



## SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

### STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE DECENTRATA DEL DISTRETTO DI MILANO

# LA SFIDA DEL COVID-19 ALLO STATUTO DEI LAVORATORI A CINQUANT'ANNI DALLA SUA ENTRATA IN VIGORE

AULA VIRTUALE MICROSOFT TEAMS

**6 LUGLIO 2020**

CODICE CORSO: D20278

## L'attualità dello Statuto dei lavoratori, tra normativa emergenziale e tensioni costituzionali

Fiorella Lunardon

**SOMMARIO:** 1. Lavoro e salute, un possibile binomio antagonistico? – 2. La valenza ibrida della normativa emergenziale, tra (iper)garantismo individuale e nuove flessibilità. – 3. Sospensione del potere datoriale di recesso per motivi oggettivi. Effetti perversi nell'area della liquidazione giudiziale. – 4. Attenuazione dei limiti sui controlli sanitari e *contact tracing*. Unilateralità dello *smart-working* e deroghe alla disciplina in tema di rinnovi e proroghe del contratto a tempo determinato. – 5. Le misure a sostegno dell'impresa e dei lavoratori (cenni). – 6. Sistema delle fonti del diritto e normativa antiCovid.

1. Fino a cinque mesi fa l'attualità dello Statuto dei lavoratori (intendendosi con tale termine la capacità di questo formidabile provvedimento di continuare a rispondere in modo soddisfacente alle fondamentali esigenze di tutela del lavoro subordinato – e del sindacato in azienda) era l'oggetto privilegiato dell'ormai incessante dibattito sul significato complessivo delle numerose riforme dell'ultimo ventennio e soprattutto delle modifiche apportate, nel 2012 e nel 2015 (Riforma c.d. Fornero e Jobs Act) agli artt. 4, 13 e 18.

Lo Statuto dei lavoratori costituisce tuttora la sintesi dei diritti dei lavoratori, legge che si proietta ben oltre il suo stesso testo ovvero rappresenta – è sotto questa forma che vorrei considerarlo oggi – il diritto del lavoro classicamente inteso, vale a dire il diritto del lavoro prima della crisi e della flessibilità. Lo Statuto, è stato detto, è “un luogo dell'identità per ogni giuslavorista”, un irrinunciabile parametro, anche quando lo si reputi superato, con cui inevitabilmente confrontarsi.

Prima dell'emanazione dell'insieme dei decreti "emergenziali" l'antagonista dello Statuto era il discorso economico che negli ultimi tempi aveva letteralmente "assediato" e contaminato la logica giuridica assai più cristallina con cui i padri fondatori avevano costruito, su basi di rivendicata autonomia, il diritto del lavoro come diritto speciale rispetto al diritto comune dei contratti.

A partire dalla fine di febbraio 2020 tutto è mutato, perché il lavoro come bene costituzionalmente tutelato si è trovato – nel momento in cui lo Statuto si apprestava a compiere i cinquant'anni – a condividere la necessità di una "priorità protettiva" con il bene, altrettanto costituzionalmente tutelato, della salute (art. 35 vs. art. 32 Cost.).

Si deve allora notare che, per quanto salute e lavoro nella nostra Carta fondamentale rivestano una posizione di parità, nella normativa emergenziale (che peraltro è ben lungi dal porsi essa stessa quale sistema) il bene salute diventa talora antagonista del bene lavoro, così sparigliando il rapporto di tradizionale contrapposizione tra tutela e flessibilità che ha finora contraddistinto il diritto del lavoro post-statutario.

A riprova, valga osservare che il medesimo effetto di scomposizione dello schema classico contrappositivo tra interessi dell'impresa e interessi del lavoro si produce, nella normativa emergenziale, sul versante della platea dei soggetti destinatari della protezione: non più, secondo la logica lineare statutaria, i lavoratori, ma anche i cittadini (la salute, "diritto dell'individuo e interesse della collettività") e i datori di lavoro. Questi ultimi non sono più - come nello Statuto – meri destinatari di limiti nell'esercizio del potere direttivo ma rivestono altresì in qualità di imprenditori un ruolo organizzativo istituzionale imprescindibile perché offrono e garantiscono il lavoro, quindi nel momento attuale divengono soggetti da proteggere, alla pari con i lavoratori.

Lo scenario del diritto del lavoro post-Covid si colloca dunque assai lontano sia dall'ottica del c.d. garantismo individuale che connota tuttora il titolo II dello Statuto dei lavoratori (ritengo nonostante le intervenute modifiche degli artt. 4, 13 e 18), sia dall'ottica del c.d. garantismo collettivo che a partire dal decennio 80 con il primo ha iniziato a convivere, estendendosi progressivamente e fondendosi da ultimo con l'articolatissima e quasi tentacolare legislazione di rinvio.

Ma ora né l'una né l'altra ottica paiono sufficienti a supportare una lettura in chiave univoca della normativa emergenziale, dal momento che per il suo carattere contingente (e non si sa fino a che punto solo temporaneo) tale normativa risulta informata da più *ratio*.

## 2. *La valenza ibrida della normativa emergenziale tra (iper)garantismo individuale e nuove flessibilità*

Sul sito della Protezione Civile, alla voce "Governo" (quindi tralasciando tutte le altre che enumerano ad uno ad uno i Ministeri coinvolti, le Regioni, l'Anci, il Dipartimento stesso della Protezione Civile), si contano dal 31 gennaio al 16 giugno 2020 ben 41 provvedimenti tra decreti legge, leggi di conversione, decreti e delibere del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Per semplificare il quadro è opportuno soffermare l'attenzione sui tre Decreti Legge che si sono concentrati sulle misure di "sostegno economico alle famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19": il DL 17 marzo n. 18 (c.d. Cura Italia), il DL 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. Decreto Liquidità) e il DL 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto Rilancio), il più corposo di tutti.

Disposizioni che hanno ricadute importanti su istituti e tipologie contrattuali lavoristiche (come ad esempio lo *smart working*) si trovano tuttavia in altri provvedimenti, in modo sparso e talora anche contraddittorio.

La pluralità di *ratio* cui si ispira questa imponente produzione normativa (tutela dei lavoratori, delle imprese, dei cittadini) ci consente di attribuirle una natura ibrida atteso che – a voler stare al parametro statutario, che è il pilastro del mio intervento – essa incide in modo bivalente sullo schema garantistico individuale dello Statuto e più in generale del diritto del lavoro tradizionale.

Da un lato infatti essa accentua la logica limitativa dei poteri unilaterali datoriali, giungendo fino alla soppressione temporanea (che tecnicamente è definita “sospensione”) del potere di licenziamento per motivi economici (licenziamento collettivo e per gmo), d’altro lato alleggerisce quei limiti, sottraendo alle condizioni previste dallo Statuto per il loro esercizio parte dei controlli sanitari, rendendo altresì (quasi) unilaterale il ricorso alla peculiare fattispecie del lavoro agile oltre che prevedendo, in deroga alle disposizioni in tema di contratto a termine introdotte dal decreto dignità, la possibilità di rinnovare o prorogare i contratti in essere al 23 febbraio 2020.

### 3. *Sospensione del potere datoriale di recesso per motivi oggettivi. Effetti perversi nell’area della liquidazione giudiziale*

Pacifico che il potere di recesso datoriale non è regolato dallo Statuto, che disciplina solo le conseguenze del suo esercizio illegittimo, mi limito in questa sede a sottolineare (considerato che il tema sarà più approfonditamente trattato da un altro relatore) la valenza ultra-garantistica del disposto di cui all’art. 46 del Decreto Cura Italia (n. 18/2020), alla cui stregua, dapprima per 60 giorni e poi per cinque mesi (Decreto Rilancio) a partire dal 17 marzo “l’avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell’articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604”<sup>1</sup>.

La disposizione invero, oltre ad essere mal rubricata (“sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti”), dovendosi probabilmente intendere “procedure di intimazione dei licenziamenti” giacchè trattasi di norma sostanziale e non processuale, mal si coordina con il rinvio dell’entrata in vigore della Riforma fallimentare e trascura – ovvero lascia completamente senza regolamentazione alcuna – le ipotesi in cui l’impresa è costretta a licenziare perché, a causa della fortissima crisi economica che ha investito tutto il settore produttivo, cessa nella sua totalità o limitatamente alle sue articolazioni (“rami”) più fragili<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il Decreto Rilancio (n. 34/2020) ha aggiunto, al comma 1 della menzionata disposizione, la previsione per cui “sono altresì sospese le procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604”.

<sup>2</sup> Restano fuori dal blocco: a) i licenziamenti per giusta causa che, comunque, obbligano il datore alle procedure garantiste previste dall’art. 7 St. lav.; b) i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo, ivi compresi quelli di natura disciplinare, anch’essi soggetti al citato art. 7; c) i licenziamenti per raggiungimento del limite massimo di età per la fruizione della pensione di vecchiaia, atteso che la prosecuzione fino ai 70 anni discende da un accordo tra le parti e non è un diritto potestativo del dipendente, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 17589 del 4 settembre 2015; d) i licenziamenti determinati da superamento del periodo di comporto, atteso che non si tratta di giustificato motivo oggettivo; e) i licenziamenti per inidoneità; f) i licenziamenti dei dirigenti che sono determinati da “giustificatezza”; g) i recessi per mancato superamento del periodo di prova; h) i licenziamenti dei lavoratori domestici che sono “ad nutum”; i) la risoluzione del rapporto di apprendistato. Sulla differenza causale “tra licenziamento disciplinare ed economico nel diverso coinvolgimento della

La disposizione inoltre non dispone alcunché in tema di sanzioni, potendo oscillare queste ultime tra la (già prefigurata da taluno) nullità del recesso comunque intimato per violazione del divieto<sup>3</sup> e la inefficacia temporanea dello stesso per il periodo previsto, con produzione degli effetti estintivi del rapporto, senza necessità di nuova intimazione, alla scadenza della “sospensione”.

Valutata tuttavia l'eccessiva onerosità dell'anzidetta imposizione per le imprese in stato di effettiva difficoltà, il Decreto Rilancio ha aggiunto un secondo comma che introduce la possibilità per il datore di lavoro che – nei cinque mesi a partire dal 17 marzo 2020 – abbia proceduto al recesso dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo (o ad un licenziamento collettivo) di revocare in ogni tempo il recesso stesso purché contestualmente facendo richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale a partire dalla data in cui acquista efficacia il licenziamento. In tal caso il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità e senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro.

Quanto alle imprese sottoposte a Liquidazione giudiziale (nuova denominazione del Fallimento), il Decreto Liquidità (n. 23/2020) ha posticipato la data dell'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza dal 14 agosto 2020 al 1 settembre 2021.

Ciò significa che con la dichiarazione del Fallimento i rapporti di lavoro entrano, qualora non si opti per l'esercizio provvisorio, nello stato di sospensione stabilito dall'art. 72 Legge Fallimentare nel quale sono destinati a rimanere intrappolati (ora per cinque mesi) perché il divieto di licenziamento di cui all'art. 46 del Decreto Cura Italia vincola anche il curatore. Il rinvio al settembre 2021 riguarda infatti anche l'entrata in vigore dell'art. 189 CCII secondo cui il periodo di sospensione dei rapporti di lavoro, durante il quale il curatore deve optare tra il subentro o il recesso dagli stessi, può durare per un massimo di quattro mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori otto mesi<sup>4</sup>.

Neppure le dimissioni gioverebbero in questo caso al dipendente perché non essendo sorrette da “giusta causa” (come invece ora previsto dal Codice della crisi e dell'insolvenza qualora siano rassegnate una volta trascorsi quattro mesi dall'apertura

---

persona del lavoratore” cfr. TOSI-PUCETTI, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della Consulta*, di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2020.

<sup>3</sup> Nel caso dei lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 sarebbe infatti «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», art. 18 St.lav., mentre nel caso degli assunti dopo il 7 marzo 2015 sarebbe «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», art. 2 d.lgs. n. 23 del 2015. Nel caso del COVID-19, infatti, pur sussistendo il motivo oggettivo, è proprio l'art. 46 a vietare «espressamente» il licenziamento per motivi economici. Sebbene poi il Decreto Cura Italia non preveda espressamente la nullità dei licenziamenti economici comminati in caso di sua violazione, la mancanza della sanzione non sarebbe di per sé nemmeno rilevante ai fini della possibilità di qualificare nullo il recesso, poiché l'art. 1418 c.c., comma 1, esprime un principio generale volto a sopperire proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non segue una previsione di nullità, c.d. «nullità virtuale». Sarebbero dunque nulli, e non temporaneamente inefficaci, quei licenziamenti economici intimati durante questo arco temporale, proprio perché l'intervento del legislatore è finalizzato ad evitare che i lavoratori possano perdere il posto di lavoro a causa di una contrazione del mercato dovuta al COVID-19.

<sup>4</sup> “Nemmeno sarà possibile utilizzare, da parte del lavoratore, lo strumento di cui all'art. 72, comma 2, LF ove si prevede che questi possa mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. Infatti l'atto risolutivo non permetterebbe al lavoratore la fruizione della Naspi giacché la locuzione “si intende sciolto” riconduce ad un'ipotesi legale di risoluzione del rapporto di lavoro che collocherebbe il dipendente fuori delle ipotesi previste dal d. lgs. n. 22/2015”: così AIELLO – LAUDI, *Covid-19: il lockdown dei diritti dei lavoratori nelle crisi d'impresa*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, pagg. 189 ss.

della Liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia effettuato la sua scelta) non consentirebbero la fruizione della Naspi e l'azzeramento del preavviso che rimarrebbe in capo al lavoratore.

A parte tali – gravi – distonie interne al *corpus* della normativa emergenziale, sono stati sollevati dubbi sulla tenuta costituzionale della norma alla luce del principio di libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost., primo comma), mal comprendendosi come si possa “sospendere” la necessità per un imprenditore, privo della possibilità di proseguire l'attività aziendale, di cessarla procedendo alla risoluzione dei rapporti di lavoro.

E' stato tuttavia rilevato che la norma sarebbe incostituzionale solo se avesse introdotto una interruzione *ad libitum* dei licenziamenti per motivi economici (sotto questo profilo soccorre la stessa argomentazione di Corte Cost. n. 34/1985<sup>5</sup> in tema di “compressione” della contrattazione collettiva da parte della legislazione sui c.d. “tetti massimi” inderogabili in un contesto di necessità del contenimento del meccanismo della scala mobile – si trattava anche allora di un diritto dell'emergenza). Ma così non è, perché la disposizione è *transitoria* – procedure collettive e potere di recesso sono sospese in un arco temporale circoscritto (fino al 17 maggio 2020) e la legge che la esprime è *eccezionale*, volta a regolare una particolare situazione di emergenza e a tutelare attraverso gli interessi dei lavoratori, interessi di carattere pubblico generale.

Al suo interno, peraltro, il testo del Decreto Cura Italia contiene un meccanismo di bilanciamento, consistente nell'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina sugli ammortizzatori sociali e nella deroga ai criteri normalmente previsti per accedervi<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Secondo la Corte costituzionale, nonostante l'inattuazione dell'art. 39 Cost., non può mettersi in dubbio l'immediata efficacia precettiva del primo comma dello stesso articolo, da cui discenderebbe “pur sempre un limite alle intromissioni legislative nella disciplina dei rapporti di lavoro. La libertà di organizzazione sindacale verrebbe infatti vanificata o privata delle sue fondamentali implicazioni, se non fosse comprensiva dell'attività contrattuale e della connessa libertà negoziale; sicché non sarebbe contestabile, a pena di contraddire l'invocato precetto costituzionale, che già nel diritto positivo sussista una competenza propria dei sindacati. Ebbene, nella specie, questa competenza sarebbe stata indebitamente invasa o compressa dal legislatore, essendo mancato - a giustificazione dei d.l. n. 10 e n. 70 del 1984 - il consenso della componente maggioritaria della CGIL (...)”. “Nel caso in esame, però, a smentire la pretesa violazione dell'art. 39, primo comma (sia pure largamente interpretato), stanno le caratteristiche stesse delle misure adottate mediante l'art 3 del d.l. n. 70 ed i presupposti dai quali hanno preso le mosse l'intervento del Governo e la conseguente legge di conversione. Da un lato, non va trascurata la considerazione che il legislatore non ha sostituito o sovrapposto una nuova ed organica disciplina a quella già dettata dal punto 7 del citato accordo sul costo del lavoro, bensì ha previsto un "taglio" di singoli punti di variazione dell'indennità di contingenza e dell'indennità integrativa speciale, con riguardo al semestre febbraio-luglio 1984. D'altro lato, è comunque decisivo che **il legislatore abbia inteso perseguire, ed abbia in effetti perseguito, finalità di carattere pubblico, trascendenti l'ambito nel quale si colloca - per Costituzione - la libertà di organizzazione sindacale e la corrispondente autonomia negoziale**: con la conseguenza che si può oggi ripetere ciò che sosteneva la sentenza n. 60 del 1968, in cui veniva sottolineata "non solo la non avvenuta attuazione dell'ordinamento sindacale, al quale... è collegata la contrattazione collettiva di diritto pubblico, efficace erga omnes, ma soprattutto la potestà, proprio della legge, al fine della tutela di superiori interessi generali, affidata agli organi politici, di limitare l'ambito della contrattazione stessa con norme da questa non derogabili".

<sup>6</sup> Il Decreto Cura Italia non sarebbe peraltro nemmeno la prima misura, in ordine temporale, attraverso cui il legislatore dispone il blocco dei licenziamenti, poiché già nel dopoguerra, con il d.lgs.lgt. n. 523 del 1945, venne fatto divieto di licenziare i lavoratori dipendenti fino al 30 settembre 1945. Anche se in quel caso, a differenza di adesso (giacché nel frattempo è intervenuta la legge 604 del 1966, una volta esplicitato il divieto generale di licenziamento, vennero esplicitate dal legislatore le ipotesi di recesso datoriale ancora ammesse, evitando così i dubbi che l'art. 46 sta oggi generando. Il divieto, infatti, non si applicò: «ai lavoratori che, senza grave giustificato motivo, rifiutino di

Ulteriori perplessità possono invero riguardare la disposizione del Decreto Rilancio (art. 80) che proroga l'ambito temporale di applicazione della citata disposizione dilatandolo dagli originali 60 giorni a cinque mesi, dunque fino al 17 agosto 2020. (anche qui a mente della famosa sentenza della Corte Cost. n. 106/1962 che dichiarò l'illegittimità della legge n. 1027 del 1960, poiché prorogando la legge n. 741/1959 – c.d. legge Vigorelli - avrebbe stabilizzato un sistema di estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo diverso da quello previsto dall'art. 39 Cost., dimostrandosi priva di natura "provvisoria, transitoria ed eccezionale").

Ciò che risulta dunque necessario oggi valutare è la persistenza della natura provvisoria ed eccezionale – legata al perdurare dello stato emergenziale – del c.d. Decreto Rilancio che reca appunto data 19 maggio 2020.

Tale Decreto, peraltro, nel prorogare la "sospensione" del potere di recesso datoriale ha altresì prolungato il periodo di fruizione del trattamento di cassa integrazione che ora può essere richiesto (non più per 9 ma) per 18 settimane. Di queste le prime 14 avrebbero dovuto essere fruite tra il 23 febbraio e il 31 agosto 2020, le ultime 4 dal 1 settembre al 31 ottobre 2020. Su sollecitazione delle parti sociali, preoccupate dell'eventuale "scopertura" di trattamento nei mesi estivi e dell'esposizione delle imprese a costi economicamente ingiustificati a causa dell'anzidetta sospensione dei licenziamenti, il Governo ha poi previsto la possibilità di una fruizione anticipata delle ultime 4 settimane (DL 16 giugno 2020, n. 52).

#### 4. *Attenuazione dei limiti sui controlli sanitari e contact tracing. Unilateralità dello smart-working e deroghe alla disciplina in tema di rinnovi e proroghe del contratto a tempo determinato*

A) Un alleggerimento dei limiti in tema di controlli sanitari sembrerebbe riscontrabile nella normativa che consente/impone al medico competente (cui il Protocollo sindacale del 14 marzo 2020 attribuisce le funzioni relative agli accertamenti normalmente svolti, a sensi dell'art. 5 St. lav., dalle istituzioni pubbliche sanitarie) l'acquisizione del dato della temperatura corporea superiore a 37,5°; le visite preventive al rientro dalla malattia da Covid-19; la segnalazione al datore di lavoro di particolari condizioni di fragilità/patologie; l'acquisizione del test negativo sempre al rientro e la conseguente valutazione di idoneità alla mansione.

In proposito, più che il disposto dell'art. 5 St. lav., è qui invocabile il citato *Protocollo tra Governo e Parti sociali* con cui sono state stabilite le modalità di tutela dei lavoratori per la prosecuzione delle attività produttive nel periodo emergenziale. Pacifico che il Protocollo non ha rango di fonte legislativa<sup>7</sup>, deve ritenersi che la natura di obbligo giuridico in capo al datore di lavoro dei suddetti adempimenti derivi *in primis* dall'art. 2087 cod. civ. e poi dall'art. 28, comma 1, d. lgs. n. 81/2008, il quale impone di valutare tutti i

---

accettare altra occupazione che sia loro offerta presso altro datore di lavoro» e «nei casi in cui per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore».

<sup>7</sup> Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020. Tale Protocollo, sottoscritto dalle principali organizzazioni sindacali e datoriali su invite del Governo, insieme ai Protocolli sottoscritti per i cantieri per il trasporto e logistica, è "dichiarato" obbligatorio dal DPCM 26 aprile 2020 (art. 2, comma 6) per tutte le imprese le cui attività non siano state sospese.

rischi che espongono i dipendenti a pericoli per la loro salute e sicurezza eliminandoli o riducendone per quanto possibile gli effetti, incluso il rischio biologico da COVID-19<sup>8</sup>.

D'altro canto il lavoratore è obbligato a sottoporsi ai controlli come sopra elencati (misurazione della temperatura, visite pre-rientro in azienda, etc.) sia in base ai principi generali del codice civile (obbligo di diligenza e conformazione alle direttive aziendali, art. 2104 cod. civ.), sia in base all'art. 20, comma 2, lett. i) del d. lgs. n. 81/2008 (secondo cui il lavoratore deve sottoporsi ai controlli sanitari non solo nei casi previsti dalla normativa ma anche qualora essi siano disposti dal medico competente in esecuzione di apposito protocollo sanitario).

Non intendo approfondire oltre (e lascio agli altri relatori anche l'analisi dei profili di *privacy*), ma ribadirei che difficilmente pare ipotizzabile un contrasto tra gli accertamenti sopra descritti e l'art. 5 St. lav. atteso che, più che un "alleggerimento" dei noti limiti in materia, i controlli resi necessari dall'emergenza COVID-19 risultano collocarsi – quale fattispecie autonoma - all'esterno dello stesso art. 5 St. lav. non trattandosi di accertamenti sanitari sulla malattia o infortunio, né "in senso stretto sull'idoneità fisica alla normale mansione di lavoro ... bensì di un controllo sanitario di sicurezza disposto dal medico competente finalizzato ad impedire l'ingresso in azienda dei lavoratori anche solo potenzialmente contagiati"<sup>9</sup>.

Diversamente può dirsi per gli strumenti di *contact tracing* (*smart watch*, *app* su *smartphone*, braccialetti elettronici) i quali, se utilizzati in azienda dal datore di lavoro per tracciare talora solo i contatti, talaltra – con *gps* – anche gli spostamenti geolocalizzando la persona, possono integrare un'attività di controllo a distanza dei lavoratori, con conseguente problematica applicativa dell'art. 4 St. lav. e necessità di qualificazione del dispositivo stesso in termini di strumento di lavoro (sottratto al controllo procedimentalizzato di cui al primo comma) oppure di strumento di controllo (ammissibile solo previo accordo collettivo o previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro).

Resta comunque attuale (anzi potrebbe dirsi che viene nell'occasione rivitalizzato) il contenuto di cui all'art. 9 St. lav., "Tutela della salute e dell'integrità fisica", alla cui stregua "i lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica". La norma ribadisce la centralità del tema della salute e il ruolo attivo nel tutelarla dei lavoratori e delle OOSS, come dimostrato dai Protocolli sindacali del 14 marzo e del 20 aprile 2020.

B) Altro discorso che non riguarda però lo Statuto dei lavoratori (pur se si colloca nel raggio della normativa di tutela dei rapporti di lavoro flessibili), è quello relativo alla peculiare tipologia (che in realtà è poi una *mera modalità esecutiva della prestazione*) di lavoro, ovvero il c.d. lavoro agile o *smart-working*.

In proposito, nel tentativo di tracciare gli spostamenti di equilibrio interni al sistema operati dalla normativa emergenziale, non può trascurarsi la mutazione di siffatta tipologia

---

<sup>8</sup> Tale rischio è definito nell'*incipit* del Protocollo d'intesa "rischio biologico generico", ma, qualora correlato all'attività svolta dal prestatore di lavoro (es. attività ospedaliera), esso diviene rischio specifico e in tal caso il nesso di causalità con la prestazione lavorativa si presume, fatta salva la prova contraria: in proposito, per una completa trattazione e soprattutto un puntuale raccordo tra normativa anticovid e i principi generali espressi dall'ordinamento in tema di salute e sicurezza del lavoratore, UBERTI, *Infezioni Covid, infortunio e responsabilità del datore di lavoro*, in *Guida al lavoro – Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2020, n. 23.

<sup>9</sup> BACCHINI, *Controlli sanitari sui lavoratori al tempo del Covid-19*, in *Giustizia Civile.com*, 18 marzo 2020.

che ha visto trasformata non solo la sua finalità principale da “strumento volto ad agevolare la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita a strumento di protezione della salute individuale e collettiva”<sup>10</sup>, ma anche in parte la sua disciplina che risulta ora caratterizzata dalla possibilità del ricorso unilaterale, da parte del datore di lavoro, a tale modalità lavorativa.

Il DPCM del 4 marzo 2020 (attuativo del DL 23 febbraio 2020, n. 6, ancora limitato alle aree a rischio epidemiologico) ha inizialmente previsto che il lavoro agile possa essere attivato *anche in assenza dell'accordo individuale richiesto dalla legge* – n. 81/2017 – seppur nel rispetto delle disposizioni di quest'ultima.

Il DL n. 6/2020 è stato poi abrogato/sostituito dal DL 25 marzo 2020, n. 19, che consente la “predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente” su tutto il territorio nazionale. I successivi DPCM del 10 aprile e del 26 aprile 2020, tuttavia, hanno ripreso la dizione del primo DPCM, dovendosi pertanto ritenere che il lavoro agile può essere attivato, seppur sempre unilateralmente dal datore di lavoro, nel rispetto della disciplina contenuta nella legge n. 81/2017.

Viene in ogni caso meno, considerata anche la peculiare nuova *ratio* dell'istituto, l'alternanza tra periodi svolti all'interno e all'esterno dell'azienda. Peraltro, come è stato osservato, “il mutamento della funzione del lavoro agile incide sulla volontarietà dello stesso, diventando obbligatorio per il lavoratore (ovviamente in presenza di tutte le altre condizioni, ivi compresa la messa a disposizione degli strumenti informatici da parte del datore di lavoro)”<sup>11</sup>.

Quanto alla disciplina, soccorre il rinvio operato dal DPCM del 10 aprile 2020 alla legge n. 81/2017, la quale prevede che l'attività a distanza possa svolgersi “senza precisi vincoli di orario”, ma nel rispetto dei “limiti di durata massima dell'orario giornaliero e settimanale”. Problemi possono porsi in ordine alle modalità di controllo della prestazione agile, atteso che l'art. 21 della richiamata legge stabilisce che esse siano determinate in base all'accordo individuale (che come detto ora può non esserci), oltre che nel rispetto dell'art. 4 St. lav., della normativa sulla *privacy* e delle disposizioni previste dalla contrattazione collettiva in materia<sup>12</sup>.

Restano infine due interrogativi: il primo è se la scelta del datore sia discrezionale o se invece egli abbia il dovere di concordare una modalità di svolgimento della prestazione alternativa alla presenza sul luogo di lavoro; nel caso si optasse per la discrezionalità<sup>13</sup>, residuerebbe spazio per il riconoscimento di un'eventuale responsabilità del datore che abbia ritenuto di non ricorrere al lavoro agile in ordine alla malattia contratta dal lavoratore sul luogo di lavoro (previa non facile dimostrazione da parte di quest'ultimo del nesso eziologico tra insorgenza della malattia e mancata adozione del lavoro a distanza).

Il secondo interrogativo riguarda il futuro del lavoro agile, considerate le prospettive tutt'altro che peregrine che esso si stabilizzi quale “modalità ordinaria” di svolgimento

---

<sup>10</sup> Pur se non è escluso che il lavoratore utilizzi attrezzature di sua proprietà: ALESSI – VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., pagg. 131 ss., qui spec. 132.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pag. 137.

<sup>12</sup> Da un'indagine (survey) della Cgil/Fondazione Giuseppe di Vittorio, resa nota il 18 maggio, sullo smart working nel privato e nel pubblico (circa 6000 lavoratori) emerge un dato interessante sul modo in cui lo si è attivato in periodo Covid: 37% concordato, 36% unilaterale, 27% con intervento del sindacato.

<sup>13</sup> Secondo ALESSI – VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., pag. 137, la sussistenza della discrezionalità datoriale sarebbe comprovata dall'art. 39 del DL 17 marzo 2020, n. 18 che riconosce ai lavoratori disabili e ai familiari ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il diritto a svolgere fino alla fine del periodo di emergenza la prestazione di lavoro in modalità agile, stabilendo per i lavoratori con ridotta capacità lavorativa per gravi e comprovate patologie una priorità nell'accoglimento delle relative domande.

della prestazione lavorativa, soprattutto con riferimento alla PA, come già disposto dal DL n. 18/2020 (c.d. Cura Italia) limitatamente al perdurare dello stato di emergenza epidemiologica.

Su questa scia il decreto Rilancio (n. 34/2020), sempre fino alla cessazione dello stato di emergenza, prevede per i genitori del settore privato che hanno almeno un figlio under 14 (a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito o che non vi sia genitore non lavoratore) il diritto di svolgere la prestazione in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, qualora tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione <sup>14</sup>.

Nello stesso senso si muove il piano Colao, presentato l'8 giugno dal Gruppo di Lavoro incaricato dal Governo al fine di individuare le linee guida per una ripresa post Covid-19 del tessuto economico e sociale del Paese.

I provvedimenti citati (Decreto Rilancio e Decreto Cura Italia) consentono in ogni caso di escludere che sussista in via generale un diritto del prestatore di lavoro allo *smart-working*, anche in fase di pandemia. Qualcuno ha invocato “un parallelo col diritto al *part time*, che può considerarsi – più però come misura di *work-life balance* nella normalità – una sorta di *second best* rispetto al lavoro agile. Ma in generale non c'è diritto né all'uno né all'altro. Proprio su questo tema si registrano le prime sentenze: Trib. Grosseto e Trib. Bologna (entrambi del 23.4), che riconoscono il diritto al lavoro agile dei ricorrenti in quanto disabili. Comunque la conclusione è che un diritto vero e proprio al lavoro agile non c'è se, pur dinanzi a un generico rischio alla salute, si può ricorrere agli altri istituti previsti dall'art. 87 del dl 18/20. Insomma la tendenza legislativa (rafforzata dal dl 34/20) è di riconoscere un vero e proprio diritto solo in determinate condizioni espressamente previste (figli entro una certa età; soggetti particolarmente vulnerabili) e sempre che sia compatibile con la natura della prestazione” <sup>15</sup>

Non v'è dubbio, tuttavia, che qualora lo *smart working* si avviasse a divenire, finita l'emergenza, una modalità ordinaria di svolgimento della prestazione, riacquisterebbe vigore anche la parte della disciplina della legge n. 81/2017 oggi derogata, con conseguente riattribuzione del ruolo “legittimante” all'accordo individuale cui la richiamata legge affida (art. 19) la “disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa ... anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore”. Non si dimentichi che siffatto accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurarne la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Se così non fosse, si correrebbe il rischio che “le regole emergenziali”, sopravvissute all'emergenza, normalizzino “quella *deminutio* di libertà (leggi autonomia privata) che costituisce il costo di ogni legislazione emergenziale” <sup>16</sup>

C) Ulteriore intervento che assume rilievo sotto il profilo dell'incremento (temporaneo) della flessibilità consentita dal legislatore rispetto alle disposizioni vigenti nel periodo pre-emergenziale è quello realizzato dal Decreto Rilancio (art. 93) in tema di contratti a tempo determinato.

---

<sup>14</sup> I datori di lavoro del settore privato, anche in tale ipotesi, dovranno comunicare al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in via telematica, i nominativi dei lavoratori e la data di cessazione della prestazione in modalità agile, ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

<sup>15</sup> ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDL “Massimo D'Antona”-IT, n. 421/2020.

<sup>16</sup> FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, pag. 1.

In deroga all'art. 21 del d. lgs. n. 81/2015 è ora possibile rinnovare o prorogare *fino al 30 agosto 2020* i contratti di lavoro subordinato a termine in essere alla data del 23 febbraio 2020, anche in assenza delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, del medesimo decreto legislativo, vale a dire che le proroghe e i rinnovi dei contratti a termine già stipulati potranno essere "acausali" anche se la durata complessiva degli stessi ecceda il limite dei 12 mesi.

Vero è che la norma, così come già le disposizioni del Decreto Dignità (L. n. 96/2018) pecca di chiarezza non specificando se la deroga riguardi i rinnovi e le proroghe disposte fino al 30 agosto oppure i rapporti di lavoro che a seguito della proroga o rinnovo trovino conclusione entro la stessa data.

La lettera della legge ("è possibile prorogare o rinnovare fino al 30 agosto...") parrebbe deporre a favore della prima soluzione, rendendo possibile stipulare fino al 30 agosto accordi di rinnovo o proroga di contratti a termine che spostino la scadenza anche in epoca successiva a tale data.

Il riferimento al solo primo comma dell'art. 19 del d. lgs. n. 81/2015 circoscrive però l'ampiezza della deroga alle sole "ragioni giustificatrici" o causali previste per l'apposizione del termine (per le proroghe che riguardino contratti la cui durata complessiva ecceda i 12 mesi, o per i rinnovi *tout court*) e non anche alla durata massima di 24 mesi. Il superamento di tale durata comporterà dunque la conversione del rapporto di lavoro anche se avvenuta in virtù di rinnovi e proroghe emergenzialmente eccezionali.

Va ricordato che già la legge di conversione del DL n. 18/2020 (L. 5 giugno 2020, n. 40) aveva previsto la possibilità, per i datori di lavoro che accedono agli ammortizzatori sociali con causale COVID-19, di procedere nel medesimo periodo al rinnovo o alla proroga di contratti a termine, anche a scopo di somministrazione, in deroga ai divieti stabiliti dagli artt. 20, comma 1, lettera c) e 32, comma 1, lettera c), del d. lgs. n. 81/2015 (divieto per fruizione di cassa integrazione), nonché alle limitazioni in tema di intervalli temporali tra rinnovi di contratti a termine stabilite dall'art. 21, comma 2, del citato decreto.

Nulla però quella legge aveva disposto in ordine alle "causali", la possibilità di deroga alle quali è stata poi "recuperata" come visto dal Decreto Rilancio, onde evitare la sanzione della conversione del contratto a tempo indeterminato e il risarcimento del danno al lavoratore.

## 5. *Le misure a sostegno dell'impresa e dei lavoratori (cenni)*

Come visto la normativa emergenziale presenta connotazioni di ampia autonomia e (quasi) impermeabilità rispetto all'assetto regolamentativo tradizionale sia dello Statuto dei lavoratori (anche nella sua versione post Fornero e post Jobs Act) sia del c.d. diritto del lavoro della crisi (cigs, cigo, strumenti alternativi di sostegno al reddito).

Su questo versante spiccano le deroghe (tutte concentrate nel decreto Cura Italia, n. 18/2020) alla normativa in materia di cigo, cigs e solidarietà finalizzate ad un ampliamento del campo di applicazione dell'integrazione salariale. Il Decreto Rilancio è poi intervenuto sulla suddetta disciplina principalmente in una prospettiva di prolungamento dei periodi di trattamento di integrazione salariale e di ulteriore estensione dell'ambito applicativo.

La novità più rilevante è l'introduzione di una nuova causale ("emergenza Covid-19") per la cassa integrazione guadagni ordinaria (per una durata massima dapprima di 9 settimane, poi di 18). Qualche ritocco è previsto anche per la Cigs (per la presentazione della cui domanda non trovano applicazione i termini abituali) la quale peraltro può essere sostituita dalla nuova Cigo, più leggera per le imprese (art. 20).

I datori che non hanno i requisiti per la Cigo potranno comunque fruire (sempre per una durata massima non più di sole 9 settimane, ma di 18<sup>17)</sup> della Cassa integrazione in deroga, la quale – concessa con decreto delle Regioni e delle Province autonome – è ricostruita come disciplina residuale per tutte le aziende escluse dalle “tutele previste dalle vigenti disposizioni in materia di sospensione o riduzione di orario” (art. 22).

L’insieme delle disposizioni normative dedicate alla cassa pare comunque non costituire una disciplina speciale ed autonoma rispetto alla vigente, quanto piuttosto un “blocco” che su quella si innesta, seppur con elementi di deviazione (peraltro limitati anche temporalmente dall’emergenza).

Tra queste deviazioni mi limito a soffermare l’attenzione sull’esonero integrale dei datori di lavoro che abbiano presentato domanda di integrazione salariale COVID-19 (ordinaria) dall’osservanza delle disposizioni in tema di informazione, consultazione sindacale ed esame congiunto (esonero questo previsto dalla legge di conversione del DL n. 18/2020 che originariamente conteneva una deroga solo alle tempistiche delle suddette procedure)<sup>18</sup>.

Il Decreto Rilancio ha poi reintrodotto, mantenendo le modalità semplificate, l’obbligo di informazione e consultazione sindacale, da adempiersi anche per via telematica entro i tre giorni successivi alla comunicazione preventiva (art. 68, comma 1, lett. b).

Per quanto concerne la cassa in deroga, il relativo trattamento può essere chiesto previo accordo con le OOSS comparativamente più rappresentative a livello nazionale, concluso anche con modalità telematica. L’accordo non è requisito necessario per i datori con meno di 5 dipendenti e per i datori che sono stati costretti a serrare l’attività in ragione dei provvedimenti di emergenza anti-pandemici.

Sul versante dei lavoratori, assai articolata è la normativa che consente ai dipendenti con figli o con obblighi assistenziali di fruire, in conseguenza dei provvedimenti di sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche, di:

- *congedo parentale* speciale per un periodo non superiore (dapprima a 15, poi) a 30 giorni e indennità pari al 50% della retribuzione (fruizione ora prevista fino al 31 luglio), destinato a chi ha figli in età non superiore a 12 anni o gravemente disabili e risulti assente nel nucleo familiare altro genitore libero da obblighi lavorativi (essendo la fruizione di tali congedi alternativa tra i genitori stessi) (art. 23, comma 1 e 4)<sup>19</sup>;

---

<sup>17</sup> Di cui 14 settimane fruibili per periodi decorrenti dal 23 febbraio al 31 agosto 2020 e quattro settimane fruibili per periodi decorrenti dal 1 settembre al 31 ottobre 2020, ai sensi dell’art. 22-ter del Decreto Cura Italia, introdotto dal Decreto Rilancio. Ma cfr., per la possibilità di fruizione anticipata delle ultime quattro settimane, il DL n. 52/2020.

<sup>18</sup> La modifica operata in sede di conversione – ascrivibile alla categoria degli emendamenti soppressivi e sostitutivi, in conformità a quanto sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, opererebbe con effetto *ex tunc*, quindi sin dall’entrata in vigore del Decreto Cura Italia. Dovrebbero pertanto ritenersi legittime le istanze di integrazione salariale che i datori di lavoro avessero presentato *medio tempore* senza adempiere agli obblighi informativi originariamente prescritti (e poi soppressi).

<sup>19</sup> Cfr. Messaggio Inps n. 1648/2020; Messaggio Inps n. 1621/2020. Misura analoga è prevista anche per i genitori lavoratori iscritti in via esclusiva alla Gestione separata Inps di cui all’art. 2, comma 26, L. 8 agosto 1995, n. 335. Ad essi è riconosciuta una indennità, per ciascuna giornata indennizzabile, pari al 50% di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell’indennità di maternità.

La medesima indennità è estesa ai genitori lavoratori autonomi iscritti all’Inps ed è commisurata, per ciascuna giornata indennizzabile, al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita annualmente dalla legge, a seconda della tipologia di lavoro autonomo svolto.

- *astensione dal servizio* per il periodo di sospensione delle attività didattiche e senza retribuzione/contribuzione (ma conservazione del posto di lavoro), destinata a chi ha figli in età tra i 12 e 16 anni, sempre a condizione che risulti assente nel nucleo altro genitore non gravato da obblighi lavorativi (art. 23, comma 6).

Per i lavoratori poi che già fruiscono dei permessi ex art. 33, legge n. 104/1992 sono previsti ulteriori 12 giorni fruibili tra marzo ed aprile 2020 (art. 24).

Il Decreto Rilancio è infine intervenuto con una serie di misure urgenti in materia di lavoro e politiche sociali, quali il reddito di emergenza (Rem), nuove indennità per i lavoratori danneggiati dall'emergenza epidemiologica, per i lavoratori domestici, per i lavoratori sportivi, etc., sulle quali non intendo in questa sede soffermarmi.

## 6. *Sistema delle fonti del diritto e normativa antiCovid*

L'autonomia, la specialità, l'eccezionalità e la transitorietà di quello che potremmo definire "diritto antiCovid" parrebbero renderlo in buona parte immune dai dubbi di inconstituzionalità che pure in questo periodo sono stati sollevati con riferimento ai numerosi diritti coinvolti: la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), la libertà religiosa (art. 19 Cost.), il diritto/dovere all'istruzione (art. 34 Cost.), la tutela del lavoro (art. 35 Cost.), la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Va premesso che la Costituzione non contiene una disciplina generale volta a far fronte alle situazioni di emergenza, ma regola i poteri esercitabili dal Governo nei casi straordinari di necessità ed urgenza (art. 77 Cost.).

L'utilizzo in sé dello strumento del decreto legge, che è poi quello che maggiormente ha interessato la materia lavoristica, non dovrebbe pertanto suscitare questioni di illegittimità costituzionale. Chiaro che poi la legittimità del contenuto dei decreti legge stessi dipende dal rispetto o meno dei requisiti previsti per la loro adozione.

Diversamente è stato detto, a fronte della riserva di legge posta a tutela dei diritti fondamentali, del potere di ordinanza emergenziale di fatto "indefinito" di cui si è trovato titolare il presidente del Consiglio dei Ministri in virtù del DL n. 6/2020 lasciato libero (art. 1, comma 1) di stabilire "ogni misura di contenimento e di gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica" in atto<sup>20</sup>.

Non a caso il DL n. 19/2020, che ha abrogato/sostituito il DL n. 6/2020, ha definito in modo tassativo le misure limitative della libertà che possono essere concretamente disposte tramite DPCM e ordinanze (art. 1, comma 2).

Ulteriore nodo (tuttora non risolto) è quello che riguarda le antinomie tra DPCM e ordinanze regionali, risultando queste ultime comunque legittimate in base al potere d'ordinanza conferito alle Regioni dal Codice della Protezione Civile (d. lgs. n. 1/2018) e dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (oltre che dal TU degli enti locali e dal d. lgs. n. 112/1998).

Ancora opportunamente, il DL n. 19/2020 ha in proposito stabilito che, in caso di aggravamento del rischio sanitario, le Regioni possono adottare misure ulteriormente

---

<sup>20</sup> Il problema non consiste nell'intervento in sé del Presidente del Consiglio dei Ministri (cui il Codice della Protezione Civile affida "i poteri di ordinanza in materia di protezione civile", stabilendo peraltro che, "salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24" - cioè con la deliberazione dello stato di emergenza - egli può esercitarli "per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile": art. 5, comma 1), ma nella indeterminatezza del potere affidatogli. Infatti il Codice subordina le ordinanze ai limiti fissati nella dichiarazione dello stato di emergenza e, stavolta, questa non indica, in realtà, alcun vero limite ulteriore rispetto a quelli del Codice stesso, stabilendo solo che le ordinanze sono adottate "in deroga a ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico".

restrittive rispetto a quelle dettate dalla normativa statale, purchè rientranti tra quelle elencate nell'art. 1 del DL stesso e con ordinanza destinata a cedere a fronte di un futuro DPCM che intervenga successivamente in materia. Ciò che invece è successo è che molte Regioni, dopo il DPCM 10 aprile 2020 hanno approvato ordinanze più restrittive ma successive, ed altre ordinanze successive e meno restrittive.

Resta in ogni caso importante precisare che il fondamento ultimo della normativa emergenziale non è (né può essere) lo stato di necessità, ma sempre la Costituzione, con la quale il primo è radicalmente incompatibile. "Ammettendo la necessità come fonte, la si dovrebbe anteporre alla stessa Costituzione, il che non ha alcun riscontro positivo, e se mai la Costituzione venisse (pur provvisoriamente) travolta per ragioni emergenziali non potremmo desumere la legittimità dell'evento dalla necessità, ma dovremmo parlare di vera e propria rottura costituzionale"<sup>21</sup>. Ad avviso dell'autore appena citato, per la normativa emergenziale antiCovid "il fondamento costituzionale c'è e deve rinvenirsi nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*. Sovente, chi condivide questa opinione li considera valori immanenti al sistema, ma, quand'anche questo fossero, quel che conta è che essi sono stati sicuramente e chiaramente positivizzati, con la conseguenza che il loro trattamento deve essere quello dei veri e propri principi costituzionali".

Poiché tuttavia alla positivizzazione degli interessi conservativi dell'ordinamento non fa seguito una disciplina specifica delle competenze e dei procedimenti per la loro tutela "è da ritenere che la legittimazione s'indirizzi alla fonte primaria. La positivizzazione degli interessi non è dunque tale da consentire all'Esecutivo di adottare provvedimenti normativi eccezionali in deroga alle leggi vigenti (diversi, ovviamente, dai decreti-legge) *omisso medio*, cioè senza un'intermediazione legislativa che li preveda. Alla fonte primaria "intermediaria", a sua volta, non è consentito conferire a quei provvedimenti la medesima forza della legge, perché della forza di una fonte può disporre solo la fonte sovraordinata. È per questo che alle fonti *extra-ordinem* non può essere consentita l'abrogazione, ma solo la deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio - pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà - della temporaneità dello *spatium temporis* della loro applicazione".

---

<sup>21</sup> LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it)