

OSSERVATORI ONLINE

N. 2/2020

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

PERIODO OTTOBRE 2019 - MARZO 2020

Roberta Nunin (*)

SOMMARIO: 1. Maggiore durata del rapporto di lavoro a tempo determinato per i lavoratori a tempo parziale e possibile discriminazione indiretta. — 2. Parità retributiva, differenziazione in base al sesso dell'età pensionabile, certezza del diritto. — 3. Trasferimento d'azienda e appalto di servizi. — 4. Nozione di «successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato». — 5. La *querelle* sul pensionamento anticipato dei giudici polacchi ed il principio di non discriminazione in base all'età. — 6. Sicurezza sociale dei lavoratori migranti e prestazioni di pensionamento anticipato.

Rapporto di lavoro:

1. — *Maggiore durata del rapporto di lavoro a tempo determinato per i lavoratori a tempo parziale e possibile discriminazione indiretta.* — Con la sentenza del 3 ottobre 2019 (1) la Corte di Giustizia è intervenuta statuendo che la clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro tra Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato della direttiva 1999/70/Ce del 28 giugno 1999, dev'essere interpretata nel senso che essa osti a una normativa nazionale – come quella austriaca di cui al procedimento principale – che fissi, per i lavoratori a tempo determinato, una durata massima dei rapporti di lavoro a termine superiore per i lavoratori a tempo parziale, a meno che una tale differenza sia giustificata da ragioni oggettive e sia proporzionata rispetto alle stesse, circostanza che dovrà verificare il giudice di rinvio. Nel caso di specie la decisione è stata originata dal ricorso di una ricercatrice precaria nei confronti della Medizinische Universität Wien (Muw), in relazione all'applicazione di una disposizione della Legge austriaca sulle Università del 2002: in particolare,

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste.

(1) Corte di Giustizia Ue (Terza Sezione), sentenza 3 ottobre 2019, *Schuch-Ghannadan*, in causa C-274/18; Presidente Relatrice: A. Prechal; Avvocato generale: G. Pitruzzella.

l'art. 109 dell'*Universitätsgesetz*, in base al quale la durata complessiva dei contratti a termine di un lavoratore o di una lavoratrice non potrebbe eccedere i 6 anni, o gli 8 in caso di impiego a part-time, prevedendosi altresì che in caso di proroga per ragioni oggettive la soglia massima sia, rispettivamente, di 10 o 12 anni.

La ricorrente, che aveva lavorato a termine per il Muw sia a tempo pieno che parziale, lamentava il superamento della soglia massima di 8 anni e chiedeva inoltre che fosse riconosciuto il carattere indirettamente discriminatorio della disposizione nei confronti delle lavoratrici di sesso femminile.

Nel valutare la questione relativa alla possibile discriminazione indiretta, la Corte ha statuito che l'art. 2, § 1, lett. *b*), della direttiva 2006/54/Ce del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, vada interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che fissi, per i lavoratori a tempo determinato interessati da tale norma, una durata massima dei rapporti di lavoro superiore per i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili, se risulta dimostrato che tale normativa incide negativamente su una percentuale significativamente più elevata di lavoratori di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile e se detta normativa non sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima o se i mezzi impiegati per il suo conseguimento non siano appropriati e necessari. La Corte ha peraltro precisato che l'art. 19, § 1, di detta direttiva va interpretato nel senso che tale disposizione non impone alla parte che si ritiene lesa da una siffatta discriminazione di produrre, per stabilire un'apparenza di discriminazione, statistiche o fatti precisi relativi ai lavoratori interessati dalla normativa nazionale in oggetto, laddove detta parte non abbia accesso od abbia accesso solo difficilmente a tali statistiche o fatti.

2. — *Parità retributiva, differenziazione in base al sesso dell'età pensionabile, certezza del diritto* — Con la decisione sul caso *Safeway Ltd* del 7 ottobre 2019 (2) la Corte di Giustizia ha precisato che fino a quando non vengano adottate misure atte a ripristinare la parità di genere violata (come nel caso di specie), lo Stato membro deve osservare per entrambi i sessi le

(2) Corte di Giustizia Ue (Grande Sezione) sentenza 7 ottobre 2019, *Safeway Ltd*, in causa C-171/18; Presidente: K. Lenaerts; Relatore: T. von Danwitz; Avvocato generale: E. Tanchev.

disposizioni maggiormente favorevoli. La vicenda trae origine da un caso del Regno Unito, peculiare in quanto si trattava della previsione di un'età pensionabile minore per le donne (60 anni) rispetto agli uomini (65 anni) in un sistema fondato sulla costituzione di un *trust* che erogava i trattamenti pensionistici in questione ed il cui regolamento si poteva modificare anche retroattivamente. Alla luce anche delle indicazioni della Corte sulla discriminatorietà della fissazione di un'età pensionistica differenziata per uomini e donne (v. la sentenza del 17 maggio 1990, *Barber* in causa C-262/88) con riguardo ai regimi pensionistici professionali privati, il *trust* in questione aveva prima preannunciato (nel 1991) e poi adottato (nel 1996) un'età uniforme, individuando per il periodo 1991-1996 quella maggiormente svantaggiosa per i lavoratori (65 anni).

A seguito del ricorso e del successivo rinvio pregiudiziale del giudice inglese, la Corte di Giustizia, con la sentenza citata, ha precisato l'art. 119 del Trattato Ce (divenuto in seguito articolo 141) deve essere interpretato nel senso che esso osti, in assenza di una giustificazione obiettiva, a che un regime pensionistico adottato, per porre fine a una discriminazione contraria a tale disposizione, derivante dalla fissazione di un'età normale di pensionamento differenziata secondo il sesso, una misura che uniformi retroattivamente l'età normale di pensionamento degli affiliati a tale regime al livello di quella delle persone della categoria precedentemente svantaggiata, per il periodo compreso tra l'annuncio e l'adozione di tale misura, anche qualora tale misura sia autorizzata dal diritto nazionale e dall'atto costitutivo di tale regime pensionistico.

Precisa la Corte che sarebbe contrario all'obiettivo della parificazione delle condizioni nel progresso nonché al principio della certezza del diritto consentire ai responsabili del regime pensionistico di cui trattasi di eliminare le discriminazioni contrarie all'(ex) articolo 119 del Trattato Ce adottando una misura che uniformi retroattivamente l'età pensionabile degli affiliati a tale regime al livello dell'età delle persone della categoria precedentemente svantaggiata, dal momento che così facendo si esonererebbero i responsabili dall'obbligo di procedere, una volta accertata la discriminazione, alla sua immediata e completa eliminazione. Inoltre, verrebbe violato anche l'obbligo di concedere alle persone della categoria precedentemente svantaggiata il beneficio dell'età delle persone della categoria precedentemente avvantaggiata per quanto riguarda i diritti pensionistici relativi ai periodi di impiego tra la data di pronuncia della sentenza del 17 maggio 1990, *Barber* (cit.), e la data di adozione delle misure che ripristinino la parità di trattamento, nonché il divieto di abolire, per il passato, i vantaggi di queste ultime persone. Infine, la Corte sottolinea che si originerebbero in-

certezze circa la portata dei diritti degli affiliati, contrarie al principio della certezza del diritto, fino all'adozione di tali misure.

La Corte, peraltro, non esclude che misure dirette a porre fine a una discriminazione contraria al diritto dell'Unione possano, in via eccezionale, essere adottate con effetto retroattivo, a condizione che, oltre a rispettare il legittimo affidamento delle persone interessate, tali misure soddisfino effettivamente un'esigenza imperativa di interesse generale (quale potrebbe essere il rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del regime pensionistico interessato: cfr. sentenze dell'11 gennaio 2007, *ITC*, in causa C-208/05, punto 43, e sentenza del 7 marzo 2018, *DW*, in causa C-651/16).

3. — *Trasferimento d'azienda e appalto di servizi* — Con la decisione sul caso *Grafe et al.* (3) la Corte di Giustizia è intervenuta sul tema, particolarmente importante e delicato, della tutela dei diritti dei lavoratori in caso di cambio dell'aggiudicatario di un appalto. La pronuncia trae origine da una vicenda tedesca relativa ad una successione di appalti nel settore del trasporto pubblico; nel caso di specie, una società che aveva gestito per 8 anni un servizio di trasporto pubblico locale non aveva partecipato alla nuova gara di appalto e aveva deliberato il licenziamento di tutti i dipendenti; la nuova aggiudicataria, attraverso una sua controllata, aveva riassunto una parte degli autisti e dei dirigenti del precedente operatore, senza che però vi fosse stata cessione da parte di questo dei beni materiali. Due lavoratori, il primo licenziato e poi riassunto, ed il secondo licenziato e non riassunto, avevano presentato ricorso per ottenere l'applicazione – a diverso titolo – delle disposizioni in materia di trasferimento d'impresa.

Nella sentenza del 27 febbraio 2020 la Corte di Giustizia ha precisato che l'art. 1, § 1, della direttiva 2001/23/Ce del Consiglio del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislative degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che, allorché un'entità economica venga a rilevare un'attività il cui svolgimento richieda importanti mezzi di esercizio, secondo una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, il fatto che detta entità economica non rilevi i mezzi in questione, di proprietà dell'entità economica che esercitava precedentemente la suddetta attività, a causa di vincoli giuridici, ambientali e tecnici imposti dall'amministrazione aggiu-

(3) Corte di Giustizia Ue (Sezione Quarta), sentenza 27 febbraio 2020, *Grafe et al.*, in causa C-298/18; Presidente: M. Vilaras, relatore: N. Picarra; Avvocato generale: E. Sharpston.

dicatrice, non preclude necessariamente ad una qualificazione della fattispecie quale trasferimento di impresa, qualora altre circostanze di fatto, come la riassunzione di una parte sostanziale del personale e il proseguimento, senza soluzione di continuità, dell'attività di cui trattasi, consentano di concludere per il mantenimento dell'identità dell'entità economica interessata, circostanza che spetta al giudice di merito valutare.

4. — *Nozione di «successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato»* — Con la sentenza nelle cause riunite *Sánchez Ruiz e Fernández Álvarez et al.*, pronunciata il 19 marzo 2020 (4), la Corte di giustizia ha statuito che gli Stati membri e/o le parti sociali non possono escludere dalla nozione di «successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», prevista alla clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 (allegato alla direttiva 1999/70/Ce del 28 giugno 1999), una situazione – come quella venuta in gioco nelle vicende spagnole in questione – di un lavoratore che occupi *ad interim*, con continuità, sulla base di più nomine, un posto vacante in assenza di un procedimento di concorso, il cui rapporto di lavoro sia stato in tal modo implicitamente prorogato di anno in anno, laddove peraltro il mantenimento continuato di tale lavoratore su detto posto vacante sia conseguenza del mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di legge ad esso incombente di organizzare un procedimento di selezione al fine di coprire tale posto vacante in via definitiva.

Ricorda la Corte che nel caso di ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, a una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, il consenso prestato dal lavoratore interessato alla costituzione e/o al rinnovo di detti rapporti di lavoro non è tale da far venir meno, sotto tale profilo, il carattere abusivo del comportamento di tale datore di lavoro; ribadisce inoltre che la clausola 5 dell'Accordo quadro sarebbe destituita di ogni effetto utile se i lavoratori a tempo determinato fossero privati della tutela loro garantita da detta clausola per il solo motivo che abbiano liberamente acconsentito alla conclusione di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

Nella decisione si puntualizza inoltre che la clausola 5 dell'Accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa osti ad una normativa e a una giurisprudenza nazionali in forza delle quali il rinnovo di rapporti di

(4) Corte di Giustizia Ue (Sezione Seconda), sentenza 19 marzo 2020, *Sánchez Ruiz e Fernández Álvarez et al.*, nelle cause riunite C-103/18 e C-429/18; Presidente Relatore: A. Arabadjiev; Avvocato generale: J. Kokott.

lavoro a tempo determinato successivi sia considerato giustificato da «ragioni obiettive» ai sensi del punto 1, lett. *a*), di tale clausola, per il solo motivo che tale rinnovo risponda ai motivi di assunzione previsti da tale normativa, ossia motivi di necessità, di urgenza o relativi allo svolgimento di programmi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria, nei limiti in cui tale normativa e giurisprudenza nazionali non vietano al datore di lavoro di utilizzare tali rinnovi per soddisfare, in pratica, esigenze permanenti e durevoli in materia di personale.

Quanto, infine al profilo sanzionatorio, si statuisce che la clausola 5 di cui sopra debba essere interpretata nel senso che spetti al giudice nazionale valutare, sulla base dell'insieme delle norme del suo diritto nazionale applicabili, se l'organizzazione di procedimenti di selezione volti a coprire in via definitiva i posti occupati provvisoriamente da lavoratori impiegati con rapporti di lavoro a tempo determinato, la trasformazione dello *status* di tali lavoratori in quello di «personale a tempo indeterminato non permanente» e la concessione a detti lavoratori di un'indennità equivalente a quella versata in caso di licenziamento abusivo costituiscano misure adeguate al fine di prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, o misure normative equivalenti, ai sensi di detta disposizione.

Sicurezza sociale

5. — *La querelle sul pensionamento anticipato dei giudici polacchi ed il principio di non discriminazione in base all'età* — Alcune recenti decisioni della Corte di Giustizia sono intervenute in relazione alla vicenda polacca del pensionamento anticipato dei giudici, che ha destato interesse (e preoccupazione) anche nei media, al di là delle questioni strettamente giuridiche.

Con la sentenza del 19 novembre 2019 (5) la Corte ha affrontato alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal *Sąd Najwyższy* (Corte Suprema della Polonia), in relazione alle disposizioni sul pensionamento anticipato dei giudici in base alla nuova legge polacca sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017 (entrata in vigore nell'aprile del 2018) relativa all'abbassamento del limite di età per tale pensionamento. Le vicende *a quo* traevano origine dai ricorsi proposti da alcuni giudici che avevano compiuto

(5) Corte di Giustizia Ue (Grande Sezione), sentenza 19 novembre 2019, *A.K. et al.*, in cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18; Presidente: K. Lenaerts; Relatrice: A. Prechal; Avvocato generale: E. Tanchev.

65 anni (nuovo limite massimo di età) prima dell'entrata in vigore della nuova legge e che lamentavano tra l'altro la violazione del principio di non discriminazione in base all'età in relazione alle nuove disposizioni.

La Corte di Giustizia, nella decisione in commento, ha statuito che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 9, § 1, della direttiva 2000/78/Ce del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che essi ostino a che controversie relative all'applicazione del diritto dell'Unione possano ricadere nella competenza esclusiva di un organo che non costituisce un giudice indipendente e imparziale, ai sensi della prima di tali disposizioni. Ciò si verifica quando le condizioni oggettive nelle quali è stato creato l'organo di cui trattasi e le caratteristiche del medesimo nonché il modo in cui i suoi membri sono stati nominati siano idonei a generare dubbi legittimi, nei singoli, quanto all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni, in particolare rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti e, pertanto, possano portare a una mancanza di apparenza di indipendenza o di imparzialità di detto organo, tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare a detti singoli in una società democratica. La Corte ha stabilito che spetta al giudice del rinvio determinare, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti di cui dispone, se ciò accada con riferimento a un organo come la nuova Sezione disciplinare del *Sąd Najwyższy* (Corte Suprema), apparentemente assoggettato al potere politico in ragione delle sue modalità di costituzione. In una tale ipotesi, la Corte precisa che il principio del primato del diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice del rinvio di disapplicare la disposizione di diritto nazionale che riserva a detto organo la competenza a conoscere delle controversie di cui ai procedimenti principali, di modo che esse possano essere esaminate da un giudice che soddisfi i summenzionati requisiti di indipendenza e di imparzialità e che sarebbe competente nella materia interessata se la suddetta disposizione non vi ostasse.

Con altra decisione di poco precedente la Corte di Giustizia (6) aveva altresì statuito che la Repubblica di Polonia, introducendo, all'articolo 13, punti da 1 a 3, dell'*Ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów pow-*

(6) Corte di Giustizia Ue (Grande Sezione), sentenza 5 novembre 2019, *Commissione c. Repubblica di Polonia*; in causa C-192/18; Presidente: K. Lenaerts; Relatrice: A. Prechal; Avvocato generale: E. Tanchev.

szechnych oraz niektórych innych ustaw (Legge recante modifica della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e di talune altre leggi), del 12 luglio 2017, un'età per il pensionamento differente per le donne e per gli uomini appartenenti alla magistratura giudicante dei tribunali ordinari polacchi e del *Sąd Najwyższy* (Corte Suprema) o alla magistratura del pubblico ministero polacco, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 157 TfUE nonché degli articoli 5, lett. *a*), e 9, § 1, lett. *f*), della direttiva 2006/54/Ce del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego. Inoltre, nella medesima decisione, la Corte ha altresì precisato che la Repubblica di Polonia, conferendo al ministro della Giustizia, ai sensi dell'art. 1, punto 26, lett. *b*) e *c*), della legge recante modifica della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e di talune altre leggi, del 12 luglio 2017, il potere di autorizzare o meno la proroga dell'esercizio delle funzioni dei magistrati giudicanti dei tribunali ordinari polacchi al di là della nuova età per il pensionamento dei suddetti magistrati, quale abbassata dall'articolo 13, punto 1, della medesima legge, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'articolo 19, § 1, secondo comma, TUE.

6. — *Sicurezza sociale dei lavoratori migranti e prestazioni di pensionamento anticipato* — Con la sentenza del 5 dicembre 2019 (7) la Corte ha statuito che l'art. 5, lett. *a*), del Regolamento (Ce) n. 883/2004 del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, debba essere interpretato nel senso che esso osti alla normativa di uno Stato membro – come quella spagnola in esame – che imponga, come condizione di ammissibilità di un lavoratore ad una pensione anticipata, che l'importo della pensione da ricevere sia superiore all'importo minimo della pensione che detto lavoratore avrebbe diritto a ricevere all'età pensionabile di legge ai sensi di detta normativa, intendendosi la nozione di «pensione da ricevere» come riferita alla pensione a carico esclusivamente di tale Stato membro, ad esclusione della pensione che il lavoratore potrebbe ricevere a titolo di prestazioni equivalenti a carico di uno o più altri Stati membri.

In particolare, la Corte non ha mancato di sottolineare che il rifiuto delle autorità competenti di uno Stato membro di prendere in considerazione, ai fini della determinazione dell'ammissibilità ad una pensione antici-

(7) Corte di Giustizia Ue (Sezione Ottava), sentenza 5 dicembre 2019, *Bocero Torrico et al.*, nelle cause riunite C-398/18 e C-428/18; Presidente: L.S. Rossi; Relatore: F. Biltgen; Avvocato generale: G. Hogan.

pata, le prestazioni pensionistiche cui un lavoratore che ha esercitato il suo diritto alla libera circolazione ha diritto in un altro Stato membro (nel caso di specie, si trattava della Germania), è tale da mettere suddetto lavoratore in una situazione meno favorevole di quella di un lavoratore che abbia completato tutta la sua carriera nel primo Stato membro.

Precisa la Corte che, nondimeno, una legislazione nazionale come quella in discussione nei procedimenti principali spagnoli, potrebbe essere giustificata, nella misura in cui persegua un obiettivo di interesse generale, purché sia adeguata a garantire la realizzazione dello stesso e non ecceda quanto è necessario per raggiungerlo (v. CgUe, sentenza 18 dicembre 2014, Larcher, in causa C-523/13, punto 38). A tale proposito, nella sentenza si osserva che l'Inss ed il governo spagnolo hanno fatto presente che l'applicazione, ai fini dell'ammissibilità a una pensione anticipata, della condizione di aver raggiunto l'importo minimo di pensione cui l'interessato avrebbe diritto all'età pensionabile di legge è intesa a ridurre il ricorso al prepensionamento. Inoltre, escludendo l'ammissibilità a una pensione anticipata nei casi in cui l'importo della pensione che l'interessato potrebbe richiedere gli darebbe diritto a una integrazione, siffatta condizione consentirebbe di evitare oneri aggiuntivi per il sistema di sicurezza sociale spagnolo. Tuttavia – conclude la Corte – come posto in rilievo anche dall'Avvocato generale al § 49 delle sue Conclusioni, anche qualora simili considerazioni potessero costituire obiettivi di interesse generale, gli argomenti addotti dall'Inss e dal governo spagnolo non sono idonei a giustificare l'applicazione discriminatoria di tale condizione a danno dei lavoratori che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione.

La conclusione della Corte, di conseguenza, è nel senso del contrasto, nei termini di cui si è già detto, con la previsione di cui all'art. 5, lett. a), del Regolamento n. 883/2004.

LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

PERIODO GENNAIO-DICEMBRE 2019

Adalberto Perulli (*), *Elena Sychenko* (**)

SOMMARIO: Premessa — 1. Casi esaminati ai sensi dell'art. 1, Protocollo n. 1, della Convenzione — 2. Casi esaminati ai sensi dell'art. 4 della Convenzione — 3. Casi esaminati ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione — 4. Casi esaminati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione — 5. Casi esaminati ai sensi dell'art. 10 della Convenzione

— *Premessa* — Nel 2019 i casi decisi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito Corte Edu) rilevanti per il diritto del lavoro non sono stati particolarmente numerosi. Hanno segnatamente riguardato violazioni – o presunte violazioni – in tema di rispetto della proprietà personale, di equo processo, di proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, di libertà di espressione. Tre casi hanno inoltre riguardato il diritto al rispetto della vita privata, contribuendo ad ampliare l'ambito di applicazione di tale normativa alla tutela dello sviluppo personale dell'individuo non solo nell'ambito familiare, ma anche nelle relazioni interpersonali, comprese quelle di natura professionale.

1. — Casi esaminati ai sensi dell'art. 1, Protocollo n. 1, della Convenzione — Il primo caso esaminato dalla Corte Edu in relazione al rispetto della proprietà e del godimento pacifico dei beni, riguarda una cittadina macedone che si è vista retroattivamente privare della pensione di vecchiaia, sua unica fonte di reddito, in seguito ad un errore di valutazione dell'autorità che gliela aveva concessa (1). La sig.ra Romeva, nel 2000, dopo che l'autorità competente aveva esaminato e approvato la sua richiesta, andava in pensione e iniziava a percepire l'assegno in ragione dei contributi versati. A seguito di un controllo interno, nel 2007, lo stesso ente competente che aveva accolto la sua richiesta riscontrava un errore nel conteggio della po-

(*) Professore ordinario presso l'Università di Venezia «Ca' Foscari».

(**) Associate Professor presso Saint Petersburg State University.

(1) C. Edu, *Romeva c. Nord Macedonia*, n. 32141/10, 12.12.2019.

sizione contributiva della ricorrente, revocandole la concessione della pensione e pretendendo dalla medesima che restituisse quanto percepito nei sette anni precedenti. Nonostante i ricorsi promossi dalla sig.ra Romeva, la sentenza diveniva definitiva ed esecutiva. La Corte di Strasburgo, dinanzi alla quale la ricorrente lamentava di essere stata ingiustamente privata della sua unica fonte di reddito, ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, il godimento pacifico della proprietà può essere limitato da un intervento della pubblica autorità solo se questo sia lecito e non si traduca in un onere eccessivo per il soggetto privato del suo bene (2). Benché la legge nazionale consentisse all'autorità il riesame d'ufficio di decisioni anche definitive di carattere amministrativo, l'autorità ha proceduto in modo negligente al conteggio della pensione e ancor prima alla raccolta e alla conservazione dei dati relativi alla posizione contributiva della ricorrente, la quale ha dovuto subire un onere eccessivo a causa di una misura che l'ha privata del pacifico godimento dei suoi beni (3). In particolare la revoca della concessione della pensione non è intervenuta all'emersione di nuovi elementi di prova, ma in base agli stessi elementi che ne avevano permesso la concessione amministrativa, mettendo in serio pericolo la certezza del diritto nell'ambito della previdenza sociale.

Esaminando inoltre da un lato gli interessi opposti delle parti, ma anche la necessaria ed effettiva tutela dei diritti contemplati dalla Convenzione, la Corte ha rilevato che la ricorrente si è ritrovata, revocata la pensione, priva di qualunque fonte di reddito, dovendo subire il peso di un onere decisamente eccessivo (4). Non ravvisando pertanto sussistente il necessario bilanciamento tra l'interesse pubblico generale e la tutela del diritto fondamentale della ricorrente, ha riconosciuto una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Un altro caso ha riguardato la presunta violazione di questa stessa disposizione (5) in rapporto all'ambito previdenziale. Dodici cittadini turchi, per molti anni impiegati presso la compagnia assicurativa turca «Ankara», lamentavano una riduzione della loro pensione di vecchiaia (fino al 50 per cento) voluta dall'autorità di previdenza sociale turca per sopperire ad un deficit di bilancio, nonostante durante gli anni di lavoro avessero versato

(2) C. Edu, *Bélné Nagy c. Ungheria*, par. 115, n. 53080/13, 26.12.2013; *Iwaszkiewicz c. Polonia* n. 30614/06, par. 44, 26.07.2011.

(3) C. Edu, *Beyeler c. Italia*, n. 33202/96, par. 120, 05.01.2000.

(4) C. Edu, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23.12.1982, par. 69-74, serie A n. 52, e *Brumarescu c. Romania*, n. 28342/95, par. 78, 28.10.1999.

(5) C. Edu, *Yavaş e Altri c. Turchia*, n. 36366/06, 05.03.2019.

contributi finanche raddoppiati rispetto ai massimali previsti dalla legge nazionale al fine di godere di una pensione integrativa. Nel 2001 il fondo integrativo, a seguito di una decisione governativa, veniva trasferito sotto il controllo dell'autorità di previdenza sociale, che provvedendo l'anno successivo al taglio delle pensioni, a detta dei ricorrenti violava il principio dei diritti quesiti.

Poiché il procedimento dinanzi alle corti nazionali si chiudeva con un'archiviazione, i cittadini turchi si rivolgevano alla Corte di Strasburgo, lamentando che l'importo della loro pensione, rispetto al diritto maturato al momento del pensionamento, era stato ridotto. La Corte, ritenendo irrilevante sia soffermarsi sullo status pubblico o privato del fondo integrativo pensionistico sia sulla legittimità dello scopo perseguito dal governo con la riduzione delle pensioni, si è concentrata piuttosto sulla proporzionalità dell'onere sopportato dai ricorrenti e così procedendo non ha ravvisato una violazione della disposizione. Ha sostenuto infatti che, benché la riduzione della pensione sia stata in certi casi anche del 50 per cento, il provvedimento del governo è stato adottato per limitare le perdite ingenti del fondo integrativo e consentire agli iscritti di passare nell'alveo del sistema generale, continuando così a beneficiare degli assegni pensionistici e delle varie prestazioni sociali. Se da un lato il trasferimento ha comportato una riduzione dell'assegno, dall'altro ha consentito ai ricorrenti di beneficiare del regime pensionistico generale senza ulteriori svantaggi o discriminazioni, non potendosi pertanto definire un onere sproporzionato o eccessivo. La Corte ha ribadito che la nozione di bene contemplata dell'art. 1 del Protocollo n. 1, comprende tanto beni attuali quanto crediti, i quali però, per essere considerati valori patrimoniali esigibili (6), devono essere sufficientemente definiti dal legislatore nazionale o perlomeno confermati da una sentenza definitiva di una corte interna, accertamento che nel caso di specie non era avvenuto (7).

In *Kuzhelev e altri contro Russia* (8), sette cittadini di nazionalità russa che avevano lavorato per una società statale di costruzioni e riparazioni navali di San Pietroburgo hanno invece lamentato rispettivamente la mancata esecuzione e l'esecuzione avvenuta con ritardo delle decisioni emesse dalle autorità giudiziarie nazionali in loro favore in relazione al mancato pa-

(6) *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, n. 13427/87, 9.12.1994, *Radomilja e altri c. Croazia*, n. 37685/10 e n. 22768/12, par. 142, 20.03.2018.

(7) Parr. 39-40, sentenza *Yavaş e altri c. Turchia*.

(8) Ricorsi n. 64098/09, 64891/09, 65418/09, 67406/09, 67697/09, 66035/09 e 1504/10 decisi il 15.10.2019.

gamento di alcuni stipendi ed altri emolumenti ad esso connessi. Essi si sono rivolti alla Corte di Strasburgo denunciando una presunta violazione dell'art. 6, par. 1 e dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1. In effetti, la Corte ha riscontrato tale violazione giacché la società, pur avendo subito successive fusioni e trasferimenti, era rimasta nelle mani dello Stato, ma quest'ultimo non era stato in grado di garantire l'effettiva implementazione delle disposizioni convenzionali (9). Con particolare riferimento al ritardo nell'esecuzione delle decisioni, se un anno e quattro mesi non può ritenersi in termini assoluti un tempo di attesa eccessivo, il fatto che la società in mano statale non sia riuscita a garantire l'esecuzione tempestiva, rappresenta, anche in ragione dell'esiguità delle somme dovute, una violazione delle disposizioni della Convenzione.

2. — *Casi esaminati ai sensi dell'art. 4 della Convenzione* — Nel 2019 la Corte ha esaminato un altro caso contro la Grecia concernente la mancata adeguata protezione delle vittime di tratta di esseri umani (10). Tre cittadine russe sono arrivate in Grecia nel 2003 dopo aver ottenuto i visti attraverso il Consolato Generale della Grecia a Mosca. Sostenevano che i dipendenti del consolato, complici del reato di corruzione insieme ad alcuni trafficanti russi, avevano rilasciato dei visti che consentivano loro di essere portate in Grecia ai fini di sfruttamento sessuale. Le donne sono state riconosciute «vittime di tratta di esseri umani» e le autorità hanno avviato due serie di procedimenti penali contro le persone sospettate di sfruttarle e di aver rilasciato loro i visti.

Utilizzando il quadro interpretativo tradizionale per l'analisi di questo tipo di casi, il tribunale ha prestato attenzione ai seguenti fattori: l'esistenza di un adeguato quadro giuridico e regolamentare; l'adozione di misure operative per proteggere i richiedenti; l'efficacia delle indagini effettuate dalla polizia e dei procedimenti giudiziari relativi al presunto sfruttamento e rilascio dei visti.

La Corte ha sottolineato che all'epoca dei fatti esisteva un quadro legale e regolamentare adeguato, poiché la prostituzione coatta era classificata, nell'ordinamento greco, come un reato perseguibile e punibile con una pena detentiva compresa tra uno e tre anni. Peraltro, essendo i termini del procedimento penale troppo brevi, il procedimento a carico di due degli accusati si era prescritto. Ha anche osservato che il procedimento penale era durato nove anni per uno dei ricorrenti ed era ancora sospeso quindici

(9) *Gadzhibkhanov e Saukov c. Russia*, n. 10511/08, n. 5866/09, par. 26, 31.01.2012.

(10) *C. Edu, T.I. e altri c. Grecia*, n. 40311/10, 18.07.2019.

anni dopo la denuncia per un altro. Pertanto, questi due ricorrenti non avevano beneficiato di un'indagine efficace, e ciò costituiva una violazione dell'aspetto procedurale dell'articolo 4. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che le autorità competenti non avessero trattato il caso con il livello di diligenza richiesto dalla suddetta disposizione della Convenzione e che i ricorrenti non erano stati coinvolti nell'inchiesta con il grado che la medesima richiede.

3. — *Casi esaminati ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione* — Con riferimento all'art. 6, par. 1 della Convenzione, nel corso del 2019 la Corte ha avuto modo di affermare che, nel caso sottoposto alla sua attenzione (11), l'annullamento di una decisione definitiva e vincolante non ha violato il principio di certezza del diritto. Due cittadini rumeni che avevano lavorato come ufficiali giudiziari (alle dipendenze del ministero della Giustizia e il ministero dell'Economia e delle Finanze) sostenevano di aver subito trattamenti discriminatori sul luogo di lavoro poiché non avevano ricevuto un benefit economico che invece era stato aggiunto come voce salariale a tutte le altre categorie – compresi i giudici e il personale tecnico e ausiliario – nonostante avessero soddisfatto tutti i requisiti necessari come i loro colleghi.

I procedimenti nelle Corti rumene interne subivano alterne vicende. Dapprima infatti la Corte d'Appello confermava la discriminazione, tanto che le autorità versavano a ciascuno dei richiedenti il 30 per cento dell'importo cui avrebbero avuto diritto a titolo di indennizzo. Successivamente i ricorrenti chiedevano alla Corte d'appello la correzione di un errore materiale derivato da un errore tecnico e questa vi provvedeva con decisione definitiva, contro la quale però un anno dopo il ministero della Giustizia proponeva un ricorso straordinario, che veniva accolto. Avverso questa decisione i ricorrenti presentavano numerosi ricorsi interni senza successo, fino ad adire la Corte Edu sostenendo che la decisione della Corte d'Appello di accogliere il ricorso straordinario aveva violato il principio della certezza del diritto in quanto aveva annullato una sentenza definitiva e vincolante che, inoltre, era già stata parzialmente eseguita. Lamentavano, inoltre, che i loro diritti tutelati dall'articolo 6 par.1, erano stati violati, in quanto la Corte d'Appello aveva respinto il ricorso senza consentire loro l'opportunità di argomentare e senza fornire ragioni sufficienti per respingere il loro reclamo. La Corte ha considerato che il ricorso del ministero, benché straordinario, si è risolto in meno di un anno, cioè un tempo ragionevolmente bre-

(11) C. Edu, *Elisei-Uzun e Andonie c. Romania*, 42447/10, 23.04.2019.

ve. Ha inoltre sottolineato che le circostanze particolari che avevano portato alla revisione della decisione finale presentavano un carattere di eccezionalità tale rendere necessario un intervento della Corte d'Appello la quale ha rispettato il bilanciamento tra il diritto dei richiedenti alla protezione della proprietà e l'interesse generale alla correzione degli errori giudiziari (12). Il fatto però che la Corte d'Appello abbia accolto il ricorso straordinario senza consentire ai ricorrenti l'opportunità di fornire ragioni sufficienti per motivarne il rigetto, rappresenta una violazione dell'art. 6 par. 1 in punto di diritto ad un processo equo poiché ha impedito ai ricorrenti di discuterne il merito (13).

È interessante notare come l'errore materiale, poi ritenuto sostanziale a seguito del ricorso straordinario (14), avesse ad oggetto il benefit economico (*spor de fidelitate*) per ottenere il quale i ricorrenti avevano avviato il procedimento. Alla Corte d'Appello avevano chiesto infatti di sostituire il termine «riservatezza» con «fedeltà» in riferimento al benefit. Il ministero ha invece ritenuto che non si trattasse di un mero errore tecnico poiché, vedendo le fasi precedenti su un benefit concettualmente differente, l'oggetto stesso del procedimento era stato fin da principio erroneamente determinato.

4. — *Casi esaminati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione* — Nei casi che riguardano il diritto del lavoro spesso viene fatto riferimento all'art. 8, tanto che la Corte ne ha gradualmente ampliato il campo di applicazione, dalla tutela dell'integrità morale, psicologica e fisica della persona (15) e dei diritti connessi allo sviluppo personale (16), fino all'inclusione del diritto di instaurare relazioni interpersonali, – comprese quelle di natura professionale (17), così come l'accesso alle professioni nel settore privato (18) – e di ricevere informazioni circa i rischi occupazionali (19).

(12) C. Edu, *Giuran v. Romania*, n. 24360/04, par. 30, 21.06.2011.

(13) Par. 62 della sentenza.

(14) Par. 27, parte III della sentenza.

(15) C. Edu, *Brincat e altri c. Malta, Raninen c. Finlandia*, n. 20972/92, n. 16/12/1997; *Kyriakides c. Cipro*, n. 39058/05, 16.10.2008.

(16) C. Edu, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, n. 21722/11, 09.01.2013, par. 65.

(17) C. Edu, *C. c. Belgio*, n. 21794/93, 07.08.1996, par. 25.

(18) C. Edu, *Sidabras e Džiautas c. Lithuania*, n. 55480/00, n. 59330/00, 27.07.2004, par. 47.

(19) C. Edu, *Brincat e altri c. Malta*, n. 60908/11, n. 62110/11, n. 62129/11, n. 62312/11, n. 62338/11, 24.07.2014; *Vilnes e altri c. Norvegia*, n.52806/09, n. 22703/10, 05.12.2013.

Nel corso del 2019, sulla base di questa disposizione la Corte ha esaminato tre differenti casi, relativi alla videosorveglianza occulta dei lavoratori, al licenziamento di cinque funzionari ucraini ai sensi della nuova legge sulla lustrazione, alla mancata nomina per un incarico lavorativo. Mentre il primo caso si inserisce nel filone giurisprudenziale che si è sviluppato in merito alla protezione della privacy del lavoratore sul luogo di lavoro, gli altri due, a nostro avviso, rivelano un particolare approccio al diritto al lavoro della Corte Edu non previsto nella Convenzione. Tuttavia la Corte Edu ha recentemente sviluppato una giurisprudenza in materia di licenziamenti ingiusti che hanno individuato atti che violano il diritto al rispetto della vita privata (vedi infra). Anche nel recente caso (20) la Corte ha riscontrato che il rifiuto di nominare una persona per la posizione lavorativa potrebbe essere considerato una violazione dell'articolo 8 se i motivi di tale rifiuto rappresentano un'interferenza con la vita privata del richiedente. Questa conclusione può anche essere interpretata come sostegno indiretto della Corte al diritto al lavoro.

Nel 2019 la Grande Camera ha riesaminato il caso *Ribalda e altri c. Spagna*. La Camera semplice della Corte, l'anno prima, si era pronunciata stabilendo che la videosorveglianza occulta dei dipendenti da parte del datore di lavoro presso un supermercato costituiva una violazione dell'art. 8 poiché non era conforme ai requisiti previsti dalla legge spagnola sulla protezione dei dati personali, dal momento che i dipendenti non erano stati informati della raccolta di dati personali (21). La Grande Camera, chiamata a riesaminare il caso, ha preso le distanze dall'analisi sulla legittimità della misura, sottolineando che l'inosservanza della legge nazionale, con riferimento alla necessaria e preliminare informazione dei dipendenti, era «solo uno dei criteri da prendere in considerazione per valutarne la proporzionalità» (22). Anzi, l'ulteriore analisi del caso ha dimostrato come questo criterio non fosse affatto decisivo: la Corte ha riscontrato che i tribunali nazionali, sebbene non avessero tenuto conto della violazione delle disposizioni nazionali vigenti in materia commessa dal datore di lavoro, hanno verificato che le autorità statali avevano soddisfatto gli obblighi positivi ai sensi della C. Edu.

Il ragionamento della Corte in questa sentenza rimane piuttosto vago.

(20) C. Edu, *Yılmaz c. Turkey*, n. 36607/06, 04.06.2019.

(21) C. Edu, *López Ribalda e altri c. Spagna*, n. 1874/13, n. 8567/13, 09.01.2018, par. 69.

(22) C. Edu, Grande Camera, *López Ribalda e altri c. Spagna*, n. 1874/13, n. 8567/13, 17.10.2019, par. 131.

Riconosce, in effetti, che i confini tra gli obblighi di astensione e quelli di intervento in capo agli Stati ai sensi della Convenzione non sono netti e il principio da applicare è simile. Se così fosse, il criterio di legittimità dovrebbe essere tenuto in debito conto dalle corti nazionali qualora riguardi la sfera privata del lavoratore e dovrebbe essere decisivo (come lo è stato nel caso *Antović e Mirković v. Montenegro* (23) o *Radu v. Moldavia* (24)) indipendentemente dal fatto che il datore sia privato o pubblico. D'altro canto, se da un lato la disposizione di cui all'art. 8 impone agli Stati di astenersi da interferenze arbitrarie sulla vita privata degli individui, dall'altro li obbliga ad adottare e attuare misure che proteggano la sfera personale anche nei rapporti tra privati. Pertanto, procedere ad un distinguo sulla base della natura pubblica o privata del datore, potrebbe equivalere a una ingiustificata disparità di trattamento dei dipendenti che hanno subito una violazione del loro diritto alla privacy e non sono riusciti a proteggerlo secondo la legislazione nazionale, anche se tale protezione avrebbe dovuto essere garantita. Negare inoltre il valore del principio di legalità nella formulazione delle disposizioni nazionali lascerebbe un margine inaccettabilmente ampio di discrezionalità agli Stati in relazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze di datori privati, svilendo quella prescrizione ben elaborata dalla Corte Edu sulla qualità di una disposizione normativa che dovrebbe essere «precisa, certa e prevedibile» (25).

Tra gli altri casi che presentano legami con il diritto al lavoro, vale la pena di considerare primariamente il caso *Yılmaz c. Turchia* (26), concernente il rifiuto da parte del ministero della Pubblica Istruzione di nominare un candidato per un posto di insegnante all'estero, nonostante avesse superato l'esame e vinto il relativo concorso. La Corte ha riconosciuto che il rifiuto era stato motivato da fattori relativi alla vita privata del candidato e si basava sui risultati di un'indagine di sicurezza dalla quale era emerso che questi praticava la segregazione di genere nella sua casa, che sua moglie seguiva il codice di abbigliamento islamico e aveva indossato una parrucca nella scuola dove aveva lavorato. Sebbene la Corte abbia ammesso che in alcuni casi i requisiti specifici richiesti dal servizio pubblico potrebbero giustificare indagini di sicurezza sui candidati, nel caso di specie non ha riscontrato un valido collegamento tra i fatti emersi relativi alla vita privata del ricorrente e la sua capacità di lavorare come insegnante all'estero.

(23) C. Edu, *Antović e Mirković c. Montenegro*, n. 70838/13, 28.11.2017.

(24) C. Edu, *Radu c. Repubblica di Moldavia*, n. 50073/07, 15.04.2014.

(25) C. Edu, *M.M. c. Regno Unito*, n. 24029/07, 13.11.2012.

(26) C. Edu, *Yılmaz c. Turchia*, n. 36607/06, 04.06.2019.

Pertanto, secondo la Corte, nel contesto di una società democratica una tale ingerenza non era necessaria e ha violato l'articolo 8 della C. Edu.

Per quanto riguarda l'esame dei casi aventi ad oggetto licenziamenti decisi ai sensi dell'articolo 8, pare opportuno fare riferimento in primo luogo al caso *Denisov v. Ucraina* (27) esaminato nel 2018. In quell'occasione la Grande Camera della Corte Edu ha spiegato dettagliatamente in quale modo l'articolo 8 rilevi nei casi concernenti il licenziamento, sottolineando più in particolare che l'interferenza con la vita privata potrebbe scaturire per le ragioni sottostanti il licenziamento (cd. «approccio basato sui motivi») ovvero per le sue conseguenze sulla vita privata del richiedente (cd. «approccio basato sulle conseguenze»). Il primo approccio, quello basato sui motivi, può riscontrarsi nei casi *Bărbulescu* (28) o *Lopez Ribalda* nei quali i dipendenti sono stati licenziati dopo che il datore di lavoro aveva raccolto informazioni sulla loro condotta scorretta attraverso la videosorveglianza occulta o il monitoraggio occulto dei messaggi, in tal modo violando il diritto al rispetto della loro vita privata.

Il secondo approccio, quello basato sulle conseguenze, anche se non espressamente richiamato, è stato stabilito per la prima volta in *Volkov v. Ucraina*, in un caso concernente il licenziamento di un giudice della Corte Suprema. In quell'occasione, la Corte ha dichiarato che «*The dismissal of the applicant from the post of judge affected a wide range of his relationships with other persons, including relationships of a professional nature. Likewise, it had an impact on his «inner circle» as the loss of his job must have had tangible consequences for the material well-being of the applicant and his family. Moreover, the reason for the applicant's dismissal, namely breach of the judicial oath, suggests that his professional reputation was affected*» (29). Questa posizione illustra l'approccio basato sulle conseguenze nei casi di ingiusto licenziamento.

Nel 2019 la Corte Edu ha poi esaminato il caso di cinque funzionari ucraini che sono stati licenziati in seguito al processo di lustrazione messo in atto dal Governo (30). Il caso è rilevante non solo perché evidenzia la non conformità della legge ucraina sulla lustrazione con la C. Edu, ma anche perché fornisce un'ulteriore riprova di come il licenziamento possa costituire una violazione del diritto al rispetto della vita privata.

(27) C. Edu, *Denisov c. Ucraina*, n. 76639/11, GC, 25.12.2018.

(28) C. Edu, *Bărbulescu c. Romania*, n. 61496/08, 12.01.2016.

(29) C. Edu, *Volkov c. Ucraina*, par. 166.

(30) *Polyakh e Altri c. Ucraina*, n. 58812/15, n. 53217/16, n. 59099/16, 17.10.2019.

Preliminarmente è opportuno chiarire che (31) la legge sulla pulizia del governo (*Lustration*), emanata nel 2014, è stata adottata al fine di garantire la lealtà dei dipendenti pubblici, licenziando coloro che avevano ricoperto le mansioni di funzionari o quadri per almeno un anno durante il regime di Yanukovich (2010-2014), ovvero determinate cariche all'interno del Partito comunista prima del 1991, o che non avevano presentato dichiarazione di lustrazione; prevedeva inoltre anche un'interdizione di massimo dieci anni dal servizio civile.

Ciò chiarito, vanno presi in considerazione questi punti. In un certo numero di casi, la Corte ha riscontrato che le misure di lustrazione hanno interferito con il diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata, in quanto hanno influenzato la loro reputazione così come le loro prospettive professionali (32). Questo è il primo caso in cui la Corte ha dovuto affrontare i casi di «nuova lustrazione» non connessi con il lavoro per uno Stato totalitario. Anche se in linea di principio la Corte Edu ha ammesso che tale legge avrebbe potuto ridurre la politicizzazione del servizio civile (33), la gravità delle misure scelte ha avuto l'effetto contrario, poiché esse sono state costruite come una sorta di responsabilità collettiva per poter lavorare sotto la presidenza Yanukovich, senza alcuna valutazione sul ruolo individuale dei ricorrenti in una evoluzione antidemocratica. La Corte ha riscontrato la mancanza di proporzionalità delle misure contestate, in particolare nel fatto che le decisioni sui licenziamenti fossero state rese pubbliche prima ancora di qualsiasi pronuncia da parte dei tribunali; nell'interdizione dal servizio civile per 10 anni; nella mancanza di valutazione delle singole situazioni dei ricorrenti (34).

Inoltre, poiché i ricorrenti non hanno semplicemente subito sospensioni, declassamenti o trasferimenti in mansioni di minore responsabilità, ma sono stati esclusi *tout court* dal servizio civile con conseguente perdita della retribuzione con effetto immediato (35), la Corte ha interpretato l'intimazione dei licenziamenti come una violazione del diritto al rispetto della vita

(31) C. Edu, *Sóro c. Estonia*, n. 22588/08, 3.09.2015; *Karajanov c. Ex Repubblica iugoslava di Macedonia*, n. 2229/15, 6.04.2017; *Naidin c. Romania*, n. 38162/07, n. 21/10/2014; *Sidabras e Dziautas c. Lituania*, n. 55480/00, n. 59330/00, 27.07.2004.

(32) C. Edu, *Sóro c. Estonia*, n. 22588/08, 3.09.2015; *Karajanov c. Ex Repubblica iugoslava di Macedonia*, n. 2229/15, 6.04.2017; *Naidin c. Romania*, n. 38162/07, n. 21/10/2014; *Sidabras e Dziautas c. Lituania*, n. 55480/00, n. 59330/00, 27.07.2004.

(33) Par. 278.

(34) Uno dei ricorrenti era stato licenziato per aver presentato il suo rapporto di lustrazione con cinque giorni di ritardo.

(35) Par. 209.

privata; tenendo viepiù conto dell'interdizione decennale alle funzioni pubbliche e che alcune informazioni rilevanti erano state pubblicate in un sito accessibile a chiunque, la Corte ha dichiarato che vi era stata una violazione dell'articolo 8 nei confronti di tutti i cinque ricorrenti.

Questa posizione della Corte potrebbe avere un duplice impatto positivo, propagando i suoi effetti sulla giurisprudenza nazionale ucraina e offrendo anche ad altri lavoratori licenziati ai sensi della nuova legge sulla lustrazione una possibilità rimediale.

5. — *Casi esaminati ai sensi dell'art. 10 della Convenzione* — Le libertà di espressione sono considerate dalla dottrina essenziali per il godimento di tutte le altre libertà contemplate nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (36). La Corte, quando si è trovata a pronunciarsi su casi riguardanti la libertà di espressione del lavoratore, ha sempre ribadito che essa trova un limite nei doveri di lealtà, riservatezza e discrezione del lavoratore (37). Tuttavia, la Corte ha anche evidenziato che il dovere di agire in buona fede nell'ambito di un contratto di lavoro non implica un obbligo assoluto di lealtà verso il datore di lavoro o un dovere di riservatezza tale da assoggettare il lavoratore agli interessi del datore di lavoro (38). La portata di questi obblighi dipende dalla particolare posizione del dipendente, dall'interesse pubblico per le informazioni diffuse (nell'ipotesi in cui vi sia stata una divulgazione delle stesse) e persino dal contesto storico di un determinato paese (39).

Nel 2019 la Corte ha esaminato un nuovo caso (40) sulla libertà di espressione del lavoratore che riguardava il licenziamento del ricorrente dall'ufficio Risorse Umane di un istituto bancario, in cui lavorava, dopo che aveva pubblicato alcuni articoli su un sito web specializzato sulla gestione delle risorse umane. A giudizio del datore di lavoro tali articoli ave-

(36) Thilo Marauhn, *Freedom of Expression, Freedom of Assembly and Association*, in D. Ehlers, U. Becker, (a cura di), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Walter de Gruyter, 2007 (97-129), 98.

(37) Cfr. C. Edu, *Langner c. Germania*, n.14464/11, n. 17/09/2015, par. 43; *Vogt c. Germania*, n. 17851/91, 26.09.1995, par. 53; *Matuz c. Ungheria*, n. 73571/10, 21.10.2014, par. 32; *Pay c. Regno Unito*, n. 32792/05, 16.09.2008.

(38) C. Edu, *Palomo Sánchez e altri c. Spagna* [GC] n. 28955/06 e altri, 12.09.2011, par. 76.

(39) Cfr. C. Edu, *Vogt c. Germania*, ma anche la *dissenting opinion* congiunta dei giudici Bonello, Strážnická, Birsan, Jungwiert e Del Tufo in *Maestri c. Italy*, n. 39748/98, 17.12.2004.

(40) C. Edu, *Herbai c. Ungheria*, n. 11608/15, 05.11.2019.

vano violato i suoi standard di riservatezza nonché i suoi interessi finanziari, laddove il ricorrente si era difeso sostenendo che non avevano alcun legame diretto con il suo datore di lavoro, ma si riferivano genericamente a modifiche intervenute sulla normativa fiscale sul reddito delle persone fisiche. I tribunali nazionali (compresa la Corte costituzionale) si sono rifiutati di considerare il caso alla luce della libertà di espressione del lavoratore, ipotizzando che gli articoli pubblicati dal lavoratore su argomenti professionali non potessero beneficiare della protezione garantita dalla libertà di parola giacché non potevano dirsi di interesse pubblico generale.

La Corte Edu non ha avallato questo approccio, affermando invece che «la libertà di parola connessa al posto di lavoro non protegge solo gli interventi che contribuiscono in maniera tangibile al dibattito pubblico su un dato argomento!» (41) Ha inoltre osservato che né il datore di lavoro né i tribunali nazionali hanno fatto alcun tentativo per dimostrare in che modo l'intervento in questione avrebbe riverberato i suoi effetti negativi sugli interessi commerciali. La Corte ha concluso che le autorità nazionali non erano riuscite a dimostrare in modo convincente che il rigetto dell'impugnazione del licenziamento presentata dal sig. Herbai si potesse basare su un giusto equilibrio dei diritti di ciascuna parte e aveva pertanto violato l'articolo 10 della Convenzione Edu.

(41) *Ibid.*, par. 42.

LAVORO PUBBLICO (*)

PERIODO NOVEMBRE 2019 - APRILE 2020

*Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli (**)*

SOMMARIO: Il datore di lavoro pubblico alla prova dell'emergenza Coronavirus. — 1. Il quadro normativo e la sua continua evoluzione. — 2. La disciplina semplificata del lavoro agile. — 3. La pandemia generata dal Covid-19 e le risorse giuridiche per il lavoro. — 3.1. L'utilità dello *smart working* (o lavoro agile): la vera *ratio* — 3.2. È tutto *smart* quello che luccica? — 4. Altre misure di gestione del personale nell'emergenza. — 5. Sicurezza sui luoghi di lavoro e ruolo delle parti sociali. — 6. Misure per la sicurezza dei lavoratori e obblighi delle pubbliche amministrazioni

— *Il datore di lavoro pubblico alla prova dell'emergenza Coronavirus* —

1. — *Il quadro normativo e la sua continua evoluzione* — Il primo intervento organico rivolto al contenimento e alla gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 è stato adottato con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. in l. 5 marzo 2020, n. 13 e poi ripetutamente modificato), che individua, tra le misure urgenti intese a prevenire e contrastare l'ulteriore trasmissione del virus, «*la chiusura o limitazione dell'attività degli uffici pubblici*».

Il Ministro per la pubblica amministrazione, con la direttiva n. 1 del 25 febbraio 2020, forniva i primi indirizzi applicativi per le amministrazioni pubbliche, da adottarsi anche al di fuori delle c.d. zone rosse, quelle con i più alti e drammatici livelli di contagio, «al fine di garantire uniformità, coerenza ed omogeneità di comportamenti del datore di lavoro per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro». In particolare, alle amministrazioni si dava indicazione di «*privilegiare* modalità fles-

(*) Il lavoro è frutto di una riflessione comune, tuttavia i paragrafi 1, 2 e 4 sono ascrivibili a Carla Spinelli, i paragrafi 3, 3.1. e 3.2 a Gabriella Nicosia, i paragrafi 5 e 6 a Paola Saracini.

(**) Gabriella Nicosia è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania; Paola Saracini è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio; Carla Spinelli è professore associato di Diritto dl lavoro presso l'Università di Bari.

sibili di svolgimento della prestazione lavorativa» e le si invitava, altresì, a «potenziare il ricorso al lavoro agile, individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura», per tutto il personale, indipendentemente dalla categoria di inquadramento e dalla tipologia di rapporto di lavoro (punto 3).

A seguito dell'approvazione del d.l. 2 marzo 2020, n. 9, contenente «misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19», sono state adottate ulteriori disposizioni in materia di lavoro pubblico (artt. 18-24). Tra l'altro, per effetto della modifica apportata all'art. 14 della l. n. 124/2015, si è sancito il superamento del regime sperimentale dell'obbligo per le amministrazioni di adottare misure organizzative per il ricorso a nuove modalità spaziotemporali di svolgimento della prestazione lavorativa e, pertanto, il ricorso al lavoro agile è diventato misura che opera a regime.

Nella circolare ministeriale n. 1/2020 del 4 marzo, quindi, sono state fornite indicazioni operative alle amministrazioni per l'implementazione e il monitoraggio delle modalità flessibili di organizzazione delle prestazioni lavorative.

L'inasprirsi della emergenza sanitaria e il susseguirsi della decretazione d'urgenza (d.P.c.m. 9 e 11 marzo 2020), con le inevitabili ricadute della normativa sopravvenuta sull'attività delle pubbliche amministrazioni, ha portato poi all'adozione della direttiva ministeriale n. 2 del 12 marzo 2020, con la quale il lavoro agile è stato dichiarato *modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa*, con l'obiettivo prioritario di includervi anche attività originariamente escluse. Di conseguenza, alle amministrazioni si prescrive di limitare la presenza del personale negli uffici ai soli casi in cui la presenza fisica sia indispensabile per lo svolgimento delle attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e di quelle indifferibili, adottando forme di rotazione dei dipendenti per garantire un contingente minimo di personale da porre a presidio di ciascun ufficio e assicurando prioritariamente la presenza del personale con qualifica dirigenziale, in funzione del proprio ruolo di coordinamento (punto 2). La direttiva n. 2/2020 contiene, inoltre, indicazioni operative in ordine alla gestione in modalità telematica di riunioni e procedure concorsuali, ulteriori misure di prevenzione per l'accesso di soggetti esterni alle sedi istituzionali, da consentirsi nei soli casi necessari all'espletamento delle attività amministrative indifferibili, nonché indicazioni inerenti al delicato tema della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro al tempo del Coronavirus (punti 6 e 7).

Con il d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 sono state decise, all'art. 87, misure straordinarie in materia di lavoro agile e di esenzione dal servizio, nonché

ancora con riferimento all'espletamento di procedure concorsuali. Nello specifico, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-2019 (fissato al 31 luglio 2020 dalla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020), salvo anticipazione del termine prevista con d.P.c.m. su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è individuato come la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni, per cui si prevedono modalità semplificate di attivazione. Tuttavia, qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile, le amministrazioni utilizzeranno gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione ed altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva. Esperite tali possibilità, infine, le amministrazioni potranno motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio.

In merito alle misure recate dal d.l. 17 marzo 2020 n. 18, la Ministra per la pubblica amministrazione ha emanato una circolare esplicativa, la n. 2/2020 del 2 aprile.

Con la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 sono state disposte modifiche al d.l. n. 18/2020, prevedendo, tra l'altro, un'ulteriore ipotesi di utilizzo delle c.d. ferie solidali (art. 87, c. 4 *bis*) e misure di semplificazione per le procedure di acquisto di computer e altre apparecchiature elettroniche da parte delle pubbliche amministrazioni al fine di agevolare l'applicazione del lavoro agile (art. 87 *bis*).

Il d.P.c.m. del 26 aprile 2020 ha dato avvio alla c.d. fase 2 di gestione della pandemia, con un primo cauto allentamento del *lockdown*. Il provvedimento governativo non contempla disposizioni innovative per le pubbliche amministrazioni, per le quali tuttavia non è da escludere, anzi è plausibile attendersi, un nuovo intervento regolativo ministeriale.

2. — *La disciplina semplificata per il lavoro agile* — L'irrompere della pandemia ha impresso un'accelerazione inimmaginabile alla diffusione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, che finora, disattendendo le prescrizioni della l. n. 124/2015 prima richiamata, avevano manifestato un interesse assai modesto per questa modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa, affermatasi per lo più a livello sperimentale, anche grazie all'azione promozionale del Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri.

Come è noto, l'art. 18, c. 3 della l. n. 81/2017 prevede che la disciplina del lavoro agile, dettata agli artt. 18-23, trovi applicazione anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni «in quanto compatibile» e, comunque, nel rispetto delle «direttive emanate anche ai

sensi dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti». Le linee guida per l'adozione del lavoro agile nel settore pubblico sono state dettate con la Circolare del ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 3/2017 (1).

La prestazione lavorativa in modalità agile si caratterizza per essere eseguita in parte all'interno dei locali aziendali (e, quindi, dell'amministrazione) e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, ma entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici. Tale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato deve essere stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi. La finalità sottesa al ricorso al lavoro agile è duplice: incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18, c. 1, l. n. 81/2017).

Appare evidente, in relazione al dato normativo richiamato, che la modalità di lavoro agile che i dipendenti pubblici stanno praticando in questo tempo di pandemia è ben lontana dalla fisionomia tipica dell'istituto: a cominciare dalla finalità perseguita con la sua adozione, che ne fa una misura prioritariamente intesa a tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, a seguire con la mancanza dell'alternanza tra sede di lavoro e altro luogo esterno ad essa per lo svolgimento della prestazione, confinata invece nelle sole mura domestiche. Ma l'aspetto persino più saliente dell'anomalia deve ravvisarsi nella possibilità data alle amministrazioni, e giustificata con esigenze di semplificazione nell'emergenza, di prescindere dalla stipula di accordi individuali (art. 87, c. 1, lett. b), che nella sistematica del lavoro agile costituiscono la sua principale fonte regolativa (art. 19, l. n. 81/2017), stante lo scarno articolato normativo della legge e l'assenza in questa di ogni rinvio alla contrattazione collettiva.

Al riguardo, non sembra necessario ritenere che la mancanza di accordo implichi altresì l'assenza di consenso del lavoratore, ma semplicemente che si consenta di prescindere dalla sua formalizzazione documentale, tant'è che la circ. n. 2/2020 precisa che «non è necessario che il dipendente inoltri specifica richiesta». Nell'ipotesi – invero alquanto remota, essendosi verificato semmai l'opposto – che il lavoratore manifesti la sua contrarietà a modificare in modalità agile lo svolgimento della prestazione lavorativa, infatti, l'amministrazione potrebbe sempre far ricorso agli altri istituti richiama-

(1) Sul punto cfr. Vallauri 2019, 169.

ti dal legislatore per limitare la presenza del personale negli uffici, alcuni dei quali richiedono comunque il consenso del dipendente peraltro, fino alla soluzione estrema dell'esonero dal servizio. D'altro canto, i lavoratori disabili gravi (ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/1992) e i lavoratori immunodepressi, nonché i lavoratori che abbiano nel proprio nucleo familiare disabili gravi o immunodepressi, hanno diritto a svolgere la prestazione in modalità agile, sempre che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione (art. 39, d.l. n. 18/2020 conv. da l. n. 27/2020). Sempre per esigenze di semplificazione, la prestazione lavorativa in modalità agile può essere svolta anche attraverso strumenti tecnologici nella disponibilità del dipendente. In tal caso, l'amministrazione è esonerata dalla responsabilità per il loro buon funzionamento e la sicurezza, in quanto l'articolo 18, c. 2, l. n. 81/2017 non trova applicazione (art. 87, c. 2). Per quanto concerne, più in generale, l'adempimento degli obblighi di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori agili, l'amministrazione è altresì esonerata dagli obblighi di informativa scritta ai sensi degli artt. 22 e 23, l. n. 81/2017 (art. 87, c. 1, lett. b). Va, tuttavia, segnalata l'informativa predisposta dall'Inail, la cui mera trasmissione al dipendente per via telematica consente di assolvere alla prescrizione dell'art. 22.

Tra le questioni più controverse relativamente al lavoro agile nella fase dell'emergenza si segnala l'attribuzione dei buoni pasto. Al riguardo, la circolare n. 2/2020 ha puntualizzato che il personale in questione non ha un automatico diritto al buono pasto, ma ha rinviato alle singole amministrazioni l'assunzione delle determinazioni in materia, previo confronto con le organizzazioni sindacali.

3. — *La pandemia generata dal Covid-19 e le risorse giuridiche per il lavoro* — La pandemia, derivata dalla diffusione del Covid-19, ha reso evidente la positiva necessità delle modalità di lavoro da remoto, tanto da lasciare pure intravedere la possibilità di un consolidamento del relativo utilizzo. Il lavoro in modalità agile (da tutti indicato come *smart working*) implementato ai tempi del Covid-19 è, come si diceva nei primi paragrafi, qualcosa di diverso dal tipo originario previsto e regolato dal legislatore del 2017 (2). Epperò visto che, sin qui, si è mostrata per lo più una ulteriore misura per contrastare e contenere l'imprevedibile emergenza epidemiologica, è comprensibile che siano andati perduti, almeno temporaneamente,

(2) Del quale ci siamo occupate in un precedente Osservatorio. Si tratta della parte curata da Carla Spinelli, in *Osservatorio* n. 4 del 2017. Della stessa Autrice l'ampio studio 2018.

alcuni tratti caratterizzanti la fattispecie, come l'alternanza fra lavoro in azienda (o dentro un'amministrazione) e lavoro in (o da) remoto; e questo perché, come si evince dalle circolari sopra citate, sono prevalse le fattezze di misura posta a tutela della salute che, in quanto tale, va accolta nonostante la forzatura applicativa nei termini ora descritti.

Pur con l'evidente scostamento dal tipo, di cui si è appena detto, lo *smart working* si è rivelato una autentica risorsa in un momento storico in cui non si avevano a disposizione altri strumenti in grado di coniugare in modo efficace la continuità nel lavoro con l'allontanamento dalla sede del suo naturale. Lo scenario che si dipana, adesso, agli occhi dell'interprete è tutto correlato alla fase 2 aperta con il d.P.c.m. sopra menzionato. Cosa accadrà al tipo originario del lavoro agile? Assisteremo al rimaneggiamento della fattispecie in funzione di un contesto lavorativo ormai profondamente mutato e segnato dalle vicende di cui si è ampiamente detto? Per quanto auspicabile lo *spolvero* di un modo di lavorare cui si pensava, erroneamente, almeno sino a qualche mese fa, dovessero rivolgersi per lo più le lavoratrici, non è possibile trascurare alcune criticità rimaste in ombra, in questa fase storica, per via della particolare situazione di emergenza. Nei successivi paragrafi, e tenendo sullo sfondo il quadro delle regole sopra prospettate, si proverà a sviluppare qualche considerazione sulle potenzialità dell'istituto ma anche su alcuni non trascurabili aspetti critici.

3.1 — *L'utilità dello smart working (o lavoro agile): la vera ratio* — Per accedere ad una corretta implementazione del tipo occorre in primo luogo delineare la vera *ratio* sottesa a questo strumento; quella, cioè, che la normativa intendeva perseguire in tempi di normalità. Se nell'immaginario collettivo si è tentati, infatti, di riflettere solo sulla essenziale funzione di conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro (o lavoro e lavoro di cura), che questa disciplina indubbiamente racchiude, non può essere sottaciuto l'altro corno funzionale di questo *modus operandi*: il miglioramento della qualità del lavoro erogato, della produttività. E questo specie negli apparati pubblici, da sempre assetati di efficienza. Di questi ci si occuperà anche in ragione della prioritaria destinazione di questo Osservatorio. D'altro canto è ormai nota l'apprezzabile, progressiva valorizzazione del benessere, dello star bene nei luoghi di lavoro pubblici, operata da una delle disposizioni più virtuose confezionata dal legislatore da un ventennio a questa parte: la novella dell'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 ad opera della l. n. 183 del 2010 (3) (ma si

(3) La legge n. 183 ha affermato, per la prima volta in modo generalizzato, che le PA garantiscono il benessere organizzativo nei luoghi di lavoro.

veda pure l'art. 57 del medesimo decreto). Dal momento in cui questa previsione è stata introdotta nel nostro ordinamento, è lentamente ma progressivamente attecchita nei processi organizzativi pubblici (4), e questo nonostante l'iniziale sottovalutazione della relativa importanza e pure una certa diffidenza.

Il lavoro agile potrebbe, allora, rivelarsi uno dei modi in cui è possibile lavorare sentendosi bene (anzi felici) e producendo di più. O almeno così sembrerebbe alla luce dello studio condotto dal Politecnico di Milano che, negli ultimi anni, ha indirizzato un focus sull'implementazione dello *smart working* tenendone il polso attraverso uno specifico Osservatorio. Secondo i numeri tratti da questo studio (5) gli *smartworker* sono mediamente più soddisfatti sia del rapporto con colleghi, e con i coordinatori, che della modalità organizzativa del proprio lavoro. Fra le principali ragioni che hanno spinto i lavoratori ad aderire al progetto agile, emergono non solo quelle di carattere personale, come la riduzione dello «stress da pendolare» e la ricerca di un migliore equilibrio tra vita privata e professionale, ma anche ragioni lavorative connesse all'aumento della motivazione e della produttività. Significative pure alcune considerazioni correlate all'attenzione per l'ambiente, anch'esse strettamente intrecciate con la riduzione delle emissioni dovute agli spostamenti tra casa e ufficio.

Pure i manager, responsabili della valutazione delle performance di questi lavoratori, sono stati coinvolti nei questionari e i dati hanno lasciato emergere l'apprezzamento per la maggiore responsabilizzazione sul raggiungimento dei risultati, il miglioramento dell'efficacia del lavoro e della gestione autonoma delle urgenze, oltre a un impatto positivo sulla condivisione delle informazioni e sul coordinamento.

Dello stesso tenore l'indagine condotta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze nell'ambito del progetto pilota di lavoro agile «Be Mef, Be Smart» (6), dalla quale è possibile ricavare dati altrettanto confortanti. Fra i profili di soddisfazione ascrivibili alla parte datoriale vale la pena evidenziare, per esempio, l'incremento della motivazione del personale, il miglioramento qualitativo e quantitativo dell'attività espletata, nonché il miglioramento nell'organizzazione del lavoro in ragione del più elevato spirito di

(4) Si legga, per esempio, l'art. 13 comma 5 del d.P.R. n. 62/2013.

(5) Una sintesi è reperibile all'indirizzo <https://www.som.polimi.it/lavoro-agile-presentati-i-dati-della-ricerca-dellosservatorio-smart-working/>.

(6) Le *slides* che ne raccolgono i principali dati sono consultabili all'indirizzo internet http://www.mef.gov.it/focus/documenti/forum_pa/2018/Be_MEFx_Be_SMART_Il_progetto_pilota_di_lavoro_agile_al_Ministero_dellxEconomia_e_delle_Finanze_risultati_e_prospettive.pdf.

collaborazione; dal versante dei lavoratori è emersa specularmente la soddisfazione dovuta alla percezione dell'investimento di un capitale di fiducia sugli *smart worker*, l'incremento della motivazione, il risparmio in termini di tempo impiegato per raggiungere la sede di lavoro e riduzione dello stress connesso, nonché i profili di migliore conciliazione delle esigenze personali/familiari con l'attività lavorativa.

3.2. — *È tutto smart quello che luccica?* — Ma davvero lo *smart working* racchiude solo profili positivi, o nasconde insidie da contemplare ed eventualmente disinnescare? Alcune criticità sono subito riconducibili ad un profilo essenziale presupposto, in verità, in ciascun rapporto di lavoro ma qui particolarmente evidente: la fiducia ed il reciproco affidamento sottesi alla relazione fra datore di lavoro e lavoratore, ma anche fra dirigente e collaboratori.

La parte datoriale deve potersi fidare e affidare al lavoratore in (o da) remoto, e altrettanto deve fare, per proprio conto, la dirigenza.

Questo comporta inevitabilmente l'affinamento delle tecniche di rilevazione delle performance e la migrazione consapevole verso un modello basato, almeno per la prestazione lavorativa svolta da remoto, sull'assegnazione di obiettivi sapientemente costruiti e sulla concreta ed efficace possibilità di verificarne, dopo, l'effettivo conseguimento. Ma comporta pure la valorizzazione di strumenti di progettazione come il Piano triennale delle performance e, come contraltare, l'adattamento e il rilancio del Smvp (Sistema di misurazione e valutazione delle performance) all'interno del quale occorre, quindi, prevedere le modalità applicative del lavoro agile.

I nostri apparati pubblici sono pronti per una sfida di questo tenore? Sono davvero pronti a superare tutte le resistenze che, per esempio, si sono frapposte agli omologhi tentativi di introiettare in tutte le amministrazioni la cultura del management per obiettivi e della valutazione delle performance? È qui che appare in tutta la sua pregnanza il ruolo del dirigente/manager e l'importanza del personale stile di leadership da mettere in campo. È qui che la decisione autonoma può fare davvero la differenza e segnare una vera trasformazione nello stile dirigenziale (7). Insomma se il lavoro diventa *smart*, altrettanto è opportuno faccia la dirigenza nell'affinare le proprie doti comunicative, nel costruire obiettivi condivisi e nel motivare e responsabilizzare i propri collaboratori al relativo raggiungimento; tutto questo mantenendo inalterato, anzi valorizzandolo, lo spirito di gruppo e il senso di appartenenza ad una squadra. Insomma alla spersonalizzazione di parte della

(7) Sempre attuale l'espressione di Pioggia 2008.

dinamica lavorativa deve fare da contrappeso la personalizzazione del modo in cui viene organizzato il lavoro (8).

Altra criticità di non poco momento, e così riannodo i fili del ragionamento dal quale sono partita, è quella tutta al femminile dell'inevitabile *rientro a casa* delle donne, con quello che questo comporta in termini di perdita della socialità e interazione con altri colleghi e di sostanziale azzeramento della faticosa emancipazione dal tradizionale ruolo di regina del focolare. A questo si aggiunga che, senza uno specifico intervento regolativo (mi riferisco alla configurazione del diritto alla disconnessione), e con tutti i vincoli della contrattazione collettiva, è assai concreto il rischio che diventi difficile prendere le distanze dalle attività lavorative (9). Essere sempre connessi e raggiungibili per il datore di lavoro, può rendere il rimedio peggiore del male e rischiare di trasformare il lavoro agile in una causa di conflitto tra lavoro e sfera personale, proprio perché il confine tra lavoro e vita privata tende a diventare evanescente (10). Senza contare, poi, gli aspetti correlati alla tutela della sicurezza e del buon funzionamento di strumenti e attività da remoto. Ancora va considerato che, ove la ripartenza del motore lavorativo del paese, dovesse convivere con la didattica a distanza delle scuole soprattutto primarie, le madri/lavoratrici avrebbero ulteriori problemi di conciliazione nella propria condizione di lavoro da remoto.

Se davvero, superata l'emergenza, si vuol consolidare l'esperienza del lavoro agile, riempiendo di contenuti l'invito (e la tensione) a moltiplicare i casi di utilizzo, ferma restando l'opportunità di adattare l'istituto alle peculiari esigenze di ciascuna amministrazione, sarà contestualmente consigliabile, non solo rispettare i tratti significativi della fattispecie tipica, ed in particolare l'alternanza lavoro in sede/lavoro da remoto, ma attivare anche quei meccanismi di verifica – affidati ad organismi come gli Oiv (Organismi indipendenti di valutazione) o i Cug (Comitati unici di garanzia) – dell'effettivo raggiungimento di un buon livello di benessere organizzativo qualunque sia il luogo in cui si adempia la propria prestazione lavorativa

(8) Sull'importanza del superamento della spersonalizzazione dell'attività gestionale, se possibile, si rinvia a Nicosia 2019.

(9) Sul diritto alla disconnessione *ex aliis*, v. Romeo 2019, 671.

(10) Si potrebbero emulare i cugini francesi che nella *loi travail* 2016-1088 hanno previsto il diritto alla disconnessione anche in ragione di un background preesistente ravvisabile tanto nella letteratura francese che in alcuni accordi negoziali. Sul tema D. Poletti, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 6 ss.

4. — *Altre misure di gestione del personale nell'emergenza* — Fermo restando il *favor* verso l'attivazione quanto più possibile estesa del lavoro agile, quando non vi siano le condizioni per farlo, il legislatore ha individuato le misure alternative alle quali le amministrazioni possono fare ricorso per limitare la presenza dei lavoratori negli uffici.

In primo luogo, all'art. 87, c. 3 del d.l. n. 8/2020, conv. in l. n. 27/2020, si menzionano le ferie pregresse. Al riguardo, la circ. n. 2/2020 precisa che «occorre fare riferimento alle ferie maturate e non fruiti, nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro e nell'ambito dell'esercizio delle prerogative datoriali». Pertanto, chiarisce ancora la circolare, la norma deve intendersi certamente riferita alle ferie maturate nel 2019, ma non ancora fruiti, eventualmente assegnate a rotazione o intervallate con il lavoro agile.

L'altra misura alternativa a disposizione delle amministrazioni è l'assegnazione dei congedi, ivi compresi quelli istituiti a fronte dell'emergenza sanitaria e, cioè, i 12 giorni ulteriori di permessi retribuiti a disposizione dei lavoratori che assistono soggetti disabili in situazione di gravità (nei mesi di marzo e aprile, *ex* art. 24, d.l. n. 18/2020) e i congedi aggiuntivi previsti a favore dei genitori in conseguenza dei provvedimenti di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado (regolati dall'art. 25 del medesimo decreto).

In ultima istanza, quando cioè non sia possibile ricorrere al lavoro agile e nemmeno alle altre forme di flessibilità organizzativa previste, le amministrazioni possono disporre, con provvedimento motivato, l'esonero dal servizio dei lavoratori, purché non si determinino effetti negativi sull'attività che l'amministrazione è chiamata ad espletare. Il periodo di esonero costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e, quindi, senza ripercussioni sulla retribuzione (con la sola esclusione dell'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista) e senza che l'istituto incida negativamente ai fini della valutazione e dell'erogazione del trattamento accessorio (v. ancora punto 2, circ. n. 2/2020).

Il legislatore ha provveduto a regolamentare anche le assenze dal servizio determinate dall'esposizione al Coronavirus. Nello specifico, i periodi di malattia, quarantena e sorveglianza attiva sono equiparati al ricovero ospedaliero (art. 87, c. 1, d.l. n. 18/2020 conv. da l. n. 27/2020), così come le assenze di dipendenti portatori di grave disabilità ovvero di specifiche patologie, debitamente certificate, che ne amplificano l'esposizione al rischio di contagio (art. 26 dello stesso decreto).

5. — *Sicurezza sui luoghi di lavoro e ruolo delle parti sociali* — Sul fronte della sicurezza nei luoghi di lavoro, il Ministero per la pubblica amministrazione ha sottoscritto due Protocolli d'intesa per la «Prevenzione e la sicurezza dei dipendenti pubblici in ordine all'emergenza sanitaria Covid-19», con la Cgil, Cisl e Uil (il 2 aprile) e con la Cse, Cida, Cosmed e Codirp (l'8 aprile). Entrambi i documenti fanno seguito al «Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro delle imprese» siglato il 14 marzo 2020 (poi rinnovato il 24 aprile e, successivamente, allegato al d.P.c.m. del 26 aprile 2020) e sono in linea con le indicazioni fornite dalla direttiva n. 2 del 12 marzo 2020, dalla circolare n. 2 del 1° aprile 2020 della Funzione pubblica, nonché con i d.P.c.m. dell'11 e del 22 marzo 2020.

Gli obiettivi principali dei documenti richiamati sono rinvenibili nella promozione e agevolazione del ricorso a misure necessarie a contenere la diffusione del contagio, alla messa in sicurezza degli ambienti di lavoro e di accesso al pubblico e, contestualmente, alla garanzia della continuità dei servizi e dei livelli retributivi dei pubblici dipendenti che li prestano.

Tali obiettivi vengono perseguiti attraverso diverse misure che intrecciano più livelli e piani di interesse: la tutela dei lavoratori, quella degli utenti, quella dell'organizzazione. La misura favorita si rinviene anche in questo caso nel lavoro agile: strumento contrattuale da prediligersi in quanto, come accennato, consente di limitare al minimo indispensabile la presenza nei luoghi di lavoro anche qualora si tratti di attività e servizi indifferibili e, al tempo stesso, di ridurre significativamente la circolazione delle persone, favorendo il cd. distanziamento sociale.

Ovviamente a questa indicazione ne seguono altre, che affrontano la problematica in una prospettiva di più ampio respiro.

Innanzitutto, fermo restando l'eventuale ricorso alle ferie pregresse e alle diverse forme di congedo (di cui si è già detto), le pubbliche amministrazioni sono invitate a ricorrere al collocamento in attività di formazione in remoto, utilizzando pacchetti formativi dalle stesse individuati.

Qualora però nessuna di queste soluzioni sia possibile e anche là dove agli stessi dipendenti in *smart working* sia richiesta la presenza in ufficio, sebbene per un tempo ridotto, i due Protocolli individuano una serie di misure per garantire agli stessi «la massima sicurezza possibile». Queste riguardano: a) la predisposizione dell'ambiente di lavoro; b) l'accesso; c) la permanenza nei luoghi di lavoro.

A) In riferimento al primo gruppo di misure, diretto a garantire le più opportune condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro, si ritiene necessario assicurare la pulizia giornaliera e la sanificazione periodica

dei locali, degli ambienti, delle postazioni di lavoro e delle aree comuni e di attesa dell'utenza; inoltre, qualora dovesse verificarsi un caso di positività al Covid-19 di un dipendente o di un utente che ha avuto recente accesso agli spazi di un'amministrazione, la stessa è invitata alla chiusura della struttura per almeno 24 ore ai fini dello svolgimento delle operazioni di pulizia e sanificazione dei locali interessati secondo la normativa vigente, nonché alla loro ventilazione e all'adozione di tutte le misure prescritte in caso di esposizione al contagio.

B) Per quanto concerne l'accesso dei dipendenti nei luoghi di lavoro, i documenti in esame suggeriscono una rimodulazione degli orari di lavoro, nonché l'erogazione dei servizi al pubblico attraverso appuntamenti cadenzati. A differenza di quanto rinvenibile nel Protocollo sulla sicurezza per le imprese, nulla è esplicitato riguardo alla possibilità di rilevare la temperatura dei dipendenti atta ad impedirne l'accesso ai locali qualora quest'ultima superi un certo limite. Ciò nonostante si ritiene che tale prescrizione sia applicabile anche ai lavoratori delle pubbliche amministrazioni. Infatti, nei documenti in esame, in primo luogo, pur nell'ambito dell'autonomia organizzativa, è esplicitata la possibilità di implementare azioni di sicurezza anche con misure analoghe a quelle riportate proprio nel Protocollo del 14 marzo; in secondo luogo, è stabilito che in caso di isolamento momentaneo dovuto al superamento della soglia di temperatura corporea, che proprio il Protocollo del 14 marzo stabilisce essere pari a 37,5°, o al pervenire di sintomi riconducibili al Covid-19, è necessario garantire il diritto alla riservatezza e alla dignità del lavoratore interessato dalla misura preventiva. Quest'ultima previsione, oltre a essere in linea con l'esigenza di tutela della riservatezza del dipendente – da assicurare pure nella diversa ipotesi in cui il lavoratore comunichi all'ufficio responsabile del personale di aver avuto, al di fuori del contesto lavorativo, contatti con soggetti risultati positivi al Covid-19 – ben si comprende proprio se riferita alla delicata questione della rilevazione della temperatura sui luoghi di lavoro. E, d'altronde, nei primi Protocolli attuativi tale attività è esplicitamente prevista (v. il Protocollo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, punto 12).

C) Infine, per quanto concerne la permanenza nei luoghi di lavoro, durante lo svolgimento della loro attività ai dipendenti deve essere garantita la dotazione degli adeguati dispositivi di protezione individuale (Dpi) e si sottolinea la necessità di contingentare l'accesso agli spazi comuni, mense, aree di attesa, con la previsione di una ventilazione o aerazione continua dei locali stessi, di un tempo ridotto di sosta all'interno di tali spazi e con il mantenimento della distanza di sicurezza di almeno 1 metro tra le persone che li occupano.

Rispetto alle diverse misure suggerite dai Protocolli, due sono le parole chiave alle quali prestare particolare attenzione: *partecipazione* e *monitoraggio*. Nei documenti in esame, infatti, si prende atto dell'opportunità da parte delle amministrazioni pubbliche di informare e promuovere un confronto con le rappresentanze sindacali, in una sana logica partecipativa nonché di monitorare periodicamente l'applicazione dei Protocolli, anche attraverso segnalazioni all'Ispettorato per la Funzione pubblica, che provvederà ad aggiornare le parti in maniera costante e continuativa sugli esiti delle segnalazioni ricevute.

6. — *Misure per la sicurezza dei lavoratori e obblighi delle pubbliche amministrazioni.* — Il tema della salute sui luoghi di lavoro nella fase emergenziale Covid-19 consente di riflettere anche su alcune questioni di carattere più generale che attengono, rispettivamente, alla vincolatività delle diverse prescrizioni, espresse in materia - a ben vedere - sotto forma di raccomandazioni, in provvedimenti amministrativi e da disposizioni dell'autonomia contrattuale, e all'obbligatorietà o meno per le pubbliche amministrazioni di procedere all'aggiornamento del Documento di valutazione dei rischi (Dvr).

In merito alla prima questione sembra plausibile ricondurre l'adozione di tali misure nell'ambito dell'obbligo di sicurezza datoriale. Sia in riferimento all'art. 2087 c.c., di ampia portata operativa e in considerazione del principio ivi contenuto della «massima sicurezza tecnologicamente possibile»; sia guardando alle fonti integrative degli obblighi datoriali contenuti nel d.lgs. 81/2008 che, nelle norme sulle definizioni (art. 2), fa espresso riferimento alle «buone prassi» e «linee guida». In altri termini, pur considerando un'eventuale carenza dei completi requisiti formali per assicurare pienamente al rango di misure legislative di prevenzione, è possibile affermarne un carattere di doverosità per le amministrazioni pubbliche, quali regole cautelari *minime* da adottare, sia pure con alcuni margini di discrezionalità organizzativa.

Quanto invece alla questione dell'aggiornamento del Dvr, il dibattito si è già ampiamente animato. Si riportano due delle possibili interpretazioni. La prima non lo ritiene necessario in quanto, trattandosi di un rischio biologico esogeno e generico che minaccia la salute pubblica, il compito di rilevarlo, indicarne le misure di precauzione e farle osservare, spetterebbe alle pubbliche autorità. A tali misure, pertanto, il datore di lavoro dovrà semplicemente adeguarsi, in attuazione dell'art. 2087 del codice civile, e tali misure si affiancheranno provvisoriamente a quelle ordinarie. Pertanto qualora il datore di lavoro non dovesse rispettarle non troverebbe applica-

zione l'art. 55 del d.lgs. n. 81/2008, ma diverse sanzioni di natura pubblicistica (11). Di diverso e più prudente avviso è chi, pur rilevando nel Covid-19 un rischio biologico esterno e generale (salvo ovviamente che per le aziende del settore sanitario), evidenziando il rapporto reciproco bidirezionale che può esserci tra rischi interni e rischi esterni ai luoghi di lavoro, ritiene che lo stesso debba esser valutato anche come rischio aziendale dal datore di lavoro e, pertanto, sia da valutare nell'ambito del Dvr, integrando quest'ultimo in maniera consequenziale (12).

Riferimenti bibliografici

- Natullo G. (2020), *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole*, in Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., Zoppoli L. (a cura di), *Coronavirus e lavoro*, Ediesse, Roma, in corso di pubblicazione.
- Nicosia G. (2019), *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul «capitale umano»*, in *RTDPub*, 785 ss.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza Coronavirus ed effettività*, in *Giustizia civile.com.*, 1 ss.
- Pioggia A. (2008), *Managerialità della dirigenza nell'organizzazione degli uffici e nella gestione delle risorse umane*, in D'Alessio G. (a cura di), *L'Amministrazione come professione*, il Mulino, Bologna.
- Poletti D. (2017), *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»* in *RCP*, 6 ss.
- Romeo A. (2019), *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invasioni tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, in *RGL*, n. 4, (I), 671 ss.
- Spinelli C. (2018), *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari.
- Vallauri M.L. (2019), *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in AaVv., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quaderni RGL*, 4, 169 ss.

(11) In tal senso, Pascucci 2020, 5.

(12) Così, tra gli altri, Natullo 2020.