall'art. 45 CCNL Funzioni Locali, nei confronti dei dipendenti in *smart working*, senza previa contrattazione con le OOSS.

Con decreto dell'8 luglio 2020, il Tribunale di Venezia ha respinto il ricorso, ricostruendo la disciplina collettiva applicabile, che subordina l'esigibilità del buono ad un'organizzazione del lavoro secondo specifiche scadenze orarie ed alla consumazione del pasto al di fuori dell'orario di servizio<sup>19</sup> e richiamando la giurisprudenza della S. C. circa la natura assistenziale e non retributiva in senso stretto dei buoni pasto (in particolare, Cass. n. 31137 del 2019)<sup>20</sup>, per poi ritenere la fruizione dei buoni pasto incompatibile con la modalità di lavoro agile, poiché la libertà, riconosciuta al lavoratore, di organizzare come meglio ritiene la prestazione sotto il profilo della collocazione temporale fa venir meno i presupposti necessari alla maturazione del beneficio. Per altro verso, a nulla può valere l'invocazione del diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello applicato nei confronti dei lavoratori

---

<sup>19</sup> Cfr. l'art. 26 del CCNL Funzioni Locali secondo cui «qualora la prestazione di lavoro giornaliera ecceda le sei ore, il personale, purché non in turno, ha diritto a beneficiare di una pausa di almeno 30 minuti al fine del recupero delle energie psicofisiche e della eventuale consumazione del pasto, secondo la disciplina di cui agli artt. 45 e 46 del CCNL del 14 settembre 2000», i quali a loro volta stabiliscono che la possibilità di usufruire di mensa e buoni pasto spetta a quei dipendenti che prestano «attività lavorativa al mattino con prosecuzione nelle ore pomeridiane, con una pausa non superiore a due ore e non inferiore a trenta minuti», e chiariscono che il pasto vada consumato al di fuori dell'orario di servizio.

<sup>20</sup> Secondo la S.C. infatti il valore dei pasti, di cui il lavoratore può fruire in una mensa aziendale o presso esercizi convenzionati, rappresenta una agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale (Cass. n. 12168 del 1998, Cass. n. 11212 del 2003, Cass. n. 14290 del 2012, Cass. n. 16135 del 2020), non rientrante dunque nel trattamento retributivo in senso stretto (Cass. n. 10354 del 2016, Cass. n. 23303 del 2019, Cass. n. 16135 del 2020). Trattasi di un beneficio legato non alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma alle modalità concrete del suo svolgimento orario e quindi alla relativa organizzazione, essendo diretto a consentire il recupero delle energie psico-fisiche dei lavoratori con una pausa a ciò finalizzata: l'effettuazione della pausa pranzo è allora condizione per l'attribuzione del buono pasto, e tale effettuazione, a sua volta, come regola generale presuppone che il lavoratore osservi in concreto un orario di lavoro giornaliero di almeno sei ore, sicché la suddetta attribuzione compete solo per le giornate in cui si verificano le suindicate condizioni (Cass. n. 31137 del 2019).

che svolgono le proprie mansioni all'interno dell'azienda se al buono pasto non è riconosciuta natura retributiva.

Il Tribunale ha disatteso l'argomento di parte ricorrente, secondo cui, poiché l'art. 87 comma 3 del d.l. n. 18 del 2020, relativo all'esenzione dal servizio (da disporsi nell'impossibilità di ricorrere al lavoro agile e di utilizzare gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti), ha espressamente escluso la corresponsione dell'indennità sostitutiva di mensa, in relazione allo *smart working*, nel silenzio della legge, i buoni pasto sarebbero dovuti. Secondo il Tribunale, dinnanzi alla prospettata incompatibilità logica, prima ancora che giuridica, tra buoni pasto e lavoro agile, il silenzio del legislatore non è sufficiente per consentire una differente ricostruzione<sup>21</sup>.

Se, dunque, i buoni pasto non sono dovuti al dipendente di ente locale posto in *smart working*, la mancata corresponsione degli stessi non può essere oggetto di un obbligo di confronto con le OOSS. Né, secondo il Tribunale di Venezia, sarebbe dirimente in senso contrario la già citata circolare n. 2/2020 del Ministero della Pubblica Amministrazione, secondo cui «il personale in *smart working* non ha un automatico diritto al buono pasto», ma «ciascuna P.A. assume le determinazioni di competenza in materia, previo confronto con le organizzazioni sindacali». La circolare non sarebbe infatti vincolante né si potrebbe ipotizzare che si giunga a soluzioni differenti a seconda dell'esito del confronto sindacale, poiché non si è in presenza di un atto discrezionale del datore di lavoro in materia di organizzazione degli uffici, ma dell'applicazione del dettato normativo, che impone di ritenere incompatibile la fruizione del buono pasto con il lavoro del dipendente svolto dal proprio domicilio.

La decisione è stata criticata da parte della dottrina sotto due profili. In primo luogo, poiché diverse Amministrazioni hanno implementato il lavoro agile in maniera simile al telelavoro, seguitando ad imporre rigidità orarie ed organizzative tali da rendere la prestazione svolta da casa parificabile a quella che aveva luogo in sede, non è detto che, in un simile contesto, difettino i presupposti per il riconoscimento del buono pasto, ossia, secondo il CCNL di settore, l'organizzazione del lavoro secondo specifiche scadenze orarie e la consumazione del pasto al di fuori dell'orario di servizio. In secondo luogo, si è rilevato che è discutibile l'affermazione circa l'inutilità dell'invito del Ministero della P.A. (circ. n. 2/2020) ad assumere le determinazioni di competenza in materia previo confronto con le organizzazioni sindacali, atteso che, in più d'un caso in cui confronto sul punto

---

<sup>21</sup> Va aggiunto l'art. 45 del CCNL Funzioni locali del 14 settembre 2000, nel disciplinare il servizio mensa, esclude, al comma 6, ogni forma di monetizzazione indennizzante, sicché ai dipendenti del comparto non spetta l'indennità sostitutiva di mensa ma solo il buono pasto.

v'è stato le determinazioni cui esso ha condotto sono di segno opposto (ne è esempio l'accordo raggiunto tra l'amministrazione del Comune di Roma e le organizzazioni sindacali della funzione pubblica il 14 maggio 2020, con cui è stata riconosciuta ai dipendenti del Comune la regolare erogazione dei buoni pasto)<sup>22</sup>.

## 6. Covid-19 e genitorialità

Una prima misura in favore dei dipendenti pubblici che siano genitori è stata prevista dall'art. 25 d.l. n. 18 del 2020 (Cura Italia), in relazione alla sospensione delle attività didattiche disposta nelle scuole di ogni ordine e grado con il D.P.C.M. 4 marzo 2020, e consiste nel c.d. congedo Covid, ossia in un congedo speciale, retribuito con apposita indennità i cui presupposti sono disciplinati con rinvio a quanto previsto dall'art. 23, commi 1, 2, 4, 5, 6 e 7 del medesimo decreto legge per i lavoratori del settore privato.

A sua volta l'art. 23, come sostituito dall'art. 72, comma 1, lettera *a*), del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, prevede:

- che il congedo sia riconosciuto a decorrere dal 5 marzo e fino al 31 agosto 2020, per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a trenta giorni, a ciascun genitore lavoratore dipendente per i figli di età non superiore ai dodici anni (limite di età che non opera per figli con grave disabilità iscritti a scuola od ospitati in centri diurni), con corresponsione di un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione, e contribuzione figurativa. I periodi di congedo devono essere utilizzati in maniera alternata da entrambi i genitori lavoratori conviventi e possono essere usufruiti in forma giornaliera od oraria;
- che i periodi di congedo parentale di cui agli articoli 32 e 33 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione, sono convertiti nel congedo di cui al comma 1 con diritto all'indennità e non computati né indennizzati a titolo di congedo parentale;
- che la fruizione del congedo sia riconosciuta alternativamente ad entrambi i genitori, per un totale complessivo di trenta giorni, e 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;

---

<sup>22</sup> M. ROSSI DORIA, *Ai dipendenti della Pubblica Amministrazione collocati in smart working non spettano i buoni pasto: la decisione del Tribunale di Venezia*, in [www.ilgiuslavorista.it](http://www.ilgiuslavorista.it).

- che i genitori con figli minori di anni 16, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia altro genitore non lavoratore, hanno diritto di astenersi dal lavoro per l'intero 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.

A norma del comma 2 dell'art. 25 d.l. n. 18 del 2020, l'erogazione dell'indennità, nonché l'indicazione delle modalità di fruizione del congedo sono a cura dell'amministrazione pubblica con la quale intercorre il rapporto di lavoro.

Per i soli 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, è riconosciuto, in alternativa al c.d. congedo Covid, un bonus per l'acquisto di servizi di baby-sitting per l'assistenza e la sorveglianza dei figli minori fino a 12 anni di età, nel limite massimo complessivo di 2000 euro. A seguito delle modifiche introdotte dall'art. 72, comma 2, lettera *a*), del D.L. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla Legge 17 luglio 2020, n. 77, il bonus baby sitter spetta anche al personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

Non risulta invece applicabile ai lavoratori dipendenti pubblici l'art. 90, comma 1, primo periodo, del d.l. n. 34 del 2020 (Decreto Rilancio) che ha sancito, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, un vero e proprio diritto dei genitori lavoratori a svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, anche in assenza di accordi, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore. Tale disposizione, infatti, riguarda i soli dipendenti del settore privato.

Sulla natura del congedo Covid è intervenuta una pronuncia del Tribunale di Milano del 20 luglio 2020, relativa a dipendente di una clinica privata, che però esprime principi generali estensibili anche al settore pubblico. L'ordinanza cautelare in questione ha accolto il ricorso di un'impiegata D1, del CCNL Case di Cura Private e con mansioni di infermiera turnista, cui era stato negato il congedo – come del resto a tutte le altre colleghe – perché «incompatibile con le imprescindibili ed inderogabili esigenze di servizio della struttura a fronte dell'attuale emergenza sanitaria».

Il Tribunale di Milano ha affermato che «il congedo previsto dall'art. 23 del d.l. n. 18/2020 è senz'altro un congedo straordinario, ma è qualificabile, a tutti gli effetti ed in particolar modo sotto il profilo della natura giuridica e del meccanismo di operatività, quale congedo parentale. [...] Tale conclusione discende dall'interpretazione letterale dell'art. 23 del d.l. citato (il c.d. d.l. Cura Italia), che struttura il diritto in maniera del tutto sovrapponibile al congedo parentale ordinario previsto dagli artt. 32 e 33 del d.lgs 151/2001, istituito anche espressamente richiamato dal comma 2 della norma in questione che prevede che: “gli eventuali periodi di congedo parentale di cui agli articoli 32 e 33 del citato decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione di cui al presente articolo, sono convertiti nel congedo di cui al comma 1 con diritto all'indennità e non computati nè indennizzati a titolo di congedo parentale”».

Secondo il Tribunale «l'art. 23 del decreto Cura Italia non contiene alcuna previsione idonea a far ritenere che il congedo Covid sia una misura diversa, quanto alla natura giuridica, dal congedo parentale ordinario, se non nelle caratteristiche di eccezionalità connesse alla situazione di emergenza in atto: in sostanza il Congedo Covid è un congedo parentale a tutti gli effetti, straordinario unicamente in quanto fruibile sino al 31.8.2020, per un determinato periodo di tempo (30 giorni) ed in quanto specificamente finalizzato a fare fronte alle ricadute dell'emergenza sulla vita familiare dei lavoratori». Sicchè risulta applicabile la giurisprudenza della S. C. in materia di congedo parentale ordinario, che configura quest'ultimo come un diritto potestativo del lavoratore (Cass. civ., sez. lav., sentenza 11 gennaio 2018, n. 509; sentenza 16 giugno 2008, n. 16207 del 16/06/2008; sentenza 30 giugno 2010, n. 17984), senza che possa subordinarsi l'esercizio del diritto ad un nulla osta da parte del datore di lavoro in relazione alle proprie esigenze organizzative, anche in ragione del rilievo costituzionale (artt. 2 e 3 Cost.) delle esigenze di carattere relazionale ed affettivo del minore, che il congedo intende tutelare, e che si pongono con particolare pregnanza in ragione della situazione emergenziale che ha costretto a sottrarre ai bambini anche l'agenzia educativa della scuola.

Secondo il Tribunale «all'esito di un'interpretazione sistematica del testo dell'intervento legislativo in questione [il decreto Cura Italia], benché debba riconoscersi la generale conformazione degli interventi alla funzione di gestione dell'emergenza, va osservato che la contestuale previsione di numerose misure a sostegno del lavoro e delle famiglie non autorizza a ritenere che il Legislatore abbia inteso subordinare – in linea di principio – i diritti individuali dei lavoratori (anche del comparto sanitario) alle esigenze pubbliche della gestione emergenziale. Va poi in particolare osservato che, trattandosi di normazione d'emergenza e quindi a tutti gli effetti di legge eccezionale, ogni singola disposizione, in particolar modo laddove vada ad incidere su diritti costituzionalmente garantiti, deve

essere interpretata in senso restrittivo, con la conseguenza che non può essere introdotta, per mezzo dell'interpretazione giudiziale, alcuna ulteriore restrizione o eccezione a diritti, come il congedo Covid, che trovano già di per sé copertura costituzionale (ex artt. 2 e 31 Cost.) e che sono introdotti e riconosciuti dalla stessa legge eccezionale».

Senza contare che «con riferimento al personale del comparto sanitario, il d.l. Cura Italia nulla ha previsto quanto al congedo Covid, mentre ha effettivamente limitato la fruibilità dei permessi aggiuntivi ex l. 104/92 previsti dall'art. 24 al contemperamento «con le esigenze organizzative delle aziende ed enti del Servizio Sanitario Nazionale impegnati nell'emergenza Covid-19 e del comparto sanità» sicché «la scelta di non introdurre limitazioni di alcun genere quanto alle categorie di lavoratori che possono fruire del congedo parentale Covid non può che essere interpretata nel senso che il Legislatore abbia voluto tutelare tutte le famiglie con figli fino a 12 anni, incondizionatamente quanto al tipo di attività svolta dal genitore, ritenendo prioritario il valore insito nel consentire ai genitori di assistere, nel corso dell'emergenza, i figli minori già colpiti dall'anomala sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche» e dalla circostanza che al personale sanitario è stata applicata a decorrere dal DPCM 8.3.2020 la sospensione delle ferie, sospensione reiterata con i DPCM intervenuti nei mesi successivi, sino al mese di maggio 2020.

Infine – ragiona il Tribunale – il fatto che l'art. 25 abbia previsto per i lavoratori del comparto sanitario un bonus più elevato per l'acquisto di servizi di baby-sitting non può essere interpretato come volontà del legislatore di prevedere una misura compensativa per tale categoria di lavoratori a fronte di una ipotetica “impossibilità” o “non automaticità” per gli stessi della fruizione del congedo parentale, posto che il bonus baby-sitter è una misura alternativa e non sostitutiva del congedo parentale anche per i lavoratori del comparto sanitario; e che il congedo Covid risulta applicabile in modo generalizzato a tutti i lavoratori, compresi quelli del comparto sanitario.

In un provvedimento di poco successivo, il Tribunale di Ancona ha parimenti accolto – *inaudita altera parte*, con successiva conferma – il ricorso di un'infermiera dipendente di un ospedale pubblico, cui era stato negato il congedo ex artt. 23-25 d.l. n. 18 del 2020 per ragioni di servizio, ritenendo che «il godimento del congedo in parola sia un diritto del dipendente che non possa essere negato per esigenze di servizio dalla pubblica amministrazione che può soltanto indicare le modalità per la sua fruizione»; che la possibilità di godere del bonus baby-sitter non comportasse in capo alla lavoratrice alcun obbligo di scegliere detta misura in luogo del congedo covid; che «tra chi chiede di godere del congedo c.d. Covid e chi ha avuto la autorizzazione alle ferie debba eventualmente soccombere quest'ultimo, in caso di esigenze di presenza in servizio, atteso anche

il disposto di cui all'art. 33 co. 9 CCNL»; e che, conclusivamente, «pur comprendendosi le difficoltà dell'azienda sanitaria nel garantire il fondamentale servizio a tutela della salute e pur dovendosi attendere dal personale sanitario il senso civico di responsabilità di fare un uso consapevole dei propri diritti nel rispetto delle esigenze del servizio pubblico e delle analoghe esigenze dei colleghi» il congedo dovesse essere accordato.

L'art. 5 del d.l. 8 settembre 2020, n. 111, non convertito in legge e abrogato dall'art. 1, comma 2, della Legge 13 ottobre 2020, n. 126 (con salvezza però di atti e provvedimenti adottati, e di effetti e rapporti giuridici sorti sulla base del medesimo), prevedeva la possibilità di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico; oppure, in caso di incompatibilità della mansione con la modalità agile «e comunque in alternativa» alla stessa, la possibilità di astensione dal lavoro (con indennità pari al 50% della retribuzione) di uno dei genitori<sup>23</sup>.

La misura è stata ripresa dal cd. Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. dalla l. n. 126/2020), che ha aggiunto un art. 21-*bis* al d.l. 14 agosto 2020, n. 104, c.d. Decreto agosto, secondo cui un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni sedici, disposta dal dipartimento dell'ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico, nonchè nell'ambito dello svolgimento di attività sportive di base, attività motoria in strutture quali palestre, piscine, centri sportivi, circoli sportivi, sia pubblici che privati, o all'interno di strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche, nonchè nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici.

Inoltre nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e comunque in alternativa al lavoro agile, uno dei genitori, alternativamente all'altro, può astenersi dal lavoro (con indennità pari al 50% della retribuzione) per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio, minore di anni quattordici, disposta dal dipartimento

---

<sup>23</sup> Il comma 4 della disposizione precisava che per i giorni in cui un genitore fruisce del lavoro agile o del congedo per quarantena del figlio, ovvero svolge anche ad altro titolo l'attività di lavoro in modalità agile o comunque non svolge alcuna attività lavorativa, l'altro genitore non può chiedere di fruire di alcuna delle predette misure.

di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico, nonchè nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni quattordici. L'astensione è prevista anche per figli con età compresa tra 14 e 16 anni, ma in questo caso non è prevista un'indennità.

Per i giorni in cui un genitore fruisce di una delle misure appena descritte, o svolge anche ad altro titolo l'attività di lavoro in modalità agile o comunque non svolge alcuna attività lavorativa, l'altro genitore non può chiedere di fruire di alcuna delle predette misure, salvo che non sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di una delle misure in questione.

Infine in applicazione dell'art. 13, d.l. 9 novembre 2020, n. 149 (cd. Decreto Ristori-*bis*), 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) nei casi in cui venga disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza nelle scuole secondarie di primo grado, è riconosciuta ai genitori la facoltà di astenersi dal lavoro per l'intera durata della suddetta sospensione (con indennizzo pari al 50% della retribuzione), purché la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile. Il beneficio è riconosciuto anche ai genitori di figli con grave disabilità, 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 e del 3 novembre 2020.

## 7. Considerazioni conclusive

Durante la pandemia da Covid-19 l'elemento di maggior rilievo per quanto attiene al quadro regolativo del lavoro pubblico è stato l'irrompere dal lavoro agile – sia pure con peculiari declinazioni imposte dall'emergenza – nell'orizzonte organizzativo dalla P.A.

Vi è da chiedersi quale sarà il destino dello *smart working* nel pubblico impiego alla cessazione della pandemia: esso verrà accantonato oppure verrà invece conservato o implementato – nella versione consensualistica originariamente prevista dalla l. n. 81 del 2017 e non in quella unilaterale adottata in questi mesi – fungendo così da volano per un cambiamento strutturale dell'organizzazione del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche?

Per la fase di transizione che stiamo vivendo, il già citato art. 263 d.l. n. 34, 31 dicembre del 2020, così come modificato dalla l. n. 77 del 2020, stabilisce che dal 15 settembre 2020 e fino al 30 giugno 2021, nell'ottica di una graduale

ripresa delle attività d'ufficio, le amministrazioni «organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza, applicando il lavoro agile[...]».

Parrebbe quindi che, superata la fase dell'emergenza, il lavoro in presenza torni ad essere la regola, e la prestazione da remoto l'eccezione.

È però significativo il riferimento dell'art. 263 alla maggiore "flessibilità" nell'organizzazione dell'orario e della sua articolazione, che lascia prevedere un più idoneo uso del lavoro agile, non in maniera indiscriminatamente continuativa, ma, come disegnato dal legislatore del 2017, «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno», nell'ambito della settimana, ma anche della stessa giornata, in base alle esigenze del buon andamento.

La stessa disposizione prevede che, in considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possano essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Sembra dunque chiara «l'intenzione di integrare il sistema di misurazione e valutazione della performance con meccanismi di programmazione degli obiettivi e conseguimento dei risultati che tengano presente la modalità di lavoro agile. Ciò ai fini dell'ottimizzazione della produttività e della valorizzazione della professionalità del personale pubblico»<sup>24</sup>.

E in effetti con D.M. del 19 ottobre 2019, il Ministro della pubblica amministrazione ha fornito indicazioni per l'organizzazione del lavoro agile fino al 31 dicembre 2020 (termine poi prorogato al 30 aprile 2021 con D.M. 20 gennaio 2021), ribadendo che il lavoro agile nella pubblica amministrazione<sup>25</sup> costituisce una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa e prevedendo in particolare:

- che ciascuna amministrazione assicura su base giornaliera, settimanale o plurisettimanale lo svolgimento del lavoro agile almeno al 50% del personale impegnato in attività che possono essere svolte secondo questa mo-

<sup>24</sup> M. RUSSO, *op. cit.*

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 8, il D.M. si applica alle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Le altre amministrazioni pubbliche, gli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale, nonché le autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la CONSOB e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, adeguano il proprio ordinamento ai principi di cui al decreto.

- dalità. Può farlo in modalità semplificata, ossia prescindendo dagli accordi individuali richiesti dall'art. 19 l. n. 81 del 2018, fino al 31 dicembre 2020;
- che gli enti assicurano in ogni caso le percentuali più elevate possibili di lavoro agile, compatibili con le loro potenzialità organizzative e con la qualità e l'effettività del servizio erogato;
  - che il lavoratore agile alterna giornate lavorate in presenza e giornate lavorate da remoto, con una equilibrata flessibilità e comunque alla luce delle prescrizioni sanitarie vigenti e di quanto stabilito dai protocolli di sicurezza;
  - che le amministrazioni adeguano i sistemi di valutazione della performance alle specificità del lavoro agile «rafforzando, ove necessario, i metodi di valutazione, improntati al raggiungimento dei risultati e quelli dei comportamenti organizzativi.»;
  - che il lavoro agile si svolge di norma senza vincoli di orario e luogo di lavoro, anche se in ragione della natura delle attività svolte dal dipendente o di puntuali esigenze organizzative individuate dal dirigente, possono essere previste specifiche fasce di contattabilità; che nei casi di prestazione lavorativa in modalità agile, svolta senza l'individuazione di fasce di contattabilità, al lavoratore sono garantiti i tempi di riposo e la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro; che i dipendenti in modalità agile non devono subire penalizzazioni professionali e di carriera;
  - che le amministrazioni si adoperano per mettere a disposizione i dispositivi informatici e digitali ritenuti necessari, ma comunque rimane consentito l'utilizzo di strumentazione di proprietà del dipendente;
  - che l'amministrazione favorisce il lavoro agile dei lavoratori i cui figli siano in quarantena e dei lavoratori fragili anche attraverso l'assegnazione di mansioni diverse e di uguale inquadramento. In ogni caso, promuove il loro impegno in attività di formazione;
  - che nella rotazione del personale l'ente tiene conto anche delle 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, ma anche del numero e della tipologia dei mezzi di trasporto utilizzati e dei relativi tempi di percorrenza;
  - che l'amministrazione individua fasce temporali di flessibilità oraria in entrata e in uscita ulteriori rispetto a quelle adottate, nel rispetto del sistema di relazioni sindacali definito dai contratti collettivi nazionali.

La normativa emergenziale non ha mancato di gettare qualche ponte verso il futuro post emergenza pandemica: nel contesto del Decreto rilancio d.l. n. 34 del 2020, è stato riformulato l'art. 14 l. 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche), relativo alla pro-

mozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche ed è stato introdotto il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), da redigere a cura di ciascuna amministrazione entro il 31 gennaio dell'anno, sentite le organizzazioni sindacali, per individuare «le modalità attuative del lavoro agile prevedendo per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 60 per cento<sup>26</sup> dei dipendenti possa avvalersene», e per definire «le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati».

È pur vero che, in caso di mancata adozione del POLA, non è prevista alcuna sanzione, ma semplicemente applicazione del lavoro agile, al 15% dei dipendenti, «ove lo richiedano», tuttavia la previsione in parola sembra quantomeno incentivare la PA a confrontarsi, al di fuori e al di là del contesto emergenziale, con il tema lavoro agile; elemento questo positivo poiché «soltanto sperimentando in pienezza il lavoro agile [...] attuandone la disciplina in maniera ragionata e calata nelle concrete esigenze organizzative – se ne potranno apprezzare le potenzialità e correggere le eventuali criticità»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> L'originaria percentuale del 60% è stata ridotta al 15% dall'art. 11-*bis*, comma 2, D.L. 22 aprile 2021, convertito con modificazioni in legge 17 giugno 2021, n. 87.

<sup>27</sup> M. Russo, *op. cit.*



Finito di stampare nel mese di ottobre 2021

a cura di



IPZS S.p.A.



