



EDITORIALE – 1 APRILE 2020

Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19

di Arturo Maresca

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza – Università di Roma

Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19

di Arturo Maresca

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza – Università di Roma

1. La pandemia che sta sconvolgendo le nostre vite tanto da renderle drammaticamente irreali, si è abbattuta anche sul lavoro degli uomini stravolgendolo con effetti profondi ben visibili sotto i nostri occhi ed altri che, ancor più profondamente, determineranno in futuro un ripensamento dell'organizzazione del lavoro (e delle sue regole) e, forse, dello stesso modo di produrre, comunque un ripensamento (auspicabilmente durevole nel tempo) dei valori fondanti della comunità nella quale viviamo.

I problemi indotti dal COVID-19 sul lavoro si collocano su due fronti contrapposti: da una parte la necessità di intensificare il lavoro e di garantire lo svolgimento delle attività essenziali per la convivenza e, dall'altra, la rarefazione o l'assenza di lavoro causata dalla sospensione (totale o parziale) delle attività produttive, imposta *ex lege* (da ultimo con il DPCM 22 marzo 2020).

Abbiamo dovuto prendere atto che i servizi essenziali ritenuti tali in situazione di normalità (cioè quelli per i quali la legge, 12 giugno 1990, n. 146 impone di contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con i diritti costituzionali degli utenti), non sempre coincidono con quelli che si palesano oggi assolutamente necessari per garantire la nostra convivenza (ad esempio il trasporto urbano e vieppiù i musei, sono attualmente assai meno essenziali della filiera agro-alimentare, della distribuzione commerciale e della logistica dei prodotti alimentari e dei beni di prima necessità che consentono a questi beni di essere disponibili, tutte attività queste ultime che non sono annoverate nella l. n. 146/1990).

Più semplicemente ancora, l'incalzare degli eventi tragici e straordinari che stiamo vivendo – una volta svanita la convinzione di esserne immuni – ha generato (al di là delle emozioni) un bisogno di sicurezza attestato su livelli ancor più elevati di quelli a cui eravamo abituati ritenendo che fossero un saldo presidio della nostra società e degli standard che la connotano e che vogliamo continuino a caratterizzarla.

Di qui la necessità in futuro di investimenti a ciò finalizzati (indirizzando altrove la riduzione della spesa pubblica, almeno fin tanto che non sarà affievolita/rimossa la memoria di questi giorni), specialmente per quanto riguarda il sistema sanitario nazionale di cui abbiamo constatato il valore (prima non sempre percepito come tale), ma insieme i punti di fragilità di fronte a calamità sanitarie fin qui inimmaginabili che evidenziano la necessità di ripensarne l'organizzazione, ad esempio rinforzando l'assistenza sanitaria (medica e paramedica) territoriale sia per alleggerire la pressione sugli ospedali (ed i pronto soccorso)

quando sono impegnati a fronteggiare eventi straordinari sia per favorire l'accesso a tali servizi a coloro (le persone in condizioni di particolare fragilità per patologie o, semplicemente, per età) che ne hanno maggior bisogno e che si gioverebbero (anche psicologicamente) della prossimità di tale assistenza.

2. Venendo al lavoro, il tema posto dagli interventi normativi adottati in via eccezionale per contrastare il COVID-19 è, sul piano generale, quello del bilanciamento tra la garanzia dei diritti fondamentali alla salute pubblica ed all'accesso ai servizi essenziali, da una parte, e, dall'altra, le tutele apprestate in via ordinaria per chi lavora (ancorché con diversa intensità in relazione alla forma del lavoro: subordinata o autonoma in senso stretto, le c.d. partite IVA, o anche articolata in collaborazioni continuative etero-organizzate o coordinate).

Tale bilanciamento deve essere applicato sia nelle organizzazioni che producono beni e servizi per i quali è richiesto un impegno lavorativo straordinario (ospedali, aziende farmaceutiche, farmacie, aziende industriali di macchinari e strumenti per gli ospedali, filiera agro-alimentare, distribuzione commerciale, servizi cimiteriali, logistica e tutte le altre imprese impegnate in attività necessarie a consentire il funzionamento di quelle essenziali) sia nelle altre organizzazioni dove il lavoro ha subito un drastico ridimensionamento o è stato del tutto sospeso in ottemperanza alle norme emanate dal Governo.

In entrambi i casi la normativa speciale si è dovuta far carico di predisporre norme a tutela del lavoro e del non lavoro.

Prima di volgere uno sguardo per grandi linee a tale normativa, appare opportuno premettere una considerazione, rivolta a chi non ha mancato di evidenziare lacune, insufficienze, carenze di coordinamento, sistematicità, chiarezza, semplificazione e linearità dei provvedimenti che si sono andati via via stratificando in modo incessante dall'inizio dell'emergenza sanitaria.

Tutte critiche fondate, ma la domanda è come sarebbe stato possibile fare altrimenti!

La complessità di tale normativa (e non mi riferisco soltanto a quella lavoristica che è solo una parte di quella generale che è stata adottata), la rapidità con la quale si è dovuto provvedere ad una situazione rispetto alla quale eravamo impreparati e la necessità di adeguare le norme via via emanate all'evolversi della situazione epidemiologica assolvono dalle critiche che non considerano l'obiettivo con il quale il Governo si è dovuto misurare: modificare l'assetto delle regole esistenti per fermare sostanzialmente il normale funzionamento della nostra società (anche negli aspetti più banali) al fine di preservare la salute pubblica, tentando di contenere i danni devastanti della pandemia.

Sul versante lavoristico un altro punto deve essere posto in premessa per quanto riguarda le protezioni da accordare ai lavoratori specialmente in una contingenza come quella attuale nella quale l'effettività di tali protezioni è fondamentale di fronte alla fragilità delle persone.

Si vuol significare - sul piano etico, prima che giuridico - che spesso, troppo spesso, la capacità di tutela del lavoro si sviluppa con pienezza a favore dei dipendenti a tempo indeterminato (specialmente delle aziende di grandi e medie dimensioni), mentre stenta a realizzarsi nei confronti dei lavoratori occupati con contratti temporanei e, ancor, più con contratti di collaborazione autonoma.

Così può accadere che gli strumenti di sostegno al reddito (cassa integrazione nelle sue varie forme ed articolazioni) o il blocco per 60 giorni dei licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo (art. 46, D.L., 17 marzo 2020, n. 18) siano efficaci per i lavoratori a tempo indeterminato per tamponare nell'immediatezza una situazione che, altrimenti, sarebbe andata fuori controllo.

Però queste tutele non sono concretamente fruibili per il lavoratore con contratto a termine in scadenza o il collaboratore autonomo continuativo a fine contratto e la situazione è ancor più grave per i lavoratori irregolari (il lavoro nero) che non hanno accesso ad alcuna tutela, restando per questo esposti al rischio di perdere il lavoro quando la loro attività non viene più utilizzata.

In questo caso non potrà funzionare la strumentazione predisposta per chi ha un lavoro e l'unica provvidenza accessibile sarà quella di ultima istanza dei servizi sociali dei comuni che sono stati finanziati con il DPCM 28 marzo 2020 per erogare buoni spesa per garantire un soccorso alimentare. Quindi una tutela che muove dalla negazione della condizione di lavoratore.

3. Nell'ambito della normativa di contrasto al COVID-19 le disposizioni lavoristiche sono state chiamate a fronteggiare, come si è accennato, due diverse situazioni riferibili alle imprese: a) che hanno dovuto sospendere la loro attività; b) ed a quelle che intensificano o continuano (in tutto o parzialmente) a produrre beni e servizi essenziali.

Non è stato agevole per il Governo identificare nel DPCM 22 marzo 2020 le attività produttive che dovevano essere sospese.

Com'è noto le difficoltà che si sono poste hanno riguardato, in primo luogo, la scelta politica tra l'interesse alla massima salvaguardia della salute pubblica con drastiche chiusure di tutte le attività produttive non necessarie a garantire i beni primari e quello al mantenimento (ancorché con una ridotta funzionalità) delle attività produttive, seppur non immediatamente essenziali, per evitare la paralisi del sistema economico ed un pericoloso indebolimento, non tanto nell'immediato, quanto nella prospettiva della ripresa produttiva che seguirà all'attuale emergenza sanitaria.

Le scelte politiche che, in un primo tempo, avevano optato per quest'ultima seconda alternativa con il D.L., n. 18/2020, sono mutate tanto rapidamente, quanto responsabilmente con il DPCM 22 marzo 2020 sotto l'incalzare dei dati impressionanti del contagio e dell'imperativo di adottare misure restrittive finalizzate a realizzare quel distanziamento sociale necessario per arginare la diffusione del virus. Di qui

la chiusura generalizzata di scuole, università, il divieto di assembramenti e, quindi, anche la sospensione delle attività lavorative non indispensabili.

Fatta questa scelta politica il DPCM 22 marzo 2020 si è, poi, dovuto misurare con un problema più tecnico quello di individuare, in un sistema produttivo fortemente ed inevitabilmente interconnesso, le attività necessarie per garantire il pieno funzionamento delle aziende impegnate nella produzione dei beni primari (dall'attività di pulizia e sanificazione a quella di manutenzione degli impianti, all'assistenza dei sistemi informatici, al confezionamento, movimentazione e trasporto).

4. A valle di queste scelte si è posto il problema della protezione dei lavoratori, paradossalmente più semplice (prescindendo dai costi enormi di finanziamento) per i lavoratori inattivi e ben più complesso per quelli da impiegare nelle attività produttive essenziali.

Nel primo caso le misure d'urgenza adottate dal Governo possono essere ricondotte a due tipi di interventi: a) il blocco per 60 giorni dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale e di quelli individuali c.d. economici-organizzativi per giustificato motivo oggettivo (art. 46, D.L. n. 18/2020); b) un dispiegamento di strumenti di sostegno al reddito che realizza una copertura (quasi) totale per tutti i lavoratori dipendenti che restano inattivi.

Le due misure a ben vedere si pongono in continuità l'una rispetto all'altra, finendo per saldarsi tra di loro.

Nell'immediato (per 60 giorni dall'entrata in vigore del DL n. 18/2020) le imprese non possono licenziare, in quanto si presume (e si tratta di una presunzione assoluta che non ammette la prova contraria) che questi licenziamenti siano causati dalla contrazione dell'attività produttiva determinata dalla pandemia per la quale la soluzione apprestata dalle norme eccezionali emanate dal Governo è quella della cassa integrazione (nelle sue molteplici articolazioni: quella gestita direttamente dall'INPS e quella realizzata attraverso i fondi bilaterali o il fondo di integrazione salariale, il FIS) con la quale il costo dei lavoratori inattivi viene accollato al sistema di sicurezza sociale appositamente rafforzato ed ampliato per fronteggiare questa emergenza.

Il ricorso al sistema di integrazione salariale viene semplificato (non tanto quanto sarebbe stato auspicabile e necessario, ma in misura comunque assai significativa), anche perché la causa integrabile (cioè la condizione che consente di accedere alle misure di sostegno al reddito) è oggettivamente (e drammaticamente) conclamata e non richiede particolari accertamenti come invece accade quando la CIG viene invocata dall'azienda per realizzare operazioni di riconversione o di ristrutturazione.

Del resto la sospensione dell'attività delle aziende disposta *ex lege* e che determina l'inutilizzabilità dei lavoratori configura, sul piano civilistico, un'ipotesi di impossibilità temporanea non imputabile alle parti

del contratto di lavoro che impedisce oggettivamente l'esecuzione delle prestazioni corrispettive dedotte nello stesso contratto, comportando, secondo i principi generali, la liberazione reciproca degli obblighi di lavorare e di retribuire.

In questa prospettiva le misure di sostegno al reddito realizzano una traslazione a carico del sistema sociale – in applicazione dei doveri di solidarietà costituzionalmente previsti – del rischio del lavoratore derivante dalla perdita della retribuzione.

Nel contempo queste misure consentono alle imprese di mantenere in servizio la forza lavoro in attesa di riprendere l'attività produttiva ed attenuano i rischi di conflitti sociali che, specialmente in una congiuntura come quella che stiamo vivendo, potrebbero lacerare e destabilizzare la coesione sociale e la solidarietà, beni fondamentali da preservare ad ogni costo.

Le misure adottate sono temporalmente limitate: il divieto di licenziamento opera per 60 giorni, le misure straordinarie di sostegno al reddito nove settimane.

È evidente che nuovi interventi a protezione dei lavoratori si renderanno necessari se le misure di sospensione dell'attività produttiva saranno – come sembra inevitabile – prorogate ed altre dovranno essere doverosamente predisposte dal Governo per accompagnare il ritorno (che sarà graduale) alla *normalità*.

5. Come si è detto è ben più complesso il problema della protezione dei lavoratori da impiegare nelle attività essenziali.

Prima di accennare a questo tema, si deve dare atto e rendere merito alla responsabilità dei lavoratori impegnati in queste attività ed ancor più alla solidarietà (che scalda il cuore) di coloro che si sono offerti senza esserne obbligati (medici e infermieri, prima di ogni altro) a prestare il loro lavoro – nella consapevolezza dei rischi conseguenti – nei territori dove la situazione sanitaria è drammatica, ma anche ed infine la capacità delle parti sociali (sindacati, associazioni, imprese) di realizzare accordi collettivi ai vari livelli (dal Protocollo governativo del 14 marzo 2020 sottoscritto dalle parti sociali, agli accordi aziendali) per garantire che il lavoro dovuto dal personale dipendente si realizzi in condizioni di sicurezza e in modo ordinato.

In questa prospettiva il valore sociale che caratterizza il lavoro dell'uomo si accentua e merita un doveroso apprezzamento.

Si è già detto che la normativa speciale finalizzata al contrasto del COVID-19 persegue la tutela della salute pubblica cercando in via prioritaria di ridurre i contagi, garantendo nel contempo le attività produttive essenziali ed il lavoro che per esse è necessario realizzare.

Muovendo da questa premessa si deve osservare, cercando di seguire nell'esposizione l'ordine degli adempimenti posti a carico dei datori di lavoro, che per quanto è possibile le imprese devono ridurre i movimenti dei dipendenti che devono recarsi sui luoghi di lavoro e ciò implica per i datori di lavoro una prima valutazione che riguarda: a) le attività che richiedono la presenza dei dipendenti sui luoghi abituali di lavoro; b) le altre che possono essere ridotte e/o svolgersi da remoto.

Ai lavoratori presenti in azienda deve essere garantita la massima sicurezza.

Ciò può rendere opportuno anche selezionare l'ammissione dei dipendenti nei luoghi di lavoro e, come avvenuto in alcune aziende, misurare loro la febbre per escludere dal lavoro quelli che hanno una temperatura corporea superiore ai 37,5 gradi.

Su questo punto, è intervenuto anche il Garante della privacy esprimendo dubbi su tali iniziative che, però, sono state successivamente previste e regolate dal Protocollo 14 marzo 2020 nel rispetto della privacy del lavoratore (non ci dovrà essere, ad esempio, l'acquisizione del dato). In una situazione di emergenza sanitaria come quella che stiamo vivendo, iniziative del genere possono ben rientrare nell'obbligo di sicurezza generale dell'art. 2087 c.c., essendo finalizzate ad escludere dal lavoro i dipendenti che, per le loro condizioni, almeno potenzialmente possono esporre gli altri lavoratori al contagio.

Inoltre i datori di lavoro dovranno considerare con specifica attenzione le *“situazioni di particolare fragilità per patologie attuali o pregresse dei dipendenti”* (punto 13 del Protocollo 14 marzo 2020) che il medico competente dovrà segnalare, si tratta di quei lavoratori che si trovano nelle condizioni indicate nell'art. 3, DPCM 8 marzo 2020 (*“persone anziane o affette da patologie croniche o con multimorbilità ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita”*). L'impiego di questi lavoratori in azienda dovrà essere escluso ove non sia possibile garantire misure di sicurezza appropriate per la loro condizione; altrimenti, dovranno essere utilizzati da remoto, avendo anche un diritto di precedenza *ex art. 39, co. 2, DL n. 18/2020*.

Per i dipendenti che operano in presenza nei luoghi di lavoro, la loro sicurezza deve essere garantita *in primis* attraverso un'accurata informazione sulle misure di sicurezza specifiche applicate dall'azienda che devono essere rispettate per ridurre il rischio del contagio, partendo dal mantenimento della distanza minima tra un lavoratore e l'altro e, quando ciò non possa avvenire, la necessaria dotazione di appositi dispositivi di sicurezza (le mascherine) per i lavoratori.

Per quanto riguarda la gestione dei lavoratori le cui attività possono essere ridotte o remotizzate, le imprese (stiamo parlando di quelle la cui attività non è stata sospesa) utilizzano tre strumenti: a) il lavoro da remoto; b) l'utilizzo delle ferie maturate (o maturande); c) la richiesta di cassa integrazione guadagni nel caso in cui i lavoratori non siano utilizzabili neppure da remoto.

Sicuramente il lavoro agile (nel linguaggio dei media *smart working*) è lo strumento più utilizzato.



Il DPCM 8 marzo 2020 prevede che il datore di lavoro possa disporre unilateralmente l'utilizzo del dipendente con modalità di lavoro agile, derogando quindi (ancorché temporaneamente) all'obbligo dell'accordo che costituisce la condizione prevista in via ordinaria dall'art. 18, L. 22 maggio 2017, n. 81 per attivare questa modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

A ben vedere quella attualmente utilizzata costituisce una variante del lavoro agile regolato dall'art. 18, L. n. 81/2017 che, invece, si caratterizza per la facoltà del dipendente di scegliere il luogo di esecuzione della prestazione variandolo a sua discrezione; una variabilità resa impossibile dall'attuale situazione. Quindi più che una modalità di lavoro agile, un lavoro da casa.

La fruizione delle ferie maturate è una modalità ampiamente utilizzata, ancorché in via residuale rispetto all'impiego del lavoro agile, come del resto prevede il Protocollo 14 marzo 2020.

È opportuno aggiungere che la fruizione delle ferie consente al dipendente di non subire una riduzione della retribuzione, come invece accade nel caso di ricorso alla cassa integrazione.

Certamente l'utilizzo delle ferie in un momento come questo non è coerente con la loro funzione (di consentire il riposo e lo svago del lavoratore a fronte dell'attività svolta nell'anno), ma nell'attuale congiuntura eccezionale si tratta di un rilievo non determinante. Tanto è vero che, in molti casi, la contrattazione aziendale ha utilizzato le ferie maturate per legittimare l'assenza dal lavoro garantendo i trattamenti retributivi dei lavoratori.

Appare utile, infine, segnalare che in non poche aziende chiamate a fronteggiare un incremento significativo della produzione, per di più nelle condizioni attuali di grave difficoltà, sono stati realizzati accordi per premiare i lavoratori. Premi monetari, ma anche piani di *welfare* destinati ad alleviare le situazioni di criticità nelle quali versano i lavoratori e le loro famiglie.

6. Fin qui si è detto delle misure che sono state varate per la tutela dei lavoratori nell'emergenza sanitaria, ma in un futuro - che mi auguro prossimo - il diritto del lavoro dovrà affrontare altri e diversi problemi che si porranno quando quelli attuali saranno superati e si dovranno realizzare le condizioni per stimolare e, poi, sostenere la ripresa dell'attività produttiva che le imprese ed i lavoratori non possono affrontare in condizioni di fragilità.

Nel prossimo futuro, come si è accennato in apertura, le esperienze maturate in questi momenti di difficoltà potranno essere tornare utili per ripensare all'organizzazione del lavoro ed alla sua regolamentazione.

Un esempio per tutti è quello del lavoro nei *call center*, luoghi di lavoro emblematici del nostro tempo (insieme al lavoro digitale), come lo è stata la fabbrica per la generazione di coloro che oggi sono in pensione.



In questo momento molti *call center* sono chiusi, ma gli operatori continuano a lavorare da remoto garantendo un servizio qualitativamente comparabile.

Tutto è avvenuto in pochissimi giorni e con grande sorpresa per la capacità di trovare soluzioni sollecitate dalle stringenti difficoltà che si devono affrontare; sarebbe stato sicuramente impensabile realizzare così rapidamente una tale rivoluzione in condizioni di normalità.