

Webinar COVID-19 – Relazione Prof. Arturo Maresca – 11 marzo 2020

Le norme che il Governo ha già emanato (in particolare il DPCM 9 marzo 2020) e quelle dei Ministeri e delle Regioni sono finalizzate alla tutela della salute pubblica a fronte della grave situazione di epidemia in atto.

Le norme, nel bilanciamento dei diritti costituzionali, si propongono in via assolutamente prioritaria di garantire la salute pubblica cercando di ridurre i contagi.

Muovendo da questa premessa si deve osservare, partendo dalle questioni generali, che le attività produttive non sono state fermate, salvo quelle espressamente indicate; le imprese (salvo quelle per le quali operano vincoli specifici) possono quindi operare.

Alle imprese viene, tuttavia, rimesso il compito di ridurre i movimenti dei lavoratori dipendenti che devono recarsi sui luoghi di lavoro e ciò implica per le imprese una prima valutazione che riguarda i lavoratori che:

- A) devono eseguire la loro attività in presenza, cioè recandosi sui luoghi abituali di lavoro;
- B) per i quali tale presenza non è necessaria.

Tale scelta deve essere effettuata con riferimento sia al numero dei lavoratori in presenza sia alle professionalità da impiegare.

Problemi distinti si pongono quindi per i lavoratori che operano in presenza e per quelli che continuano ad operare con altre modalità (v. in seguito).

1. I lavoratori in presenza

Circa la questione del tragitto del lavoratore per recarsi al lavoro, il datore potrà fornire al lavoratore attraverso una mail o qualsiasi altra modalità l'attestazione che la sua prestazione è necessaria e che quindi è stato chiamato in azienda ad eseguirla. Problemi particolari per quanto riguarda il tragitto casa-lavoro non si pongono. Poi, alcune aziende per rassicurare i lavoratori stanno mandando loro delle comunicazioni nelle quali li invitano a eseguire la prestazione sul luogo di lavoro. Se questo serve a rendere più sereni i lavoratori va bene, ma da un punto di vista normativo non c'è bisogno di una preventiva autorizzazione. Bisogna, invece, che il lavoratore sia munito dell'auto certificazione.

Venendo a una questione più generale, ci possiamo domandare quali siano gli obblighi per l'azienda nella gestione dei lavoratori in presenza.

Il rischio che l'azienda deve gestire non è un rischio che riguarda l'ambiente di lavoro, ma è il rischio generale del contagio e quindi le misure che devono essere adottate sono quelle generali che sono state impartite dalle autorità e che attengono a tutte le misure, che stiamo seguendo in questi giorni, di distanziamento, di non avere

contatti diretti, etc. Le aziende devono informare i lavoratori che la loro attività dovrà essere svolta nel rispetto di queste misure e che, quindi, lo svolgimento dell'attività nei luoghi di lavoro si dovrà attenere a quelle misure. Sarà importante una informativa scritta oppure orale circa queste misure.

Domanda: Occorre aggiornare il DVR? O è sufficiente questa informativa?

A mio parere, il DVR non va aggiornato perché è un documento che gestisce i rischi dell'ambiente di lavoro. Il rischio del contagio che dobbiamo fronteggiare non è un rischio del luogo di lavoro, ma un rischio generale che viene presidiato dalle regole scritte nelle disposizioni delle autorità. L'azienda deve, però, fare in modo che queste disposizioni trovino applicazione all'interno dell'azienda e quindi spetta al datore di lavoro applicare tali all'interno dell'azienda attraverso un'informativa preventiva e il controllo del loro rispetto.

L'azienda nel momento in cui ritiene che alcuni lavoratori devono lavorare in presenza, individuati quantitativamente oppure per la tipologia di mansioni, deve informare questi lavoratori del rispetto di quelle misure, quelle stabilite dal governo, nella attività lavorativa.

Quanto all'ipotesi paventata da alcuni di integrare il DVR con riferimento a questa specifica epidemia, prevedendo anche quale misura di prevenzione la possibilità di misurare la temperatura, ritengo che tutto quello che si fa in più va bene, ma in questo momento dobbiamo essere guidati da due principi: il principio della tutela della salute che viene prima di tutto e il principio della semplificazione.

Se noi abbandoniamo la strada della semplificazione e della tutela della salute, allora rendiamo le cose ancora più difficili. Per esempio, per quanto riguarda lo smart working, bisogna fare le comunicazioni a Cliclavoro etc., queste comunicazioni vanno fatte e si discute se vanno fatte il giorno prima o entro 5 giorni. Ecco, tutti questi adempimenti, che sicuramente sono da fare, devono essere fatti cercando di semplificare il più possibile, cioè dando i dati essenziali. Siamo in un momento di emergenza che giustifica la scelta della minore complessità.

Domanda: riguardo DVR, ci sarebbe una circolare del Ministero Salute secondo cui il DVR sarebbe da aggiornare per i lavoratori che hanno contatti con il pubblico.

Io ripeto la mia opinione, il DVR riguarda rischi specifici di lavoro. Qui stiamo dicendo che non c'è un rischio specifico. Se c'è un'indicazione del Ministero della Salute che prevede che bisogna aggiornare DVR, il rischio in questo caso sarebbe soltanto di protezione del lavoratore dai contatti con l'esterno.

Anche nel DPCM viene detto che le mascherine devono essere utilizzate soltanto da coloro che si trovano in particolari situazioni, quindi non credo che i lavoratori debbano usare queste mascherine. Mi rendo conto che può essere una situazione diversa quando si tratta di lavoratori che hanno contatto col pubblico.

Domanda: Se ci fosse obbligo di uso della mascherina, incomberebbe sul datore di lavoro fornirla?

Allora qui si può dire che per quanto riguarda i lavoratori che devono prestare un servizio a terzi, rispetto ai quali ci può essere un potenziale rischio di contagio, per questi lavoratori si può porre il problema della mascherina. Se si pone, è il datore di lavoro che a questo punto deve munire il lavoratore che ha contatti con i terzi della mascherina.

Domanda: come comportarsi nei confronti dei lavoratori che si trovavano o hanno avuto contatti con persone provenienti da quelle che erano fino all' 8 marzo le zone rosse?

Per quanto riguarda i lavoratori provenienti da quelle che erano fino all' 8 marzo le zone rosse, questi lavoratori provenienti da queste zone sono stati posti in una situazione di quarantena.

Si potrebbe ritenere che questa situazione di quarantena è venuta meno nel momento in cui, con il DPCM del 9 marzo, la situazione su tutto il territorio italiano si è unificata. Però è anche possibile dire che questi lavoratori, che hanno iniziato un periodo di quarantena sul presupposto di esser stati a contatto, prima del 9 marzo, con una situazione territoriale che li espone a un maggior rischio, proseguono la loro quarantena e la esauriscono.

1.a Il controllo della temperatura

Alcune imprese ritengono di poter controllare i lavoratori all'ingresso dell'azienda per escludere che sono stati ammessi al lavoro in presenza, se hanno particolari sintomi di febbre etc. Su questo punto è sorta una discussione, è intervenuto anche il Garante della privacy, che ha affermato che questo controllo non può essere effettuato, sollevando quindi alcuni dubbi.

Penso personalmente che l'azienda possa rilevare la temperatura nel rispetto della privacy del lavoratore (non ci sarà, quindi, l'acquisizione di questo dato), perché in base all'art. 2087 c.c. in questo modo si possono escludere dal lavoro i dipendenti che si trovano in condizioni di poter trasmettere il virus e quindi esporre gli altri lavoratori al contagio.

È un'operazione che va fatta con la cautela e l'attenzione necessarie.

Come abbiamo detto all'inizio, preme ricordare che siamo di fronte a norme che tutelano la salute pubblica, quindi non solo norme di carattere costituzionale, ma norme che nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti, sono sicuramente prevalenti.

Domanda: la presenza di alterazione della temperatura, potrebbe essere un banale sintomo influenzale che di norma non viene rilevato dal datore di lavoro per escludere i lavoratori dalla prestazione. In carenza di una norma che preveda per il datore di lavoro di disporre il rilievo della temperatura, non si rischia di porre in essere un trattamento esuberante in quanto carente di base giuridica ai sensi dell'art. 6 del Regolamento del 2016?

Io penso di no, attesa la particolare contingenza che ci troviamo a vivere. È evidente che se un controllo di questo tipo fosse stato fatto due mesi fa, il problema non si sarebbe nemmeno esaminato, ma in questo momento, io ritengo che l'art. 2087 c.c. consenta alle imprese di effettuare la rilevazione perché questo sintomo della febbre può essere un sintomo che, come dicono le norme del DPCM 9 marzo 2020, è tale da creare un maggior rischio di contagio. Non è detto che quel lavoratore sia portatore del virus, ma viene individuata una situazione che in modo cautelativo può portare l'azienda ad escludere quel lavoratore dal luogo di lavoro, onde impedire anche per gli altri lavoratori una preoccupazione di contagio. So bene quel che ha detto il Garante, so che queste sono misure che eccezionalmente alcune aziende hanno preso, so che ci possono essere punti di vista diversi, ma penso che la dinamica applicativa dell'art. 2087, che è stata impiegata in modo molto ampio, consenta in questo momento, per presidiare questo rischio, di agire anche in tal modo.

Domanda: è chiaro il riferimento all'art. 2087 c. c., ma ai fini del trattamento dei dati è comunque necessario individuare una base giuridica; trattandosi di dati sensibili, la base giuridica in assenza del consenso andrà ricercata nell'art. 9 del GDPR?

Quando ci sono diritti che hanno un livello di tutela costituzionale, si opera un bilanciamento e quindi bisogna a un certo punto essere in grado di bilanciare i diversi diritti che hanno tutela costituzionale. Io personalmente ritengo che il diritto alla salute prevalga sul diritto alla privacy e, quindi, se noi muoviamo dall'applicazione dell'art. 2087 c.c., la tutela della salute deve essere anteposta alla tutela della privacy e quindi la rilevazione della temperatura effettuata con le modalità di riserbo, per cui il dato della rilevazione della temperatura non viene acquisito per fare operazioni di mappatura, ma viene rilevato in quel momento per l'ammissione o non l'ammissione al lavoro, a mio avviso è rispettosa della legge.

L'art. 2087 ha un campo di applicazione notevole. Non possiamo ritenere di sacrificare il principio della protezione del lavoratore per il rispetto della privacy. Anche perché mi domando, se il lavoratore non prestasse il suo consenso, cosa accadrebbe? A mio sommo avviso, se il lavoratore si dovesse rifiutare di sottoporsi alla rilevazione della temperatura, il datore di lavoro potrebbe non ammetterlo al lavoro e, aggiungo, che potrebbe essere considerato come un lavoratore che non ha cooperato nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza e, quindi, pur senza procedere disciplinarmente, è da ritenere come un lavoratore che ha deciso di non prestare la sua attività e quindi non ha diritto alla retribuzione. Mi rendo conto che si tratta di un tema molto delicato, ma immagino che siamo tutti d'accordo che la situazione che stiamo gestendo è molto delicata e qui gli interessi individuali e gli interessi della privacy, che pure sono di fondamentale importanza, cedono di fronte al diritto alla salute pubblica, che deve essere preservato in modo assoluto.

Domanda: quindi come comportarsi nel caso in cui il lavoratore rifiuti di farsi misurare la temperatura?

Se l'azienda dispone la misurazione della temperatura, in caso di rifiuto dei lavoratori, l'azienda può non ammettere i lavoratori sul posto di lavoro, e ciò in base all'art. 2087 c.c. Infatti il lavoratore che ritiene di non cooperare nell'applicazione di questa misura, ritiene di non prestare la sua prestazione lavorativa e quindi non deve essere retribuito. Mi rendo conto che la questione è molto discutibile, però la soluzione appare quella più corretta in base all'art. 2087 c.c. Certamente ci sono forti pressioni sindacali in senso contrario, ma sul piano delle relazioni sindacali si pongono resistenze anche alla questione delle ferie.

Naturalmente è un momento nel quale bisogna gestire le questioni cercando di realizzare il massimo consenso sindacale e individuale, ma c'è un momento nel quale il presidio degli interessi massimi, quello della salute, spetta all'impresa che deve realizzarlo.

Domanda: potrebbe esser opportuno far rilevare la temperatura al medico competente, come accorgimento?

Sì, io non ho detto che debba esser fatta questa operazione. Io ho detto che alcune aziende hanno ritenuto di farla e che io ritengo che questa loro decisione sia compatibile con l'art. 2087 c.c. Che la rilevazione della temperatura vada fatta da operatori adeguati direi sicuramente di sì, come il medico competente, e va fatto con una modalità che garantisca la riservatezza e senza che il dato sul lavoratore venga conservato.

2. I lavoratori in quarantena (o in sorveglianza o isolamento fiduciario)

Trattiamo ora una seconda ipotesi: la situazione particolare dei lavoratori che sono posti genericamente “in quarantena”, lavoratori che in relazione alle disposizioni che sono state emesse a livello locale o generale, sono interdetti nell’uscire dalla propria abitazione e devono permanere nella propria abitazione per un certo periodo di tempo. Anche in questo caso, la questione non è risolta unanimemente.

Io penso che questi lavoratori non sono in una situazione di malattia, ma si trovano in una situazione di impedimento all’uscita dalla propria abitazione, quindi non sono impediti dal lavorare, ma non possono lasciare la propria abitazione. Questa situazione della quarantena viene certificata attraverso una certificazione rilasciata dal medico.

Tale certificazione, a mio avviso, non è tale da equiparare l’impedimento a lasciare la propria abitazione alla malattia, ma semplicemente dimostra che quel lavoratore non si può recare al lavoro e deve rimanere presso la sua abitazione. L’equiparazione tra il lavoratore in quarantena e il lavoratore malato nelle norme attualmente non è prevista. Molti dicono che il decreto che dovrebbe essere emanato nei prossimi giorni dovrebbe portare a questa equiparazione. Ma allo stato, in mancanza di norma espressa, l’equiparazione non sussiste. Se partiamo da questo presupposto, ci dobbiamo chiedere se l’azienda può o meno chiedere una prestazione lavorativa ai lavoratori posti in quarantena. Io penso che questa prestazione possa essere chiesta, naturalmente deve essere una prestazione che i lavoratori possano eseguire dal proprio domicilio. A loro potrà essere chiesto lo svolgimento di attività in smart working. Naturalmente, sarà uno smart working più limitato di quello che avviene normalmente perché il lavoratore non potrà scegliere da dove eseguire la prestazione, ma la prestazione dovrà essere svolta necessariamente dalla propria abitazione.

Se questa modalità non è possibile, allora l’azienda potrà decidere di disporre le ferie nei confronti di quel lavoratore. Se questa modalità viene ritenuta non praticabile, allora l’azienda può comunicare al lavoratore che può prendere i permessi contrattualmente previsti, se ritiene di prenderli (per riduzione di orario). Se anche questa modalità non è sufficientemente praticabile, l’azienda potrebbe riconoscere al lavoratore dei permessi retribuiti dicendo, però, che le modalità del recupero di questi permessi saranno successivamente individuate.

Dopo aver detto tutto questo, aggiungo a chiusura di questo profilo, che la situazione giuridica che si determina in relazione ai lavoratori in quarantena è quella di impossibilità temporanea di esecuzione della prestazione in presenza. In particolare, circa la situazione giuridica dei lavoratori in quarantena, dopo avere detto quello che secondo me è possibile valutare (smart working, ferie, permessi retribuiti con possibile modalità di recupero da stabilire successivamente), giuridicamente si tratta di una situazione di impossibilità sopravvenuta temporanea della prestazione lavorativa che libera il lavoratore dall’eseguire la prestazione e il datore di lavoro

dalla retribuzione. Penso che in questo momento le soluzioni migliori siano le altre, quella scaletta che ho indicato prima.

Domanda: potrebbe approfondire il ragionamento sull'impossibilità temporanea. Si può ritenere tale anche l'ipotesi in cui l'azienda non possa più operare per inesistenza o drastico calo di domanda (ad es. voli per compagnie aeree)?

Stasera o domani uscirà un decreto che conterrà alcune soluzioni alle questioni che stiamo già affrontando. Ritengo che questa questione potrebbe probabilmente essere risolta con le misure che saranno adottate in materia di cassa integrazione. Come sapete, esiste già un provvedimento del Governo in materia di cassa integrazione che riguarda, però, soltanto le zone cosiddette rosse. Il decreto dovrebbe chiarire questi aspetti, quindi l'azienda che si dovesse trovare in una situazione di forte riduzione avrà accesso alla cassa integrazione con le modalità semplificate. Tale decreto probabilmente dovrebbe anche affrontare il tema se le situazioni di impossibilità temporanea, che io ho riferito alla quarantena, saranno dalla norma equiparate alle situazioni di malattia.

Su questo, però, è inutile che iniziamo un ragionamento finché le norme non saranno emanate. Potrebbero ad esempio anche esserci dei voucher per i lavoratori che devono assistere i figli o dei congedi parentali estesi. Aspettiamo, quindi, il decreto sul quale ci potrebbe essere qualcosa di utile anche per il secondo tema di cui abbiamo parlato relativamente alle ferie.

3. I lavoratori non in presenza

A questo punto, passerei al terzo punto che riguarda la situazione dei lavoratori per i quali l'azienda non ha richiesto la presenza in servizio, facendo una distinzione tra coloro che sono in situazioni particolari e coloro che sono in situazioni ordinarie.

Intendo dire che in azienda possono esservi lavoratori che hanno patologie particolari o lavoratori che hanno una certa età o lavoratrici in maternità o lavoratori immunodepressi, cioè una popolazione che ha una maggiore debolezza.

L'art. 3 del DPCM individua queste situazioni. Allora, in relazione a questi lavoratori si pone un'esigenza di maggior tutela. Pertanto l'azienda, nella scelta degli strumenti di gestione dei lavoratori in presenza o con altre modalità, dovrà tener conto della precedenza da accordare a lavoratori rispetto agli altri nelle misure alternative al lavoro in presenza.

Infatti l'impresa nella scelta dei lavoratori che devono operare in presenza, deve bilanciare questa scelta con la situazione di questi lavoratori che sono in condizioni particolari e, per essi, deve preferire soluzioni alternative al lavoro in presenza quali sono quelle che adesso esaminiamo, vale a dire smart working, ferie e altro.

Andiamo a questo punto alle misure alternative. Anche qui le aziende dovranno, per i lavoratori che non svolgono attività in presenza, utilizzare queste modalità.

3.a. Lo smart working

La prima è sicuramente lo smart working che, nel DPCM anche quello del 9 marzo che lo richiama, prevede la possibilità per il datore di disporre il lavoro agile. Dico *disporre* perché, come tutti sappiamo, il lavoro agile è una modalità della prestazione di lavoro che, secondo le norme ordinarie, è oggetto di un patto modificativo firmato dal singolo lavoratore e dal singolo datore di lavoro (poi abbiamo anche degli accordi sindacali, ma la legge richiede l'accordo individuale).

Come abbiamo letto tutti, invece, per quanto riguarda il DPCM, si consente al datore di lavoro unilateralmente di adottare lo smart working nei confronti dei lavoratori. Non c'è un diritto del lavoratore di lavorare in smart working: c'è invece la possibilità per il datore di lavoro di applicare lo smart working.

Ritengo, quindi, che lo smart working rientri, a questo punto fino al 3 aprile secondo il DPCM, nei poteri del datore di lavoro di modificare la prestazione lavorativa trasformandola in smart working. Sarà sufficiente una comunicazione, una e-mail, anche un sms, un whatsapp, con il quale il datore comunica al lavoratore che dal giorno X opererà in smart working. In questa comunicazione, dovrà essere indicata la data di inizio e la data di fine della prestazione in smart working. Attualmente il DPCM copre fino al 3 aprile e si dovrà dire al lavoratore che esiste presso il sito dell'Inail la possibilità di scaricare quella informativa che riguarda l'applicazione dell'art. 22.

Per quanto attiene alle modalità di svolgimento della prestazione in smart working, la comunicazione diretta al lavoratore farà riferimento agli accordi sindacali o regolamenti aziendali sullo smart working ove esistenti, oppure le aziende potrebbero adottare un proprio regolamento sulle modalità di lavoro in smart working da pubblicare sul sito aziendale. Aggiungo che lo smart working può essere previsto fino al 3 aprile, ma questo non esclude che in regime di smart working il lavoratore possa essere richiamato al lavoro perché è necessaria la sua presenza per una giornata, un'ora e così via.

Non si tratta di interrompere lo smart working, ma si tratta di realizzare quello che lo smart working già prevede e che è la alternanza tra lavoro all'esterno e lavoro all'interno.

Nella informativa sarà opportuno che le aziende comunichino al lavoratore che la modalità di smart working è finalizzata ad impedire il più possibile la circolazione dei lavoratori e, quindi, a farli permanere presso il proprio domicilio. L'azienda non deve imporre il domicilio del lavoratore come luogo di lavoro, ma deve ricordare che questa modalità è una modalità finalizzata a evitare il più possibile i contatti.

Dico questo anche in relazione alla questione che trattavamo all'inizio: se un lavoratore in smart working venisse trovato a circolare per strada ed esibisse una autocertificazione che è al lavoro, questa autocertificazione sarebbe un'autocertificazione impropria, non corrispondente al vero perché la sua attività deve essere svolta nelle modalità stabilite dal DPCM, quindi presso la propria abitazione.

Aggiungo che lo smart working, secondo me, potrebbe essere dal datore di lavoro disposto anche nei confronti dei lavoratori somministrati, previa comunicazione e accordo con l'agenzia che li ha somministrati, e la stessa cosa potrebbe avvenire per i lavoratori che sono distaccati, perché - trattandosi secondo me di un potere di passare alla modalità di lavoro agile - non c'è più necessità di un patto che deve essere fatto dal datore comunicandolo al datore distaccante ed all'agenzia di somministrazione.

Si può inoltre ipotizzare certamente una modifica temporanea delle mansioni in funzione dello smart working, perché stiamo ragionando di questioni che si caratterizzano in modo speciale in relazione all'evento. Il mutamento di mansioni può avvenire, in base all'art. 2103 c.c. primo comma, se sono mansioni dello stesso livello di inquadramento senza alcun problema, quindi sicuramente può avvenire, anche in relazione allo smart working, che è solo una modalità di esecuzione della prestazione, quindi posso anche modificare le mansioni e mettere il lavoratore in smart working.

Domanda: come gestire il lavoratore che si rifiuta di utilizzare il telelavoro perché sostiene di avere una situazione familiare o un ambiente familiare (bambini) o gli strumenti informatici necessari che non consentono di lavorare a distanza? Da un lato ci sono quindi quelli che si rifiutano e poi coloro che sostengono di essere in condizioni particolarmente esposte al contagio (condizioni di immunodepressione): come va accertata questa condizione? E' sufficiente un'autodichiarazione?

Cominciamo con i lavoratori che sono in particolari condizioni, quelli descritti dall'articolo 3 del DPCM: secondo me questa situazione o è già nota al datore di lavoro per le vicende pregresse del rapporto oppure viene portata a conoscenza dai lavoratori al datore di lavoro.

Ci sono poi i lavoratori che si rifiutano di fare lo smart working per i motivi più vari (ad es. non vogliono utilizzare il loro pc). Queste questioni non sono facili e devono essere affrontate specialmente in questo momento tenendo conto dei principi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto e di

qualsiasi prestazione lavorativa. Quindi, io sarei molto rigoroso se si tratta di eccezioni che vengono fatte strumentalmente; sarei, invece, più portato a valutare situazioni dove oggettivamente il lavoratore si trova in difficoltà.

Nel dire questo, però, aggiungo che se il lavoratore non va in smart working, la seconda alternativa che il DPCM prevede è quella che quel lavoratore potrà essere collocato in ferie.

Domanda: quanto alla questione della modifica degli orari unilaterale da parte del datore il lavoro, che sia funzionale per esempio a favorire il distanziamento dei lavoratori e, quindi, a fare in modo che i lavoratori si presentino in momenti diversi sul luogo di lavoro per ridurre al minimo i contatti, è possibile?

Sì, io ritengo che sia un buon sistema, una soluzione percorribile ed anzi auspicabile.

Quanto alla gestione della mensa interna ai luoghi di lavoro, so che esistono opinioni differenti (ad es. chiudere le mense), io personalmente ritengo che sia preferibile che, per quanto possibile, le mense debbano essere tenute aperte perché è più opportuno che i lavoratori consumino il pasto nella mensa, anziché andare fuori perché il rischio di contagio aumenterebbe.

Non c'è dubbio che la diversa distribuzione dei tempi di lavoro o la gradualità dell'ingresso a mensa è sicuramente qualcosa da realizzare perché consente il rispetto delle distanze indicate.

Domanda: con riferimento allo smart working e alla comunicazione del fatto che il lavoratore è collocato in lavoro agile, il termine di scadenza del lavoro agile va indicato in coincidenza con la fine dell'emergenza?

In questo momento lo prevede già il DPCM, ad oggi il datore ha il potere unilaterale di collocare il lavoratore in smart working fino al 3 aprile. Certamente si può mettere il lavoratore in smart working unilateralmente.

Circa la data fino alla quale può durare la messa del lavoratore in smart working (fino al 3 aprile o se vale quella previsione iniziale dello stato di emergenza, e quindi fino al 1° luglio), io direi fino al 3 aprile sicuramente, poi vedremo successivamente, facendo un'operazione di valutazione tempo per tempo. Probabilmente ci sarà un'evoluzione del quadro normativo. Ricordiamoci comunque che il passaggio allo smart working unilaterale è una modifica rispetto alla norma ordinaria.

È inoltre certamente possibile, anche in assenza di accordo sindacale aziendale, convenire con il lavoratore una durata dello smart working oltre il 3 aprile, con permanenza domiciliare tutti i giorni della settimana.

Sempre sulle questioni temporali, si è posta una questione per i lavoratori che già erano in smart working. Loro potranno rimanere in smart working. Le modalità dello smart working diventano gestibili unilateralmente da parte dell'azienda.

Domanda: Con riferimento all'obbligo di sicurezza ed alla relativa informativa, si può fare un rinvio al lavoratore all'informativa dell'Inail?

Sì, si può indicare al lavoratore che può acquisire questo documento dal sito dell'Inail. Come dicevo, l'azienda potrebbe mettere nella sua rete intranet a disposizione del lavoratore un piccolissimo regolamento contenente le indicazioni per l'esecuzione del lavoro in smart working fino al 3 aprile.

Domanda: c'è obbligo del datore di garantire la sicurezza del luogo dove la prestazione è resa e cioè del domicilio del lavoratore collocato in smart working?

Questa è una domanda che riguarda qualsiasi ipotesi di smart working: il lavoratore lavorerà in smart working e dovrà lavorare garantendo condizioni di sicurezza per i mezzi e i luoghi. Ma il luogo dovrebbe essere la sua abitazione, dove lui normalmente usa il computer. Tutti noi a casa utilizziamo il computer. Quindi questo problema della sicurezza lo vedrei nella prospettiva dell'utilizzo normale del computer da casa.

Quanto alla comunicazione del lavoro agile a "clicklavoro", certamente deve essere fatta, il problema è se va fatta il giorno prima o entro 5 giorni, ma ritengo che in questo momento di emergenza appena si può fare si fa, secondo un criterio di ragionevole flessibilità.

3.b. Permessi e ferie

Con riferimento al tema ferie, espongo la mia idea, anche se so che ci sono opinioni molto diverse. Io penso che quella norma che è contenuta nel DPCM sia una norma che *raccomanda* ai datori di lavoro di utilizzare le ferie per i loro dipendenti. Questa norma secondaria si colloca a valle di una norma primaria che conosciamo tutti, perché l'art. 2109 c.c., e l'art. 10, del d.lgs. n. 66/2003, riconoscono al datore di lavoro il potere unilaterale di collocare i lavoratori in ferie, previo preavviso e sentite le esigenze dei lavoratori. Quindi la norma del DPCM tiene conto di qualcosa che è scritto nelle leggi, anche se non praticato, che è il datore di lavoro che colloca le ferie. Quindi, quando il DPCM si *raccomanda* al datore di lavoro perché sia il datore di lavoro che utilizzi le ferie, fornisce un impulso al datore di lavoro perché utilizzi le ferie disponendone nei confronti dei lavoratori. Pertanto sono portato a ritenere che il datore possa collocare ferie.

Occorre distinguere, poi, tra *ferie maturate* e *ferie maturande*. Per le ferie maturate dell'anno o pregresse direi senz'altro di sì. Per quelle maturande ci possono essere più dubbi.

Circa la questione delle ferie maturate (anche con riferimento ad anni pregressi) e ferie maturande, mentre sulle ferie maturate la mia opinione personale è che si possa disporre l'utilizzo delle ferie per il lavoratore unilateralmente, su quelle maturande avrei più dubbi, anche se non lo escludo. Naturalmente, aggiungo che se fosse il lavoratore a chiedere di usare le ferie o i permessi maturandi, io personalmente non avrei alcun dubbio a riconoscere le ferie o i permessi maturandi per tutto il corso dell'anno. Ci si potrebbe domandare cosa accadrebbe se il rapporto di lavoro poi cessasse, ma la questione potrebbe essere gestita successivamente attraverso le trattenute. Qualora un lavoratore chiedesse di poter fruire di tutte le ferie perché, ad esempio, vuole raggiungere la propria famiglia o vuole fare altre cose, utilizzando anche quelle maturande, consiglieri di anticiparle senza dubbio, ma è opinione personale. Non c'è un obbligo ma è una questione che gestionalmente valuteri.

Sulla possibilità per il datore di lavoro di intervenire unilateralmente, nel caso in cui un CCNL dovesse prevedere di concordare le ferie con il lavoratore, ritengo che le clausole dei contratti collettivi prevedano quel regime di ferie in una situazione di assoluta normalità. E in tal caso quelle sono clausole più favorevoli ai lavoratori. Il DPCM si muove in un'ottica diversa, che è quella di utilizzare gli strumenti individuati nel DPCM per cercare di mantenere tutti a casa. Tutti a casa non ci possono stare, e allora ecco: lo smart working e le ferie a presidio della salute pubblica, per evitare la circolazione delle persone ed i contatti tra le stesse. Quindi, ritengo che quelle norme del DPCM prevalgano su quelle dei contratti collettivi. Naturalmente parlo sul piano della valutazione giuridica, poi esistono valutazioni *gestionali* sia con le persone che col sindacato che devono essere considerate, anche perché la prova di forza fino in fondo porterebbe poi a situazioni più difficili da gestire in questo momento (es. contestazioni, etc.).

Naturalmente, se il lavoratore può essere collocato in smart working, l'azienda utilizzerà la prestazione in smart working, altrimenti lo collocherà in ferie.

Sarà importante vedere se nel decreto, con riferimento alla cassa integrazione, si utilizzerà quella norma che conosciamo tutti, scritta anche nei decreti nel 2015, poi un po' obsoleta, che prevedeva l'accesso alla cassa soltanto dopo aver usufruito di tutte le ferie. Questa sarebbe un'ulteriore indicazione in ordine all'utilizzo delle ferie. Mi rendo conto che ci sono resistenze da parte dei lavoratori, resistenze sindacali, è qualcosa da considerare sul piano gestionale con la dovuta cautela, ma sapendo che è una misura alla quale l'azienda può ricorrere per fronteggiare un problema grave come quello che stiamo vivendo tutti noi.

Anche perché in successive le soluzioni di adottare dovrebbero seguire la seguente scaletta:

- **lavoro in presenza,**
- altrimenti **smart working,**
- altrimenti **ferie**
- oppure si dovrà assegnare al lavoratore l'utilizzo di **permessi retribuiti**, ma prevedendone il recupero, perché siamo in situazioni in cui non sono le aziende che scelgono di non far lavorare i lavoratori, ma sono le aziende che, rispetto alle situazioni di presidio del rischio contagio, devono operare in questo modo e quindi la situazione si pone in capo alle aziende e in capo ai lavoratori nello stesso modo secondo le norme attuali. Non è un rischio traslato sull'azienda. E quindi ferie, altrimenti permessi retribuiti da recuperare successivamente.

3.c. Ammortizzatori sociali

Con riferimento alle attività per cui non può essere effettuato lo smart working e la fruizione degli ammortizzatori sociali, occorre aspettare invece il decreto che verrà emanato e che probabilmente conterrà norme in tema di cassa integrazione con efficacia retroattiva.

Nel caso in cui poi si dovesse arrivare alla chiusura totale per decreto, si dovrebbe usare la cassa integrazione, non il permesso retribuito, sia per chi rientra nel campo di applicazione della cassa integrazione sia per chi ha la copertura dei fondi ("F.I.S.").

Circa la sostenibilità dei fondi per affrontare queste situazioni, io mi auguro che il decreto dia il sostegno necessario per affrontare queste misure. Non c'è dubbio che la modalità dello smart working potrà essere sempre praticata, perché non credo che ci sarà un divieto di lavoro, ci sarà semmai una chiusura dell'apertura delle aziende ai lavoratori, ma sono tutte questioni sulle quali è inutile fare ragionamenti, le dobbiamo vedere in base alle norme che saranno emanate.

Quanto al possibile utilizzo della cassa integrazione per i lavoratori più vulnerabili, mi auguro che il decreto preveda anche quali sono le modalità di utilizzo della cassa, se servirà un accordo sindacale, un'informativa, i criteri, etc. Non sono in grado di andare ora ad ipotizzare ciò che dirà il legislatore, mentre direi che ciò che abbiamo fatto oggi deve ritenersi un primo scambio di idee su queste norme; sarebbe però opportuno, per chi ne ha la possibilità, fare un secondo collegamento. Io sono portato a ritenere, da quello che ho letto e sentito, che il decreto dirà cose importanti. Sicuramente non risolverà tutti i dubbi, però si terrà conto di ciò che è accaduto in questi giorni, e credo che le norme che verranno scritte terranno conto di queste situazioni. La cosa migliore è quindi quella di rinviare questi temi ad un momento successivo all'emanazione del decreto.

3.d. Tirocini e apprendistato

Sulla facoltà rimessa dalla Regione Lazio all'azienda ospitante di sospendere tutti i tirocini, non credo che li si dovrà considerare automaticamente estesi oltre il periodo di sei mesi previsto. La dilatazione del termine finale dovrebbe essere prevista in qualche modo: è dunque un'ipotesi nella quale c'è una sospensione senza però un successivo recupero. La questione che si potrebbe porre è se questa sospensione possa essere unilateralmente imposta o meno; qui andrebbe analizzata la posizione della Regione Lazio, analizzandone il contenuto. Specie poi con riferimento all'apprendistato, non possiamo ritenere che il periodo di sospensione ne estenda il triennio: dovranno esserci delle norme a dire questo. Sul tirocinio penso che, se esiste un'ipotesi di sospensione che venga anche unilateralmente decisa dall'azienda che ritiene di poter in questo momento sospendere, l'azienda potrà farlo, invocando questi motivi eccezionali.

Qualcuno chiedeva se fosse possibile attivare una modalità in smart working anche per i tirocinanti, ma la prima risposta che mi viene è negativa, poiché sappiamo tutti che il tirocinante viene ospitato dall'azienda per un'esperienza di lavoro a fini formativi, mentre il lavoro agile è una modalità di svolgimento di una prestazione di lavoro subordinato; dunque la risposta è negativa. Tuttavia, si potrebbe obiettare, comprensibilmente, che ci sono modalità di formazione a distanza, che potrebbero riguardare il tirocinante e, in tale ottica, le aziende potranno valutare anche soluzioni di questo genere. In questo momento però, se la situazione è quella che vediamo quotidianamente, la sospensione è la soluzione più adatta.

Quesito: Alcune aziende vorrebbero imporre al lavoratore (zone ex rossa - Milano) di fruire di ferie (prestazioni da locali commerciali non eseguibili in permanenza domiciliare). Se il lavoratore non dispone però di giorni di ferie (es. dimissionario in periodo di preavviso) non è illegittimo pretendere di trattenere i relativi importi dei giorni di ferie 'imposte' dall'ultima retribuzione?

Nel caso delle dimissioni, certamente possono essere recuperate le ferie fruite anche se "imposte" (meglio dire: di cui il datore di lavoro ha disposto il godimento in esecuzione della raccomandazione contenuta nel DPCM) oltre quelle maturare. Infatti si tratta pur sempre di ferie effettivamente fruite, anche se prima della loro maturazione.

Non è, invece, possibile trattenere l'indennità sostitutiva del preavviso dovuto dal lavoratore dimissionario, in quanto tale prestazione in preavviso non è stata eseguita dal dipendente per una situazione di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.

Diversamente si dovrebbe dire se il datore di lavoro avesse chiesto al lavoratore in servizio di eseguire il preavviso lavorato in modalità di lavoro agile.

Quesito: si sta procedendo a definire per quasi tutti i lavoratori di staff dell'azienda una sessantina, al fine di ridurre il più possibile la presenza in azienda, uno smart working a rotazione del tipo 3/5 gg gli altri giorni 2 sono in azienda, anche perché trattasi di un'azienda che svolge servizio pubblico in varie aree rifiuti, distribuzione elettrica, idrico, depurazione e gas. Siamo dell'avviso che nella comunicazione al lavoratore debbano essere individuati i giorni della settimana di presenza in azienda anche in relazione all'autodichiarazione che lo stesso lavoratore dovrebbe presentare in caso di controllo delle forze dell'ordine. Vorrei un vostro parere.

Nella comunicazione è possibile indicare le giornate di lavoro in presenza e quelle in lavoro agile, aggiungendo – se opportuno – che ci potranno essere variazioni che saranno comunicate individualmente al lavoratore.

L'autodichiarazione per uscire dal proprio domicilio e recarsi al lavoro in presenza non deve essere necessariamente collegata alla comunicazione iniziale del lavoro agile, in quanto la stessa potrebbe subire variazioni. Il lavoratore potrà uscire dal proprio domicilio - allorché sia richiesto di lavorare in presenza – indicando nella autocertificazione che si reca al lavoro. È sufficiente questo.

Se poi ci dovesse essere un improbabile controllo della polizia, l'Azienda fornirà una dichiarazione attestante il richiamo al lavoro in presenza, modificativo dell'iniziale comunicazione di lavoro agile con tre giorni in presenza e due a casa.

Quesito: Opero in una cooperativa della gdo con lavoratori di sede ai quali al momento è stata data la possibilità di collocarsi in ferie o, in alternativa, andare a lavorare nel punto vendita più vicino alla propria abitazione. Mi chiedevo se, lato tutela della salute del lavoratore, posso correre qualche rischio dal momento che il medesimo lavoratore in tal modo è esposto a maggiori contatti con estranei e dunque a maggior rischio di contagio.

L'impiego dei lavoratori nelle attività essenziali è non solo possibile, ma imperativamente previsto, come nel caso della distribuzione commerciale dei generi di prima necessità. Naturalmente con le modalità che in ogni modo riducano i rischi di contagio.

Il lavoro nel punto vendita è, quindi, possibile anche con un mutamento di mansioni rispetto a quelle precedentemente svolte, con le precauzioni adottate per tutti i dipendenti a contatto con il pubblico.