

OSSERVATORI ONLINE

N. 4/2021

a cura di Roberta Nunin ()*

LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA APRILE-SETTEMBRE 2021

SOMMARIO: 1. Successione di contratti a termine e ricercatori universitari a tempo determinato. — 2. Contrasto alle discriminazioni retributive di genere e lavoro «di pari valore». — 3. Migranti e prestazioni sociali. — 4. Orario di lavoro e militari. — 5. Libertà religiosa, regole di abbigliamento e velo islamico. — 6. Orario di lavoro, pause e tempo di lavoro. — 7. Cittadini dell'Unione inattivi e assicurazione di malattia. — 8. Cittadini di paesi terzi e riconoscimento di assegni di maternità/natalità.

Rapporto di lavoro

1. — *Successione di contratti a termine e ricercatori universitari a tempo determinato* — Con la decisione del 3.6.2021 sul caso *E.B.* (1), la Corte di Giustizia è intervenuta in merito a un rinvio pregiudiziale formulato dal Tar del Lazio e relativo alle assunzioni a termine dei ricercatori universitari, statuendo che la clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, debba essere interpretata nel senso che essa non osti a una normativa nazionale – quale quella italiana in discussione – in forza della quale sia prevista, per quanto riguarda l'assunzione dei ricercatori universitari, la stipulazione di un contratto a tempo determinato per un periodo di tre anni, con una sola possibilità di proroga per un periodo massimo di due anni, subordinando, da un lato, la stipulazione di tali contratti alla condizione che siano disponibili risorse «per la programmazione, al fine di svolgere attività di ricerca, di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti», e, dall'altro, la proroga di tali contratti alla «positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte», senza che sia necessario che tale normativa stabilisca i criteri oggettivi e trasparenti che con-

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

(1) C. Giust., sentenza 3.6.2021, Settima Sezione, *E.B.*, C-326/19 – Presidente e Relatore Kumin, Avvocato Generale Bobek.

sentano di verificare se la stipulazione e il rinnovo di tali contratti rispondano effettivamente a un'esigenza reale, se essi siano idonei a conseguire l'obiettivo perseguito e siano necessari a tal fine.

La Corte precisa che dal tenore letterale della clausola 5 dell'Accordo quadro nonché dalla propria giurisprudenza costante risulta che tale clausola si applica solo in caso di successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (vd. sentenze del 22.1.2020, *Baldonado Martín*, C-177/18, par. 70, e del 19.3.2020, *Sánchez Ruiz e a.*, C-103/18 e C-429/18, par. 56 e giurisprudenza ivi citata); di conseguenza, un contratto che è il primo o l'unico contratto di lavoro a tempo determinato non rientra nell'ambito di applicazione di tale clausola (vd. anche la sentenza del 11.2.2021, *M.V. e a.*, C-760/18, par. 38 e giurisprudenza ivi citata).

Pertanto, la stipula di un contratto per un posto di ricercatore a tempo determinato di tipo A non è disciplinata dalla clausola n. 5, che invece precisa la Corte, viene in gioco qualora un contratto di tipo A sia prorogato per un periodo massimo di due anni, come previsto all'articolo 24, comma 3, lett. a, della legge n. 240/10, «in quanto si tratta, in tal caso, di una successione di due contratti a tempo determinato» (vd. par. 54 della sentenza). Peraltro, osserva la Corte, in tema di contrasto agli abusi, «l'articolo 24, comma 3, della legge n. 240/2010 contiene due delle misure indicate alla clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro, ossia limiti riguardanti la durata massima totale dei contratti a tempo determinato e il numero di possibili rinnovi», e il giudice del rinvio «non ha menzionato elementi che potrebbero suggerire che tali misure non siano sufficienti per prevenire efficacemente il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato nel caso dei contratti di tipo A» (par. 60 della sentenza).

Quanto infine al beneficio della stabilità, la Corte ritiene che la cessazione degli effetti di un contratto di ricercatore a tempo determinato, come quello di E.B., assunto in forza di un contratto di tipo A, non comporti necessariamente un'instabilità dell'impiego, in quanto si consente comunque al lavoratore interessato di acquisire le qualifiche necessarie per conseguire un contratto di tipo B, il quale può, a sua volta, portare a un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in qualità di professore associato (par. 65).

2. — *Contrasto alle discriminazioni retributive di genere e lavoro «di pari valore»*
— Con la decisione del 3.6.2021 sul caso *Tesco* (2), la Corte di Giustizia è intervenuta sul tema, ancora assolutamente attuale, della parità retributiva

(2) C. Giust., sentenza 3.6.2021, Seconda Sezione, *Tesco Stores Ltd*, C-624/19 – Presidente Arabadjev, Relatore von Danwitz, Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe.

tra lavoratori di sesso diverso a fronte di un lavoro di pari valore, in relazione a una controversia tra la multinazionale britannica Tesco Ltd. e circa seimila suoi dipendenti ed ex dipendenti. Nel caso di specie, lavoratrici e lavoratori ricorrenti lamentavano di non aver beneficiato, di fronte a un lavoro che poteva considerarsi di pari valore, di una pari retribuzione, in violazione tanto dell'art. 79 dell'*Equality Act* britannico del 2010, quanto dell'art. 157 TfUe. Va detto preliminarmente che la società Tesco opera nel settore della rivendita al dettaglio con oltre tremila negozi, che impiegano circa 250.000 dipendenti, ai quali si aggiungono i circa 11.000 lavoratori impiegati nella rete di distribuzione, facente capo a 24 centri. Le lavoratrici ricorrenti lamentavano che il proprio lavoro – di impiegate nei negozi – e quello dei lavoratori maschi – impiegati nei centri di distribuzione – non fosse ritenuto di pari valore e rilevavano che sarebbe dovuto essere loro consentito il confronto con i colleghi maschi, anche se il lavoro di questi ultimi veniva svolto presso stabilimenti diversi. La società datrice di lavoro, invece, contestava che fosse possibile operare un tale raffronto, trattandosi di mansioni diverse, e contestando comunque che l'art. 157 TfUe potesse avere un effetto diretto nell'ambito di azioni fondate su un lavoro «di pari valore» e non su un lavoro «uguale».

Tale ultima prospettazione non è stata accolta dalla Corte di Giustizia che, nella propria decisione, dopo aver ribadito in modo chiaro l'efficacia diretta dell'art. 157 del TfUe anche nelle controversie tra privati, ha sottolineato come l'obbligo alla parità di trattamento retributivo non possa essere circoscritto all'ambito del lavoro «uguale», ma debba trovare applicazione anche tra lavoratori e lavoratrici che eseguano un lavoro «di pari valore». Peraltro, nella sentenza, la Corte non chiarisce come misurare concretamente il «pari valore» del lavoro, rimettendo la questione di fatto, indubbiamente non poco complessa, al giudice nazionale: «... la questione se i lavoratori interessati svolgano uno “stesso lavoro” o un “lavoro di pari valore”, come previsto dall'art. 157 TfUe, comporta una valutazione di fatto [...]. A tale riguardo occorre ricordare che spetta al giudice nazionale, che è l'unico competente a verificare e valutare i fatti, accertare se, tenuto conto della natura concreta delle attività svolte da tali lavoratori, si possa attribuire un valore eguale a queste ultime» (così il par. 30 della sentenza in commento). La questione della misurazione concreta rimane dunque ancora aperta e, proprio in ragione di questo, riteniamo debba salutarsi con favore la recente proposta di direttiva del 4 marzo 2021 Com(2021)93 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza retributiva, volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso

l'individuazione di una serie di criteri che assicurino una maggiore trasparenza dei sistemi retributivi, con specifici obblighi informativi corredati anche da opportuni strumenti di controllo e monitoraggio.

3. — *Migranti e prestazioni sociali* — Nella decisione del 10.6.2021 (3) sul caso austriaco *K.V.*, la Corte di Giustizia è ancora una volta intervenuta sul tema dei diritti sociali dei migranti. I giudici di Lussemburgo hanno in primo luogo statuito che l'art. 11, par. 1, lett. *d*, della Direttiva n. 2003/109/Ce del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, deve essere interpretato nel senso che esso osti, anche qualora si sia fatto uso della facoltà di applicare la deroga prevista dall'art. 11, par. 4, di tale direttiva, a una normativa di uno Stato membro in forza della quale, per quanto riguarda i cittadini di paesi terzi soggiornanti di lungo periodo (nel caso di specie si trattava di un cittadino turco), la concessione di un'indennità di alloggio sia subordinata alla condizione che essi forniscano la prova, secondo modalità determinate da tale normativa, di possedere conoscenze di base nella lingua di detto Stato membro, se tale indennità di alloggio costituisce una «prestazione essenziale», ai sensi di quest'ultima disposizione; verifica questa che spetta al giudice del rinvio.

La Corte ha peraltro giudicato che una tale normativa, applicabile indistintamente a tutti i cittadini di paesi terzi, non rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva n. 2000/43/Ce del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

Infine, laddove ci si sia avvalsi della facoltà di applicare la deroga di cui all'art. 11, par. 4, della Direttiva n. 2003/109, rileva la Corte come l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sia destinato ad applicarsi in presenza di una legislazione quale quella in questione, se una tale indennità di alloggio non costituisce una «prestazione essenziale» ai sensi del predetto art. 11. Laddove l'indennità di alloggio costituisca un servizio essenziale di tal sorta, ritiene comunque la Corte che l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali, nella misura in cui vieta ogni discriminazione per motivi di origine etnica, non osti a tale regolamentazione.

(3) C. Giust., sentenza 10.6.2021, Quinta Sezione, *K.V.*, C-94/20 – Presidente Regan, Relatore Jarukaitis, Avvocato Generale Hogan.

4. — *Orario di lavoro e militari* — Con la decisione sul caso sloveno *B.K.* del 15.7.2021 (4), la Corte di Giustizia ha precisato alcuni aspetti in ordine all'applicazione delle disposizioni della direttiva in tema di orario di lavoro ai militari. Ha statuito la Corte che l'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 2003/88/Ce del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, letto alla luce dell'art. 4, par. 2, TUE, deve essere interpretato nel senso che un'attività di guardia svolta da un militare è esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva con specifico riferimento alla seguenti ipotesi: quando tale attività abbia luogo nell'ambito della sua formazione iniziale, di un addestramento operativo o di un'operazione militare propriamente detta; quando essa costituisca un'attività particolare a tal punto da non prestarsi a un sistema di avvicendamento degli organici che consenta di garantire il rispetto delle esigenze della detta direttiva; quando risulti, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che tale attività sia svolta nell'ambito di eventi eccezionali, la cui gravità e la cui ampiezza richiedano l'adozione di misure indispensabili alla tutela della vita, della salute e della sicurezza della collettività e la cui corretta esecuzione sarebbe compromessa se dovessero essere rispettate tutte le norme previste dalla detta direttiva; e, infine, quando l'applicazione della direttiva a una siffatta attività, imponendo alle autorità interessate di istituire un sistema di avvicendamento o di pianificazione dell'orario di lavoro, potrebbe avvenire solo a discapito del corretto svolgimento delle operazioni militari propriamente dette.

Inoltre, nella sentenza *de qua*, la Corte ha precisato che l'art. 2 della già citata direttiva deve essere interpretato nel senso che esso non osti a che un periodo di guardia nel corso del quale un militare sia tenuto a rimanere all'interno della caserma cui è assegnato, ma non vi svolga un lavoro effettivo, sia retribuito in modo diverso da un periodo di guardia durante il quale egli renda prestazioni di lavoro effettivo.

5. — *Libertà religiosa, regole di abbigliamento e velo islamico* — Con la decisione del 15.7.2021 nelle cause riunite C-804/18 e C-341/19 (5), la Corte di Giustizia è intervenuta sulla delicata questione del conflitto tra regole in materia di abbigliamento sul luogo di lavoro e osservanza di precetti reli-

(4) C. Giust., sentenza 15.7.2021, Grande Sezione, *B.K.*, C-742/19 – Presidente Lenaerts, Relatore Lycourgos, Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe.

(5) C. Giust., sentenza 15.7.2021, Grande Sezione, *I.X. c. Wabe e V. et al.*, cause riunite C-804/18 e C-341/19 – Presidente Lenaerts, Relatore Biltgen, Avvocato Generale Rantos.

giosi. Nei due casi di specie, entrambi provenienti dalla Repubblica federale tedesca, si discuteva nello specifico del divieto imposto ad alcune lavoratrici di indossare sul lavoro il velo islamico; questione come è noto assai dibattuta e negli ultimi anni sempre più di frequente sottoposta al vaglio della giurisprudenza.

Nell'articolata pronuncia emessa dalla Grande Sezione della Corte, in prima battuta si è statuito che l'art. 1 e l'art. 2, par. 2, lett. *a*, della Direttiva n. 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 una norma interna di un'impresa che vieti ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, ove tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata. Quanto poi alla lett. *b* della stessa norma sopra citata, la Corte afferma che essa debba essere interpretata nel senso che una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, derivante da una norma interna di un'impresa del tipo che si è detto, possa essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei clienti o degli utenti, a condizione che, in primo luogo, tale politica risponda a un'esigenza reale di detto datore di lavoro – circostanza che spetterà a quest'ultimo dimostrare prendendo in considerazione segnatamente le aspettative legittime di detti clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si iscrivono – in secondo luogo, che detta differenza di trattamento sia idonea ad assicurare la corretta applicazione di tale politica di neutralità, il che presuppone che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico; e, in terzo luogo, che detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto.

Peraltro, sempre con riferimento a tale ultima disposizione – oltre che alla lett. *i* del medesimo art. 2 –, la Corte ha ribadito la necessità di interpretarla nel senso che una discriminazione indiretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali derivante da una norma interna di un'impresa che vieti, sul luogo di lavoro, di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allo scopo di assicurare una politica di neutrali-

tà all'interno di tale impresa possa essere giustificata solo se detto divieto riguardi «qualsiasi» forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose e non solo quelle vistose e di grandi dimensioni, altrimenti vi sarebbe il rischio di lasciare spazio a una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, che non può in ogni caso essere giustificata sulla base di tale norma.

Infine, precisa la Corte, l'art. 2, par. 2, lett. *b*, già citato deve essere interpretato nel senso che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di religione possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli, ai sensi dell'art. 8, par. 1, della citata direttiva, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

6. — *Orario di lavoro, pause e tempo di lavoro* — Con la sentenza *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, del 9.9.2021 (6), la Corte di Giustizia ha affermato che la pausa concessa a un lavoratore durante il suo orario di lavoro giornaliero (nel caso di specie si trattava di un vigile del fuoco privato), durante la quale egli, se necessario, deve essere pronto a partire per un intervento entro due minuti, costituisce «orario di lavoro» quando, da una valutazione globale di tutte le circostanze pertinenti, risulti che i vincoli imposti al lavoratore in questione durante la pausa di cui sopra siano di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare tale tempo ai propri interessi.

Peraltro, la Corte aveva già statuito che rientra nella nozione di «orario di lavoro», ai sensi della Direttiva n. 2003/88, la totalità dei periodi di guardia, ivi compresi quelli in regime di reperibilità, nel corso dei quali i vincoli imposti al lavoratore siano di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente, nel corso dei periodi in questione, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti [vd., in tal senso, anche la sentenza del 9.3.2021, *Radiotelevizija Slovenija*, C-344/19, concernente un periodo di guardia in un luogo remoto e della quale ci siamo già occupati in questo Osservatorio (vd. settembre 2020-marzo 2021)].

(6) C. Giust., sentenza 9.9.2021, Decima Sezione, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, C-107/19 – Presidente f.f. Juhász, Relatore Lycourgos, Avvocato Generale Pitruzzella.

Sicurezza sociale

7. — *Cittadini dell'Unione inattivi e assicurazione di malattia* — La sentenza del 15.7.2021, C-535/19 (7), trae origine dalla vicenda di un cittadino italiano stabilitosi in Lettonia, ove risiedevano la moglie – cittadina lettone – e i figli, che si era visto negare dal Servizio sanitario lettone l'iscrizione al sistema pubblico di assicurazione medica obbligatoria sulla base della circostanza che l'interessato non risultasse rivestire la qualifica di lavoratore subordinato o autonomo.

La Corte ha statuito che l'art. 3, par. 1, lett. *a*, del Regolamento (Ce) n. 883/2004, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 988/2009, del 16 settembre 2009, debba essere interpretato nel senso che prestazioni di cure mediche, finanziate dallo Stato, erogate, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, alle persone rientranti nelle categorie di beneficiari definite dalla normativa nazionale costituiscono «prestazioni di malattia», ai sensi di tale disposizione, rientrando quindi nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 883/2004, come modificato dal Regolamento n. 988/2009. Inoltre, precisa la Corte, l'art. 11, par. 3, lett. *e*, del medesimo regolamento, letto alla luce dell'art. 7, par. 1, lett. *b*, della Direttiva n. 2004/38/Ce, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, deve essere interpretato nel senso che osti a una normativa nazionale che escluda dal diritto di essere iscritti al sistema pubblico di assicurazione malattia dello Stato membro ospitante, al fine di beneficiare di prestazioni di cure mediche finanziate dallo Stato in parola, i cittadini di un altro Stato membro dell'Unione economicamente inattivi, rientranti, in forza dell'art. 11, sopra citato, nella sfera di applicazione della normativa dello Stato membro ospitante e che esercitino il loro diritto di soggiornare nel territorio di quest'ultimo conformemente all'art. 7 della direttiva menzionata.

Peraltro, precisa infine la Corte, l'art. 4 e l'art. 11, par. 3, lettera *e*, del Regolamento n. 883/2004, come modificato dal Regolamento n. 988/2009, nonché l'art. 7, par. 1, lettera *b*, e l'art. 24 della Direttiva n. 2004/38 devono essere interpretati nel senso che essi non ostino a che l'affiliazione di tali cittadini dell'Unione al sistema in parola non sia gratuita, al fine di evitare che detti cittadini diventino un onere eccessivo per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante.

(7) C. Giust., sentenza 15.7.2021, Grande Sezione, *A.*, C-535/19 – Presidente Lenaerts, Relatrice Jürimäe, Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe.

8. — *Cittadini di paesi terzi e riconoscimento di assegni di maternità/natalità* — Con la decisione del 2.9.2021 (8), la Corte di Giustizia è intervenuta su una richiesta di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte costituzionale in merito al tema degli ostacoli talora imposti in Italia al riconoscimento di assegni di natalità/maternità per i cittadini di Stati terzi legalmente soggiornanti e titolari di un permesso di lavoro, sulla base del mancato riconoscimento dello *status* di soggiornanti di lungo periodo. La Consulta, investita della questione in sede di rinvio operato dalla Corte di Cassazione, ha chiesto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia di chiarire la portata di accesso alle prestazioni sociali di cui all'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali e del diritto alla parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale concesso dall'art. 12 della Direttiva n. 2011/98 ai lavoratori di paesi terzi.

La Corte di Giustizia, nella composizione a Grande Sezione, ha precisato che, poiché l'art. 12, par. 1, lett. e, della Direttiva n. 2011/98 riconosce il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale di cui all'art. 34, par. 1 e 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, occorre esaminare la questione relativa alla conformità della normativa italiana con il diritto dell'Unione unicamente alla luce di tale direttiva. Poiché l'ambito di applicazione della suddetta disposizione della direttiva, che rinvia al Regolamento n. 883/2004, è determinato da quest'ultimo, la Corte è passata a verificare se l'assegno di natalità e l'assegno di maternità di cui trattasi possano costituire prestazioni rientranti nei settori della sicurezza sociale elencati all'art. 3, par. 1, del citato regolamento.

A tale riguardo, per quanto concerne l'assegno di natalità, la Corte rileva che tale assegno viene concesso automaticamente ai nuclei familiari che rispondono a determinati criteri oggettivi definiti *ex lege*, prescindendo dunque da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del richiedente. Si tratta quindi di una prestazione in denaro destinata in particolare, mediante un contributo pubblico al bilancio familiare, ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento di un figlio appena nato o adottato; di conseguenza, la Corte conclude che tale assegno costituisca una prestazione familiare, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. j, del Regolamento n. 883/2004.

Quanto all'assegno di maternità, la Corte osserva che esso è concesso o negato tenendo conto, oltre che dell'assenza di un'indennità di maternità connessa a un rapporto di lavoro o allo svolgimento di una libera profes-

(8) C. Giust., sentenza 2.9.2021, Grande Sezione, *O.D. e al. c. Inps*, C-350/20 – Presidente Lenaerts, Relatrice Jarukaitis, Avvocato Generale Tanchev.

sione, delle risorse del nucleo di cui fa parte la madre sulla base di un criterio oggettivo e legalmente definito, ossia l'indicatore della situazione economica, senza che l'autorità competente possa tener conto di altre circostanze personali. Tale assegno si riferisce dunque al settore della sicurezza sociale di cui all'art. 3, par. 1, lett. *b*, del Regolamento n. 883/2004.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude che l'assegno di natalità e l'assegno di maternità rientrano nei settori della sicurezza sociale per i quali i cittadini di paesi terzi di cui all'art. 3, par. 1, lett. *b* e *c*, della Direttiva n. 2011/98 beneficiano del diritto alla parità di trattamento da quest'ultima previsto e, tenuto conto del fatto che l'Italia non si è avvalsa della facoltà offerta dalla direttiva agli Stati membri di limitare la parità di trattamento, la Corte ritiene che la normativa nazionale che escluda i cittadini di paesi terzi dal beneficio di detti assegni non sia conforme all'art. 12, par. 1, lett. *e*, di tale direttiva.

OSSERVATORIO LAVORO PUBBLICO

N. 4/2021

Gabriella Nicosia, Paola Saracini, Carla Spinelli ()*

LAVORO PUBBLICO

APRILE-OTTOBRE 2021

La salute dei lavoratori e l'agilità delle prestazioni lavorative nell'era Brunetta-*bis* (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La salute e sicurezza dei lavoratori tra obbligo vaccinale e *green pass*. — 2.1. L'obbligo vaccinale per il personale sanitario al vaglio del Consiglio di Stato: un *decisum* che fa riflettere. — 2.2. L'obbligo del *green pass* per i dipendenti pubblici. — 2.2.1. Una questione ancora aperta: prime indicazioni per il personale docente. — 3. Il lavoro agile nell'era Brunetta-*bis*: il quadro normativo. — 3.1. Le sfide organizzative per le amministrazioni.

1. — *Premessa* — L'emergenza sanitaria da Covid-19, tuttora in corso, è inevitabilmente al centro di questo numero dell'*Osservatorio*, dedicato in particolare ad alcuni importanti provvedimenti adottati per le pubbliche amministrazioni. Per un verso, l'attenzione sarà rivolta alle misure che, nell'ambito della tutela della salute e sicurezza, impongono specifici obblighi ai lavoratori, come la vaccinazione e la certificazione verde Covid-19 (cd. *green pass*), che saranno osservati anche attraverso il filtro della giurisprudenza amministrativa; per altro verso, si guarderà ai provvedimenti rivolti, in prospettiva, a un ritorno alla normalità. Emblematica in tal senso è la nuova regolamentazione sul lavoro agile che, da strumento valorizzato per fronteggiare una situazione del tutto eccezionale, viene nuovamente ricondotto alle sue funzioni originarie: favorire, attraverso la produttività e l'orientamento ai risultati, un miglioramento dei servizi pubblici e al tempo stesso conciliare esigenze delle lavoratrici e dei lavoratori ed esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni.

2. — *La salute e sicurezza dei lavoratori tra obbligo vaccinale e green pass* — La pandemia degli ultimi due anni ha avuto, come si sa, inevitabili ripercus-

(*) Rispettivamente, professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Catania, professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio, professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

(**) Il lavoro è frutto di una riflessione comune, così com'è comune la stesura del par. 1; tuttavia i parr. 2 e 2.1 sono ascrivibili a Gabriella Nicosia, i parr. 2.2. e 2.2.1 a Paola Saracini, i parr. 3 e 3.1 a Carla Spinelli.

sioni sulla tutela della (e cautela verso la) salute e sicurezza dei lavoratori e non solo. Infatti, mai come negli ultimi mesi è apparso vivo e animato (anzi, forse animoso) il dibattito sulle prerogative che discendono dal diritto alla salute sancito nella nostra Costituzione e configurato come un diritto fondamentale dell'individuo. L'Unità di crisi Coronavirus ha adottato un approccio peculiare alla questione. Come si legge nel Protocollo anticontagio: «... l'attività di informazione e formazione è, infatti, rilevante e indispensabile per sensibilizzare e coinvolgere tutto il personale che dovrà rispettare le principali misure di sicurezza, utilizzare i dispositivi di protezione forniti dal datore di lavoro, sottoporsi, ove previsto, al controllo della temperatura e a eventuali analisi biochimiche e quanto altro concordato con il medico competente e l'Rspp, sentiti gli Rls. Il principio condiviso dall'Unità di crisi Dgpub-Covid-19 è stato, infatti, sin dall'inizio dell'emergenza, che se proteggi te stesso proteggi gli altri, allo scopo di consolidare in modo diffuso la consapevolezza della necessità che ognuno contribuisca alla riduzione della diffusione del virus e di garantire l'impegno riguardo alla politica adottata in materia di Covid-19» (1).

Fra le fonti più recenti in tale ambito, vanno segnalate l'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in legge n. 76/2021, relativo all'obbligo vaccinale per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, il d.l. 21 settembre 2021, n. 127, recante «Misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde Covid-19 e il rafforzamento del sistema di *screening*», e il successivo d.P.C.m. del 12 ottobre, contenente, ai sensi dell'art. 1, c. 5, del medesimo d.l. n. 127/2021, le Linee guida in materia di condotta delle pubbliche amministrazioni per l'applicazione della disciplina in materia di obbligo di possesso e di esibizione del *green pass* da parte del personale.

2.1. — *L'obbligo vaccinale per il personale sanitario al vaglio del Consiglio di Stato: un decisum che fa riflettere* — Non v'è dubbio che lo scenario normativo che più in generale interviene, ed è intervenuto, nella regolamentazione dell'emergenza da Covid-19 è quello di una sorta di «diritto eccezionale», che, ferma restando la disciplina della decretazione d'urgenza, affida funzioni regolative anche, da un lato, ai d.P.C.m., come legittimati nel Codice della protezione civile (d.lgs. del 2 gennaio del 2018, in particolare nell'art. 25), e, dall'altro lato, ai Protocolli d'intesa, che allegati ai d.P.C.m., median-

(1) Così il Protocollo consultabile all'indirizzo internet https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_bandi_248_5_file.pdf.

te un processo di recezione materiale nel testo normativo, evocano la soluzione normativa adottata a suo tempo dalla legge Vigorelli (2). È in questo scenario che si innesta la sentenza della III Sezione del Consiglio di Stato del 20.10.2021, n. 7045, sinora inedita, concernente, rispetto al tema qui trattato, la questione più accesa negli ultimi mesi: ossia l'obbligo vaccinale.

Si tratta della vicenda originata dal personale sanitario nella Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia che si è opposto alla vaccinazione.

La contestazione riguarda gli atti con i quali le Aziende sanitarie friulane hanno inteso dare applicazione, nei confronti di questi soggetti, all'obbligo vaccinale cd. «selettivo» previsto dall'art. 4 del d.l. n. 44/2021. Questa norma dispone che, «al fine di tutelare la salute pubblica e mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza [...] gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 43 del 2006, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2». La norma stabilisce anche che la vaccinazione costituisce espressamente, ai sensi del citato comma 1, «requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati» e «che è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle Regioni, dalle Province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano».

L'unica esenzione dall'obbligo vaccinale, con differimento o, addirittura, omissione del trattamento sanitario in prevenzione, è doverosamente prevista, nel comma 2, per il solo caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale.

Poste queste premesse, il Collegio costruisce il proprio *decisum* ricorrendo all'approccio del bilanciamento fra beni/interessi in gioco, non disdegnando di mettere pure in comparazione i fondamenti di garanzia scientifica posti a sostegno dei vaccini con le mere paure illogiche, prive quindi di concreta sperimentazione, dei lavoratori «no vax».

Vale la pena riportare per intero uno dei passaggi cruciali del ragionamento logico giuridico dei giudici amministrativi rispetto a una ipotetica sproporzione, nel quale si legge che, «in merito alla dedotta mancanza di

(2) Su tutti questi aspetti, Albi 2021; in generale sul tema, si leggano Pascucci 2019 e Natullo 2020.

proporzione, [...] occorre rilevare che le evidenze registrate negli ultimi mesi, a vaccinazione avviata, e oggetto di studi – anche osservazionali – dimostrano come solo la vaccinazione stia producendo il risultato di limitare la diffusione del contagio, in generale, e nelle strutture sanitarie, ospedaliere e residenziali, in particolare, impedendo che la trasmissione avvenga proprio nei luoghi di cura, a danno dei soggetti più fragili (malati e anziani), proprio per via del personale medico o infermieristico non vaccinato, in quanto le altre misure, indicate dall'appellante, per quanto utili e raccomandate non sono state decisive nel limitare il contagio, come dimostrano la prima e la seconda ondata della pandemia. [...] Quanto alla natura discriminatoria della previsione, infine, il carattere selettivo della vaccinazione obbligatoria è giustificato non solo dal principio di solidarietà verso i soggetti più fragili, cardine del sistema costituzionale (art. 2 Cost.), ma immanente e consustanziale alla stessa relazione di cura e di fiducia che si instaura tra paziente e personale sanitario, relazione che postula, come detto, la «sicurezza delle cure», impedendo che, paradossalmente, chi deve curare e assistere divenga egli stesso veicolo di contagio e fonte di malattia. [...] Non può essere seguita la tesi degli appellanti, quando invocano la prevalenza del diritto di autodeterminazione, pur fondamentale nel nostro ordinamento, come si è detto, in quanto diretta espressione della dignità della persona, a scapito dell'interesse pubblico alla vaccinazione obbligatoria degli operatori sanitari, poiché quello stesso valore supremo nella gerarchia dei principi costituzionali e, cioè, la dignità della persona (vd., sul punto, C. cost. 7.12.2017, n. 258) – di ogni persona e non di un astratto, intangibile, invulnerabile, inafferrabile soggetto di diritto – esige la protezione della salute di tutti, quale interesse collettivo, conformemente, del resto, al principio universalistico a cui si ispira il Servizio sanitario in Italia (art. 1 della legge n. 833 del 1978), e in particolare la tutela primaria delle persone più vulnerabili, che entrano, lo si ribadisce, in una relazione di cura e di fiducia – art. 2, comma 1, della legge n. 219 del 2017 – con il personale».

Insomma, per i giudici del Consiglio di Stato non è ravvisabile nel caso di specie la logica dei cd. «diritti tiranni», e cioè di «... diritti che non entrano nel doveroso bilanciamento con eguali diritti, spettanti ad altri, o con diritti diversi, pure tutelati dalla Costituzione, e pretendono di essere soddisfatti sempre e comunque, senza alcun limite...». Per i giudici questa logica è estranea a un ordinamento democratico, perché «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto». Qui, al contrario, si assiste a una riaffermazione del valore cardine del nostro ordine giuridico interno, ravvisabile proprio nella «solidarietà».

In ragione di questa riflessione, secondo il Consiglio di Stato, «spetta al

decisore pubblico, nell'esercizio del cd. «biopotere», fissare le regole e i limiti entro i quali l'esercizio dell'autodeterminazione da parte di ciascuno, senza divenire un diritto tiranno e indifferente alle sorti dell'altro, si possa accordare con la tutela della salute degli altri secondo una legge universale di libertà, ma questo delicato bilanciamento, per tutte le ragioni sin qui viste, non ha varcato nel caso di specie, ad avviso di questo Consiglio, i limiti della ragionevolezza, della proporzionalità e dell'eguaglianza, sicché ogni dubbio al riguardo è e deve ritenersi manifestamente infondato anche in rapporto ai valori protetti dall'art. 2 Cost.».

Ecco perché, dunque, è corretto secondo i giudici che la vaccinazione costituisca requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative dei soggetti obbligati.

Certo non sfugge al lettore la delicatezza dell'esercizio del cosiddetto biopotere: forse è proprio di questo che dovranno occuparsi, con attenzione, studiosi e giudici negli anni a venire, al fine di promuovere un equilibrato bilanciamento fra le posizioni giuridiche soggettive in gioco, proprio come ha fatto l'odierno giudicante.

2.2. — *L'obbligo del green-pass per i dipendenti pubblici* — Se rispetto a specifiche e ben delineate categorie di lavoratori si è deciso di intervenire con una misura *hard*, qual è quella dell'obbligo vaccinale, per tutti gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni (e non solo), al fine di coniugare le esigenze di ripresa delle attività lavorative con il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, si è optato per una misura dall'«entità» meno definita, come l'obbligo di possesso ed esibizione del *green pass* per l'accesso ai luoghi di lavoro; certificazione – è noto – acquisibile non solo perché ci si è sottoposti al vaccino da almeno quattordici giorni, ma anche perché si è risultati negativi al tampone o perché il soggetto è guarito dal Covid-19 negli ultimi sei mesi.

L'obbligo del *green pass* per tutti i dipendenti pubblici, come anticipato, è stato previsto dall'art. 1 del d.l. n. 127/2021, attraverso l'introduzione dell'art. 9-*quinquies* nel d.l. 22 aprile 2021, n. 52 (convertito con modificazioni dalla legge 17 giugno 2021, n. 87, nel quale, all'art. 9-*ter*, tale obbligo era già previsto per il personale docente della scuola), e, al momento, copre l'arco temporale che va dal 15 ottobre al 31 dicembre 2021. Avvalendoci anche di quanto precisato nelle relative Linee guida, prima richiamate, di questo obbligo vengono qui illustrati quattro specifici profili: a) destinatari; b) modalità e soggetti preposti al controllo; c) rilevanza delle esigenze organizzative; d) conseguenze sanzionatorie e trattamento economico.

a) L'obbligo di possedere ed esibire il *green pass* riguarda tutti i dipendenti

pubblici, con la sola eccezione, come previsto anche dall'art. 4, c. 2, del d.l. n. 4/2021, degli esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del ministero della Salute. Qualora i lavoratori non posseggano o non esibiscano la certificazione verde, non è loro consentito lo svolgimento della prestazione lavorativa, nemmeno in modalità agile (ma sul punto vd. *infra*, par. 3).

L'obbligo si estende anche a tutti coloro che accedono alle strutture pubbliche per svolgere qualsiasi attività (a titolo esemplificativo, nelle Linee guida vengono indicati il personale addetto alla manutenzione e al rifornimento dei distributori automatici di generi di consumo, quello chiamato anche occasionalmente per attività straordinarie, i corrieri che recapitano posta), mentre non trova applicazione nei confronti degli utenti, ovvero di coloro i quali si recano nelle strutture per l'erogazione del servizio che l'amministrazione è tenuta a prestare.

b) L'art. 1, c. 4, del d.l. n. 127/2021 individua nel datore di lavoro il soggetto preposto al controllo, intendendo per tale il dirigente apicale di ciascuna amministrazione o un soggetto equivalente, a seconda del relativo ordinamento. Inoltre, in relazione alla dimensione delle strutture e/o in presenza di una o più sedi decentrate, il dirigente apicale, con atto scritto, può delegare la funzione a personale specifico, preferibilmente con qualifica dirigenziale.

Quanto alle modalità con cui effettuare i controlli, in linea generale, in ragione delle specificità di ciascun contesto organizzativo, i provvedimenti riconoscono autonomia a ciascuna amministrazione. Tuttavia, si rammenta che le modalità devono essere compatibili con la disciplina in materia di *privacy* e si forniscono alcune indicazioni che «si auspica» siano seguite dalle amministrazioni stesse, tra le quali: prevedere un accertamento di tipo giornaliero preferibilmente all'accesso della struttura e in questo caso utilizzare modalità di accertamento che non determinino ritardi o code all'ingresso; ovvero prevedere un accertamento a campione (in misura non inferiore al 20% del personale presente in servizio e con un criterio di rotazione) o a tappeto, con o senza l'ausilio di sistemi automatici e, prioritariamente, nella fascia antimeridiana della giornata lavorativa.

c) In caso di richiesta da parte del datore di lavoro derivante da specifiche esigenze organizzative (quali, ad esempio, attività che necessitino di pianificazione e programmazione anche dei turni), i lavoratori saranno tenuti a comunicare il possesso del *green pass* con un preavviso necessario a soddisfare le esigenze organizzative e a garantire un'efficace programmazione del lavoro. Qualora, in base alle comunicazioni fornite dai lavoratori, si dovesse prospettare un'interruzione di servizio essenziale, il sindaco, o il

datore di lavoro per le altre amministrazioni, potrà attivare d'urgenza convenzioni tra enti o ricorrere alla mobilità senza particolari formalità (art. 3, d.l. n. 139/2021, dell'8 ottobre).

d) La norma, per l'ipotesi in cui il lavoratore si rechi sul posto di lavoro senza *green pass* o si rifiuti di esibirlo, con una formulazione invero poco felice, prevede il suo allontanamento della sede di servizio e considera la conseguente assenza ingiustificata, al contempo escludendo sanzioni disciplinari.

Tale normativa si applica anche al lavoratore che, pur sprovvisto della certificazione verde, sia comunque entrato nel luogo di lavoro. In tal caso, però, il personale si vedrà applicata, a opera del prefetto, anche una sanzione amministrativa per un importo che va dai 600 ai 1.500 euro (art. 9-*quinquies*, c. 8, d.l. n. 52/2021). Inoltre, per questa ipotesi, non sembrano escluse ulteriori conseguenze disciplinari previste dagli ordinamenti di appartenenza del personale (vd. art. 7, d.l. n. 127/2021, e p. 7 dell'allegato al d.P.C.m. del 12 ottobre 2021).

Per le giornate di assenza ingiustificata, è espressamente esclusa la retribuzione, in tutte le sue componenti, nonché ogni altro compenso o emolumento. I giorni di assenza ingiustificata non concorrono altresì alla maturazione di ferie e comportano la corrispondente perdita di anzianità di servizio.

2.2.1. — *Una questione ancora aperta: prime indicazioni per il personale docente*
— Sebbene le misure adottate in materia di certificazione verde presentino una maggiore elasticità rispetto all'obbligo vaccinale, i rischi che anche rispetto a esse si palesino possibili rilievi circa la loro legittimità costituzionale sono alquanto concreti, come dimostra anche un recente decreto cautelare del Consiglio di Stato (3) che respinge, in via preliminare, il ricorso presentato da alcuni insegnanti proprio contro l'obbligo del *green pass* per gli operatori scolastici. Il Consiglio ha confermato l'ordinanza cautelare del Tar Lazio (S. III) che aveva già respinto il ricorso degli insegnanti. Pur trattandosi di una decisione presa dal Consiglio in formato monocratico e concernente il solo personale docente della scuola, alcuni dei profili presi in considerazione dal giudice a supporto della decisione appaiono di un certo interesse.

Innanzitutto, il Consiglio di Stato esclude la presenza di una discriminazione determinata dal provvedimento che impone l'obbligo del *green pass* per lo svolgimento della propria attività lavorativa rispetto a chi non vuole vaccinarsi; secondo il giudice amministrativo, la discriminazione è smentita

(3) Si tratta del decreto n. 5950 del 30 ottobre 2021, rinvenibile in <https://www.giustiziaamministrativa.it>.

dal fatto che «il lavoratore è abilitato, ove non intenda vaccinarsi, a ottenere il certificato verde con test differenti quali l'antigenico rapido». Ma soprattutto, si deve aggiungere, rispetto alla «asserita priorità del diritto individuale alla salute quale fondamento del rifiuto di vaccinarsi», rivendicata dai ricorrenti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che non si può rinvenire un «valore assoluto, allorché sia posto a confronto con l'eguale diritto di una collettività di persone [...] a scongiurare possibili contagi, [il quale] ha prevalenza perché espressione di una componente della salute pubblica...».

Certo, le argomentazioni del Consiglio sono irrobustite dalla peculiare attività del docente, nei cui confronti lo stesso rinviene una «responsabilità specifica e rafforzata verso i propri studenti, che costituisce componente essenziale della funzione (se non addirittura missione) di ogni docente», nonché dalla specifica platea dei soggetti direttamente interessati da tale tutela (gli studenti); ma non v'è dubbio che simili argomentazioni si prestano a essere utilizzate anche su un piano più generale. Ciò anche in considerazione del fatto che tale decisione è stata successivamente convalidata dall'ordinanza del 11.11.2021 della III Sezione del Consiglio di Stato (4).

3. — *Il lavoro agile nell'era Brunetta-bis: il quadro normativo* — Nel Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale, firmato dal ministro Brunetta con le maggiori sigle sindacali il 10 marzo di quest'anno, è stato stabilito che, «con riferimento alle prestazioni svolte a distanza (lavoro agile), occorre porsi nell'ottica del superamento della gestione emergenziale, mediante la definizione, nei futuri contratti collettivi nazionali, di una disciplina che garantisca condizioni di lavoro trasparenti, che favorisca la produttività e l'orientamento ai risultati, concili le esigenze delle lavoratrici e dei lavoratori con le esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni, consentendo, a un tempo, il miglioramento dei servizi pubblici e dell'equilibrio fra vita professionale e vita privata».

In effetti, la direttiva del Ministero relativa alla sessione di contrattazione collettiva per i rinnovi 2019-2021 ha riconosciuto il ruolo fondamentale dei contratti collettivi nella definizione di un quadro normativo comune per i patti di lavoro agile. In particolare, si è previsto che «la contrattazione collettiva dovrà disciplinare, in relazione al lavoro agile, aspetti del rapporto di lavoro, delle relazioni sindacali e dei diritti sindacali (quali il diritto alla disconnessione, le fasce di contattabilità, il diritto alla formazione specifica, il regime dei permessi e delle assenze, delle relazioni sindacali e dei diritti

(4) Si tratta dell'ordinanza n. 6098 del 11.11.2021, rinvenibile in <https://www.giustiziaamministrativa.it>.

sindacali nonché gli altri istituti del rapporto di lavoro disciplinati dal contratto nazionale che esigono adattamenti nel caso di lavoro eseguito non in presenza e che si ritiene opportuno regolare)».

Le trattative sono in stato di avanzato svolgimento e, a quanto consta, la stipula del contratto collettivo è ormai prossima, almeno per i dipendenti delle Funzioni centrali. Nelle more dell'introduzione di tale disciplina a regime, tuttavia, si sono susseguiti una serie di interventi regolativi diretti a favorire il rientro dei dipendenti nelle sedi di lavoro, attuando, dunque, un progressivo ridimensionamento del ricorso al lavoro agile nella modalità emergenziale, fatta eccezione per i lavoratori cd. «fragili» (5).

Per questi ultimi, infatti, l'articolo 2-ter, c. 1, lett. a, del d.l. 6 agosto 2021, n. 111, convertito con modificazioni nella legge 24 settembre 2021, n. 133, ha stabilito che possono continuare a fruire dello *smart-working* integrale, sino al termine del periodo emergenziale, attualmente fissato al 31 dicembre 2021 (ma della cui prorogabilità, invero, già si discute). È stato così prolungato di altri 6 mesi l'effetto della previsione del comma 481 dalla legge di bilancio 2021 (legge n. 178/2020), che a sua volta prorogava una disposizione contenuta nell'art. 26, c. 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

In base a tale sequenza di norme, i lavoratori dipendenti pubblici e privati «in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita», nonché i lavoratori con disabilità grave ai sensi dell'articolo 3, c. 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, possono continuare a lavorare in *smart-working* secondo i criteri fissati dal comma 2-bis dello stesso decreto n. 18/2020. Vale a dire, anche «attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto». Ove ciò non fosse possibile, per i lavoratori «fragili» di cui sopra il periodo di assenza dal servizio va calcolato come «ricovero ospedaliero», fermo restando che la condizione di fragilità deve in ogni caso essere attestata da idonea certificazione sanitaria.

Al fine di promuovere il rientro al lavoro, incrementando così l'efficacia delle misure di contrasto al fenomeno epidemiologico già introdotte dalle amministrazioni pubbliche, il d.l. n. 127/2021, all'articolo 1, ha, come prima ricordato, esteso l'obbligo del possesso della certificazione verde Covid-19 anche ai lavoratori del settore pubblico. Su tali presupposti, il d.P.C.m. 24 settembre 2021, adottato su proposta del ministro per la pub-

(5) Spinelli 2021.

blica amministrazione, ha disposto che, a decorrere dal 15 ottobre 2021, la modalità ordinaria di svolgimento delle prestazioni lavorative nel settore pubblico sia quella in presenza. Le ragioni di tale scelta, esplicitate nella premessa al disposto normativo del decreto, sono ricondotte alla necessità di «consentire alle amministrazioni pubbliche di operare al massimo delle proprie capacità», così da offrire «il massimo supporto alla ripresa delle attività produttive e alle famiglie», in particolare con riferimento alle attività connesse all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Nelle Linee guida per il controllo sul possesso del *green pass* si rinvengono alcune previsioni relative al lavoro agile, dettate in ossequio a finalità antielusivo dell'obbligo di certificazione. In primo luogo, viene preclusa alle amministrazioni la possibilità di individuare i lavoratori da adibire al lavoro agile sulla base del mancato possesso della certificazione verde. Inoltre, è vietato disporre tale assegnazione in favore del dipendente che abbia dichiarato di avere il *green pass* e ne sia, invece, risultato sprovvisto a seguito di controllo disposto a campione nel corso della giornata lavorativa.

Le suddette Linee guida sono state precedute dal decreto del ministro Brunetta dell'8 ottobre scorso, che ha individuato le misure organizzative da adottare per il ritorno allo svolgimento delle attività lavorative nelle sedi di servizio. Nel decreto si ribadisce che il lavoro agile non è più una modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, ma soprattutto si prevedono una serie di condizionalità per le amministrazioni che intendano farvi ricorso nelle more della regolamentazione contrattuale e della predisposizione dei Piani (art. 6, c. 2, lett. c, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito dalla legge 6 agosto 2021, n. 113), ovvero i Piani integrati di attività e organizzazione, da formulare sempre entro il 31 gennaio di ogni anno, come già i Piani organizzativi per il lavoro agile (Pola), che i primi sono destinati a sostituire recepandone i contenuti. Le predette condizionalità per il ricorso al lavoro agile attengono, tra l'altro, alla disponibilità di piattaforme digitali o *cloud*, o comunque di strumenti tecnologici idonei, e alla definizione di piani di smaltimento degli arretrati, nonché all'adozione del principio di rotazione dei lavoratori e alla individuazione dei contenuti necessari dell'accordo individuale, come la previsione di specifici obiettivi per la prestazione da rendere in modalità agile.

3.1. — *Le sfide organizzative per le amministrazioni* — La finalità di tutela della salute e sicurezza, perseguita attraverso il lavoro da remoto a ridosso delle fasi più difficili della pandemia, si avvia, dunque, a essere abbandonata, sia pure con le necessarie cautele. La sperimentazione pandemica, tuttavia, non può essere considerata una semplice parentesi da lasciarsi quanto

prima alle spalle. Al contrario, ha messo in luce le potenzialità e i limiti dello strumento, su cui si appuntano i più recenti interventi normativi occorsi e quelli ancora attesi (6).

In particolare, la pandemia ha contribuito all'inequivoco disvelamento della necessaria interconnessione tra lo sviluppo organizzativo e tecnologico delle amministrazioni e la flessibilità spazio-temporale della prestazione lavorativa. Non è un caso che le esperienze migliori di lavoro agile pandemico, le *best practice*, abbiano interessato le amministrazioni che già avevano intrapreso un percorso in questa direzione. Del resto, nelle fonti regolative che si sono susseguite dal 2015 a oggi in materia di lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, il necessario presupposto della individuazione dei modelli organizzativi e gestionali da adottare per un'efficace implementazione del lavoro agile non è mai stato trascurato sul piano del dettato normativo. Emblematica, in tal senso, è la prima direttiva ministeriale adottata al riguardo: la n. 3 del 2017. Semmai, è sul piano applicativo che più di qualcosa non ha funzionato.

Se si assume questa prospettiva, la stretta imposta dal ministro Brunetta per il ricorso al lavoro agile da parte delle pubbliche amministrazioni assume i connotati di un realistico richiamo a un impiego responsabile di questa modalità flessibile di svolgimento della prestazione lavorativa, che impone di salvaguardare, in ultima istanza, il diritto dei cittadini a non subire pregiudizio nella fruizione dei servizi. Non va dimenticato, infatti, che il lavoro agile è stato introdotto dal legislatore (artt. 18 ss., legge n. 81/2017) quale strumento di potenziale virtuoso contemperamento tra le esigenze organizzative delle aziende e delle amministrazioni, tese a incrementarne l'efficienza e la produttività, e le istanze di conciliazione vita-lavoro dei loro dipendenti. Di conseguenza, le condizionalità imposte alle amministrazioni dal decreto dello scorso ottobre andrebbero considerate come incentivi a migliorare gli standard quali-quantitativi di esercizio delle funzioni e di erogazione dei servizi pubblici, piuttosto che come penalizzazioni.

In altri termini, alle amministrazioni è stata (ri)lanciata una sfida di *empowerment* organizzativo, sostenuta anche dalle richieste dei lavoratori e dalla mediazione sindacale, entrambe divenute più insistenti su questo fronte dopo la sperimentazione forzata occasionata dalla pandemia, che potrà essere raccolta anche potenziando la digitalizzazione dei processi di lavoro. L'alternativa che si profila, altrimenti, è limitarsi a ripiegare su un più modesto ricorso al lavoro agile esclusivamente quale strumento di conciliazione per le categorie di lavoratori più vulnerabili.

(6) Saracini 2021.

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2021), *Sicurezza sul lavoro e pandemia*, in *LDE*, n. 2, 1 ss.
- Natullo G. (2020), *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *W.P. Csdle*, «Massimo D'Antona».II, n. 413.
- Pascucci P. (2019), *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra raccomandazioni e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2, 98 ss.
- Saracini P. (2021), *Il lavoro agile nel settore pubblico*, in U. Carabelli, L. Fassina (a cura di), *Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, Ediesse, Roma, 87 ss.
- Spinelli C. (2021), *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in *RGL*, II, 91 ss.