

Lavoro agile in emergenza sanitaria

Tribunale di Grosseto, Sez. lav., 23 aprile 2020, ord. - Giud. Grosso - N.C. c. E. S.p.a.

Lavoro subordinato - Adibizione al lavoro agile - Rifiuto ingiustificato - Tutele - Provvedimento d'urgenza - Condanna a un fare infungibile

(Art. 39, comma 2, D.L. n. 18/2020; art. 700 c.p.c.)

È ammissibile un provvedimento d'urgenza ad un fare infungibile. (Nel caso di specie, un dipendente di una società a contratto a tempo indeterminato, addetto al servizio di assistenza legale ed invalido al sessanta per cento, aveva chiesto a seguito della pandemia da Covid-19 di essere adibito al lavoro agile negato dall'azienda che gli aveva prospettato le ferie forzate. Il giudice ravvisando la sussistenza degli elementi per il provvedimento d'urgenza tra cui anche il *periculum in mora* concede il richiesto strumento di coercizione indiretta ex art. 614-bis c. p.c. con lo scopo d'incentivare l'adempimento dell'obbligo imposto, cui la resistente si è dimostrata refrattaria pur a fronte delle reiterate richieste del ricorrente lavoratore invalido, comminando una multa di cinquanta euro per ogni giorno di ritardo).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass. n. 19454/2011; Cass. n. 18779/2014.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in termini.

(Omissis)

Tribunale di Bologna, 23 aprile 2020, n. 2759, decreto - Giud. Cosentino

Lavoro subordinato - Adibizione al lavoro agile - Persone affette da gravi patologie

(Art. 1, comma 7, D.P.C.M. 3 marzo 2020; artt. 18-23, L. n. 81/2017)

Nella attuale situazione di emergenza sanitaria il lavoro da casa è raccomandato o imposto dalla normativa. L'art. 1, comma 7, D.P.C.M. 3 marzo 2020 raccomanda il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza. Ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli artt. da 18 a 23, L. 22 maggio 2017, n. 81.

(Omissis)

Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo *smart working*

di Lucia Valente - Professore di Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma ()*

I due provvedimenti in esame affrontano il tema del diritto del lavoratore con disabilità ad agire in giudizio in via cautelare per chiedere l'adibizione al lavoro agile nel caso di rifiuto ingiustificato del datore di lavoro per tutta la durata dello stato di emergenza Covid-19.

The two court decisions in question deal with the issue of the disabled person's right to work to take legal action on a precautionary basis in order to obtain the possibility of working from home or wherever he/she decides, during the entire Covid-19 emergency.

(*) N.d.R.: Il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di valutazione.

I fatti di causa

Può un datore di lavoro rifiutare la richiesta di adibizione al lavoro agile? E soprattutto, può un giudice ordinare in via d'urgenza l'adibizione di un lavoratore al lavoro agile sostituendosi al datore di lavoro nella scelta organizzativa?

In passato avremmo sicuramente risposto sì alla prima domanda: a norma dell'art. 18, L. n. 81/2017 la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato in modalità agile è stabilita mediante accordo tra le parti (1). Il rifiuto del datore di lavoro avrebbe sicuramente impedito l'accesso al c.d. *smart working*. Avremmo inoltre risposto no alla seconda domanda in quanto il giudice non può né in via cautelare né nella fase di merito imporre al datore di lavoro una scelta organizzativa in assenza di una norma specifica che lo autorizzi a farlo.

La legislazione emergenziale cambia radicalmente le regole organizzative incidendo profondamente sui poteri datoriali e le pronunce del Tribunale di Grosseto e di Bologna qui commentate ne mostrano le conseguenze.

Nel caso deciso del Tribunale di Grosseto un lavoratore chiede di essere assegnato al lavoro agile in ragione della previsione di cui all'art. 39, comma 2, D.L. n. 18/2020 in quanto portatore di patologia da cui deriva il riconoscimento di un'invalidità civile con riduzione della sua capacità lavorativa del quaranta per cento. L'azienda oppone al lavoratore un netto rifiuto in quanto la scelta dei soggetti da collocare in lavoro agile avviene in un'epoca in cui il ricorrente è assente per malattia. Al termine del periodo di malattia il ricorrente reitera la richiesta di adibizione al lavoro agile. In risposta l'azienda allega (ma non prova) di trovarsi nell'impossibilità di modificare l'organigramma del personale cui è consentito lavorare da remoto, salvo affrontare costi significativi in termini economici e organizzativi. Secondo l'azienda il ricorrente avrebbe potuto

utilizzare le ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, o in alternativa richiedere la sospensione non retribuita del rapporto fino alla cessazione della lamentata incompatibilità (e, quindi, quantomeno fino al 30 aprile 2020, data della prevista nuova visita medica).

Il lavoratore si rivolge in via d'urgenza al Tribunale che accoglie il ricorso con condanna della società a consentire lo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità agile, al pagamento di cinquanta euro al giorno per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordinanza e condanna alle spese di lite.

Anche il Tribunale di Bologna riconosce, in via cautelare, il diritto della lavoratrice invalida al sessanta per cento, convivente con figlia con handicap grave, ad accedere allo *smart working* disciplinato dagli artt. da 18 a 23, L. n. 81/2017. Anche in questo caso il giudice applica la norma speciale dell'art. 39, D.L. n. 18/2020. L'ordinanza del Tribunale di Bologna, più stringata rispetto a quella del Tribunale di Grosseto, sottolinea come la ricorrente "sembra avere diritto ... ad accedere allo *smart working*" avendo "effettuato tempestiva richiesta, rimasta inopportuna senza risposta"; osserva inoltre che "la compatibilità della modalità agile del lavoro con le caratteristiche della prestazione sembra evidente, poiché svolge mansioni con l'utilizzo del telefono e di strumenti informatici".

Le decisioni sono condivisibili.

La normativa emergenziale sul lavoro agile

Nella materia qui considerata esiste una fondamentale, ingiustificata, differenza tra il lavoro pubblico e il lavoro privato (2).

Nel lavoro pubblico a norma dell'art. 87, D.L. n. 18/2020 (3) il ricorso al lavoro agile a seguito della pandemia è obbligatorio e generalizzato salvo i casi di esonero previsti e giustificati da ogni singola amministrazione (4).

(1) Sulla L. n. 81/2017 v. per tutti D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo, agile, occasionale. Aggiornamento al decreto legge 12 luglio 2018, n. 87 c.d. decreto dignità*, Adapt University press, 2018. Per un primo organico e sistematico commento alle nuove regole di adibizione al lavoro agile dopo la pandemia v. M. Brollo, *Smart o Emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in questa Rivista, 2020, 6 e qui gli ampi rif. bibliografici; V. Fili, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in D. Garofalo - V. Fili - M. Tiraboschi - F. Seghezzi (a cura di), *Welfare, lavoro e relazioni industriali nell'emergenza epidemiologica. Contributo per un nuovo rapporto Beveridge*, in corso di pubblicazione.

(2) Su questa differenza ingiustificata v. il dibattito derivato da un articolo di P. Ichino, *Lo Smart working non è questo*, in <https://www.pietroichino.it/?p=56069> e Id., *Smart working e dipendenti pubblici, 7 domande alla Ministra Dadone*, in *Corsera*, 18 giugno

2020, e Id., *Un'idea sbagliata dello smart working*, in www.lavoce.info; v. anche L. Olivieri, *PA, vacanza da smart working? Facciamo due conti*, in *Phastidio.net*, 23 giugno 2020.

(3) L'art. 87, D.L. n. 18/2020 conv. in L. n. 27/2020 rubricato *Misure straordinarie in materia di lavoro agile e di esenzione dal servizio e di procedure concorsuali* dispone che il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni e che, di conseguenza, le amministrazioni limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indispensabili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza.

(4) V. Circ. Ministro della pubblica amministrazione n. 2/2020; e circ. Presidenza del Consiglio dei Ministri 1° aprile 2020, n. 2 esplicativa delle Misure recate dal D.L. 17 marzo 2020, n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale

Al contrario nel lavoro privato, come osserva il Tribunale di Bologna, l'art. 1, comma 7, D.P.C.M. 4 marzo 2020 (5) *raccomanda* il massimo utilizzo del lavoro in forma agile per tutte le attività che possono essere svolte a distanza o da remoto (6). In tal caso è demandata all'imprenditore la valutazione - discrezionale - circa la sussistenza delle condizioni (strutturali, organizzative, tecnologiche, ecc.) di impiego del lavoro agile; una valutazione che non può prescindere dall'osservanza delle misure necessarie a evitare la diffusione del virus per i lavoratori che sono chiamati a svolgere la prestazione in azienda (7). Per costoro, il D.P.C.M. 11 marzo 2020 (8) consiglia, in particolare, di utilizzare le ferie e congedi retribuiti, assumere protocolli anti-contagio per i lavoratori in presenza, adottare dispositivi di protezione individuali, porre in essere operazioni di sanificazione degli ambienti di lavoro, limitare al massimo gli spostamenti all'interno dei siti e contingentare l'accesso agli spazi comuni, con un auspicato contributo delle parti sociali (9).

In capo al datore di lavoro privato non sono dunque configurabili obblighi di ricorso al lavoro agile: è il datore di lavoro che stabilisce se, quando e quali attività sospendere. Inoltre compete al datore di lavoro privato il potere unilaterale di scegliere chi può svolgere le proprie mansioni da remoto e chi invece deve rimanere in azienda nel rispetto delle prescrizioni emergenziali. Questa regola subisce una deroga se la richiesta di *smart working* proviene da un lavoratore con disabilità grave: come specifica l'ordinanza del Tribunale di Bologna, la condizione soggettiva del lavoratore legittima la pretesa al lavoro agile in applicazione della disciplina emergenziale.

La tutela delle persone con disabilità

La normativa emergenziale dedica un'attenzione particolare ai lavoratori con disabilità grave (10). A costoro l'art. 39, comma 1, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (11) riconosce - fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 (12) - il "diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile (...) a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione". Si tratta quindi di un diritto soggettivo non assoluto o potestativo ma un diritto condizionato alla valutazione rimessa al datore di lavoro di compatibilità della prestazione con la modalità a distanza (13). La norma dell'art. 39 è da ritenersi speciale rispetto a quella dell'art. 87, comma 1, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 applicabile ai lavoratori dipendenti da una pubblica amministrazione (14).

Invece il comma 2 dello stesso articolo riconosce ai lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa "la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile".

A costoro la norma riconosce un diritto di precedenza nell'adibizione al lavoro agile in caso di conflitto tra più richiedenti.

Ne deriva che il lavoro agile di cui si raccomanda il "massimo utilizzo" per le attività non sospese non è rimesso a una mera valutazione discrezionale del datore di lavoro quando a chiederlo sia un lavoratore affetto da una disabilità grave o una persona con esso convivente. Lo stesso discorso vale per i genitori con figli minori di anni quattordici (15). In questi casi speciali la norma richiede un bilanciamento di interessi contrapposti: per questa ragione il rifiuto, del

e di sostegno economico per famiglie, lavoratori ed imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid 19" da cui emerge un evidente *favor* verso l'attivazione quanto più possibile estesa del lavoro agile, fermo restando il ricorso agli istituti alternativi che le pubbliche amministrazioni possono applicare qualora non vi siano le condizioni per il ricorso al lavoro agile.

(5) E il successivo D.P.C.M. 11 marzo 2020.

(6) V. art. 4, D.P.C.M. 1° marzo 2020; art. 1, lett. n), D.P.C.M. 4 marzo 2020 e art. 1, n. 7, lett. a), e n. 10, D.P.C.M. 11 marzo 2020.

(7) A norma dell'art. 2, D.P.C.M. 22 marzo 2020, le imprese le cui attività non sono sospese rispettano i contenuti del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali.

(8) Per un primo commento v. Carmen Di Carluccio, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile. Legislazione in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 1.

(9) V. In proposito G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi vecchie regole?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 413/2020.

(10) A norma dell'art. 3, comma 3, L. n. 104/1992, espressamente richiamata nel comma 1 dell'art. 39, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 "Qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto

l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità": riepiloga le priorità e i diritti all'adibizione al lavoro agile, M. Brollo, *op cit.*, 564. L'A. segnala come i diritti e le priorità inserite dal Decreto Cura Italia per le persone fragili, da transitori potrebbero invece assumere una definitività in una logica di "accomodamenti ragionevoli".

(11) Conv. con modificazione in L. 24 aprile 2020, n. 27.

(12) Il termine inizialmente fissato dal D.L. n. 18/2020 era quello del 30 aprile 2020.

(13) A norma dell'art. 39, comma 2 *bis*, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 aggiunto in sede di conversione del D.L., le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse.

(14) Così il Trib. Roma, ord., 20 giugno 2020: per un commento v. anche E. D'Agnino, *Prove di diritto al lavoro agile all'interno dei provvedimenti d'urgenza da COVID-19?*, Bollettino Adapt, 27, 2020.

(15) V. art. 90, D.L. n. 34/2020, sempre che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore che possa occuparsi del minore e Trib. Mantova 25 giugno 2020, n. 294, ord.

tutto legittimo, deve essere motivato da ragioni organizzative suscettibili di controllo giudiziale.

La condanna a un fare infungibile: i limiti della decisione

Il Tribunale di Grosseto richiamando precedenti asseritamente conformi (16) e sulla base dell'art. 614-bis c.p.c. (17), accoglie il ricorso e condanna in via cautelare la società resistente a un fare infungibile consistente nell'ordine di consentire al ricorrente con effetto immediato lo svolgimento delle mansioni contrattuali in modalità agile. La condanna, pur con i suoi limiti che vedremo a breve, appare necessaria al fine di garantire al lavoratore uno strumento di coazione indiretta funzionale alla richiesta di risarcimento dei danni per il caso, più che concreto, di omessa esecuzione dell'ordinanza. Il Tribunale è ben consapevole che l'adibizione al lavoro agile richiede la cooperazione volontaria del datore di lavoro: ma proprio per questo stante l'irragionevole e pretestuoso rifiuto datoriale alla richiesta del lavoratore, accoglie il ricorso ed emette una ordinanza che vuole essere funzionale a prevenire la potenziale lesione del bene della salute protetto oltre che dall'art. 32 Cost., anche dalla norma dell'art. 39, D.L. n. 18/2020 introdotta con la legislazione d'emergenza. Dagli atti emerge che a causa delle patologie croniche polmonari preesistenti, il ricorrente non poteva essere sottoposto a rischi aggiuntivi

di contrarre l'infezione da Covid-19, che notoriamente grava proprio sull'apparato respiratorio. Sempre dagli atti di causa emerge che le mansioni del ricorrente (addetto al servizio assistenza legale e contenzioso e inquadramento al quinto livello del CCNL del settore commercio e terziario) sono compatibili con la modalità agile.

Nello stesso tempo l'ordinanza vuole essere funzionale alla successiva richiesta di un eventuale risarcimento danni e per questo spingere la parte soccombente a dare volontaria esecuzione al provvedimento (18). In ragione della peculiarità della vicenda e della necessità di assicurare il rispetto dell'ordinanza con effetto immediato il Tribunale concede il richiesto strumento di coercizione indiretta ex art. 614-bis c.p.c. con lo scopo di incentivare l'adempimento dell'obbligo imposto, cui la resistente si è dimostrata refrattaria pur a fronte delle reiterate richieste del ricorrente in quanto lavoratore invalido al sessanta per cento.

Nello specifico, tenuto conto della natura della prestazione, della peculiarità della vicenda, delle condizioni personali e patrimoniali delle parti, e del breve arco temporale residuo rispetto alla validità delle norme invocate, il Tribunale ritiene equo fissare la somma dovuta a titolo risarcitorio nella misura di cinquanta euro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Il lavoratore in favore del quale è disposta la misura di coercizione indiretta può così legittimamente

(16) Trib. Roma 16 ottobre 1998 in un caso di incidente di esecuzione in materia penale; Trib. Roma 17 gennaio 1996 secondo cui "È ammissibile un provvedimento giudiziale di condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un fare infungibile, reso con sentenza o anche col relativo provvedimento cautelare urgente"; Cass. Civ. 23 settembre 2011, n. 19454 in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 9, 1334 "Nell'ambito dei rapporti obbligatori, il carattere infungibile dell'obbligazione di cui si è accertato l'inadempimento non impedisce la pronuncia di una sentenza di condanna, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì produttiva di ulteriori conseguenze risarcitorie, suscettibili di levitazione progressiva in caso di persistente inadempimento del debitore; inoltre, ogni dubbio sull'ammissibilità di una pronuncia di condanna è stato eliminato dal legislatore con l'introduzione dell'art. 614 bis c.p.c. (attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare), avente valore ricognitivo di un principio di diritto già affermato in giurisprudenza"; cfr. Cass. Civ. 5 settembre 2014, n. 18779, in *Mass. Giust. civ.*, 2014: "In tema di obblighi di 'facere', è ammissibile l'azione volta ad ottenere la pronuncia di condanna, dovendosi ritenere irrilevante il loro carattere infungibile, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'eventuale esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche, che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un

'facere' infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento".

(17) La norma rubricata, *Norme di coercizione indiretta*, dispone "Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409".

(18) Secondo la Corte di cassazione il nostro ordinamento prevede la possibilità di sentenze di condanna anche a obblighi di *facere*, dovendosi ritenere irrilevante il loro carattere infungibile, in quanto la relativa decisione non solo è potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, ma è altresì funzionale alla produzione di ulteriori conseguenze giuridiche (derivanti dall'inosservanza dell'ordine in essa contenuto) che il titolare del rapporto è autorizzato ad invocare in suo favore, prima fra tutte la possibile successiva domanda di risarcimento del danno, rispetto alla quale la condanna ad un "facere" infungibile assume valenza sostanziale di sentenza di accertamento (Cass. Civ. 23 settembre 2011, n. 19454; Cass. Civ. 26 novembre 2008, n. 28274; Cass. Civ. 13 ottobre 1997, n. 9957).

intraprendere l'azione esecutiva per la riscossione coattiva delle somme dovute a titolo di penalità mediante notifica di un atto di precetto.

L'art. 614-bis c.p.c., invocato dal ricorrente, introduce un meccanismo indirettamente riparatorio il quale non può mai essere disconnesso dalla sua funzione tipica di rimediare a specifici, contingenti e concreti pregiudizi subiti dalla vittima. Detto pregiudizio nel caso di specie, però, è più temuto che provato. Il Tribunale, e questo ci appare un limite dell'ordinanza, ipotizza una funzione di *astreinte* del provvedimento che però in quanto istituto di carattere eccezionale dovrebbe avere fondamento in una espressa previsione di legge perché comporta un aggravamento della responsabilità per inadempimento. In altre parole nel caso in esame la condanna anticipata al risarcimento del danno sembra mancare di base legale. La condanna al risarcimento del danno non può fondarsi in un generale principio di effettività della tutela bensì richiede una previsione espressa in ragione del carattere derogatorio dell'aggravamento della responsabilità per inadempimento. Una *astreinte* per gli obblighi di fare infungibile o di non fare è sì prevista dalla riforma processuale del 2009 (cfr. art. 614-bis c.p.c. sopra riportato, articolo aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 49, comma 1 (19), poi sostituito dall'art. 13, D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con modif. in L. 6 agosto 2015, n. 132); ma sono stati espressamente esclusi i rapporti di lavoro subordinato pubblico e privato ed i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c., per i quali vige un regime processuale differenziato (20). Per questo motivo, sulla base del diritto vigente, la decisione nella parte qui esaminata non sembra condivisibile.

Più equilibrata appare invece la decisione del Tribunale di Bologna. Accertata la sussistenza delle condizioni legali per ricorrere al lavoro agile, il datore di lavoro non può negarne l'adibizione, tantomeno laddove vi siano titoli di priorità legati a motivi di salute. Ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli artt. da 18 a 23, L.

22 maggio 2017, n. 81. Quanto al *periculum in mora* come osserva il Tribunale di Bologna la ricorrente, invalida al sessanta per cento, convivente con figlia con handicap grave accertato e documentato è gravemente esposta al rischio di contagio, anche in forma grave, stante l'emergenza sanitaria (allora) ancora in corso. Quanto a *fumus boni juris* ciò che rileva è il rifiuto ingiustificato del datore di lavoro: secondo il Tribunale di Bologna il datore di lavoro può legittimamente operare una scelta organizzativa negativa per il lavoratore richiedente ma deve motivare la sua scelta e rendere possibile un controllo giudiziale *ex post* sulle ragioni gestionali, tecniche od organizzative che impediscono alla persona con disabilità di svolgere la prestazione a distanza. Insomma le ragioni organizzative del diniego devono essere ostensibili e verificabili (21).

La fruizione forzata delle ferie anticipate e non maturate

Sempre durante l'emergenza e per evitare il contagio, qualora non sia possibile il ricorso al lavoro agile il datore di lavoro può promuovere la fruizione delle ferie pregresse. A tale riguardo, il D.P.C.M. 11 marzo 2020 all'art. 1, n. 7, lett. b) *raccomanda* l'utilizzo delle ferie e dei congedi retribuiti.

La misura è alternativa al lavoro agile per le persone che nella fase di emergenza non possono svolgere il proprio lavoro da remoto come previsto dalla stessa norma alla lett. a). È inoltre possibile ipotizzare una attivazione mista di lavoro agile e ferie maturate.

Nel lavoro privato, contrariamente al lavoro pubblico, il legislatore non ha dettato una disciplina specifica per il ricorso alle ferie pregresse.

Per i dipendenti pubblici l'art. 87, comma 3, D.L. n. 18/2020 sottolinea che - solo dopo aver verificato la non praticabilità delle soluzioni alternative individuate dal medesimo comma: lavoro agile, ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione, analoghi istituti - è possibile prevedere, come *extrema ratio* e pur sempre in casi puntuali, di esentare il personale dipendente, con equiparazione del periodo di esenzione al servizio prestato a tutti gli effetti di legge, quindi, senza ripercussioni sulla loro retribuzione e

(19) Nonostante che l'esclusione disposta dall'art. 49 citato sia stata recentemente oggetto di critica convincente: M. Biasi, *L'esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *Lavoro, Diritti, Europa* n. 2/2020, www.lavorodirittieuropa.it, 2, 2020.

(20) Cass. Civ., SS.UU., 27 agosto 2014, n. 18354.

(21) Da qui, "la possibile gemmazione, per via di interpretazione, dall'art. 2087 c.c. (in connessione con l'art. 1460 c.c.) di

nuovi diritti *double face* del lavoratore: per un verso, al lavoro a distanza, nel caso di mansioni compatibili con la collocazione domiciliare, per altro verso, al rifiuto di svolgere la propria attività lavorativa in azienda nel caso di mansioni non essenziali per la prosecuzione dell'attività lavorativa; in entrambi i casi, per ragioni di sicurezza sul lavoro", così M. Brollo, *op. cit.*, 566.

senza che l'istituto incida negativamente ai fini della valutazione e dell'erogazione del trattamento accessorio.

Con riguardo al tema delle ferie pregresse e sempre in riferimento al lavoro pubblico, la circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri (vari Dipartimenti) 1° aprile 2020, n. 2, cit. specifica che occorre fare riferimento alle ferie maturate e non fruiti, nel rispetto della disciplina definita dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro e nell'ambito dell'esercizio delle prerogative datoriali. Giova ricordare che - secondo la stessa Commissione europea (cfr. Comunicazione interpretativa sulla Dir. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione del lavoro) - l'effetto positivo delle ferie si esplica pienamente se esse vengono fruiti nell'anno; sicché una contrazione dei termini di differimento rispetto alle previsioni del D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, quale quella voluta dalle parti negoziali, non può che risultare maggiormente garantista dei diritti dei lavoratori. A tale interpretazione, peraltro costituzionalmente orientata (art. 36, comma 3, Cost.) si ritiene possa indurre la stessa circ. del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, n. 8 del 3 marzo 2005 laddove richiama esplicitamente la possibilità che la contrattazione collettiva possa prevedere un termine massimo di fruizione del periodo di ferie "minore" di quello individuato dal legislatore.

Nel contesto del quadro normativo delineato, la circ. n. 2/2020 dispone che - oltre alle ferie del 2018 o precedenti - la norma deve intendersi riferita anche a quelle del 2019 non ancora fruiti. In una situazione emergenziale e di eccezionalità, tenuto conto del ruolo preminente attribuito dal legislatore al lavoro agile, rientra nei poteri datoriali la possibilità di utilizzare, in una dimensione di sistema e di salvaguardia delle esigenze organizzative, gli strumenti messi a disposizione dal legislatore. Conseguentemente - ferma restando la prioritaria scelta del legislatore, in termini generali, a favore del lavoro agile - le amministrazioni possono ricorrere all'istituto delle ferie, se del caso a rotazione o intervallate con il lavoro agile, anche in ragione dei picchi di attività. Detto orientamento dettato per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, nel silenzio

del legislatore, appare applicabile anche al lavoro privato. Il D.P.C.M. del 20 aprile 2020 nel ribadire la volontà del legislatore di promuovere il lavoro agile per tutti i lavoratori subordinati anche in assenza degli accordi individuali, raccomanda all'art. 1, lett. hh) in ogni caso ai datori di lavoro *pubblici e privati* di promuovere la fruizione dei periodi di congedo ordinario e di ferie.

Nel caso deciso dal Tribunale di Grosseto emerge che il datore di lavoro avrebbe dovuto e potuto adibire il lavoratore prioritariamente al lavoro agile. Risulta invece che il lavoratore, aderendo all'invito del datore di lavoro, ha usufruito nel periodo di emergenza sanitaria delle ferie maturate relative sia all'anno precedente sia a quello in corso. Risulta inoltre che la società abbia "inteso indurlo a far ricorso anche a ferie non ancora maturate, a valere quindi sul monte futuro" o, in alternativa, alla sospensione non retribuita del rapporto: entrambe le alternative prospettate dal datore di lavoro sono illegittime in quanto lesive di diritti fondamentali del prestatore di lavoro alla retribuzione e alle ferie (art. 36 Cost.).

Il Tribunale di Grosseto allude anche a un agire in maniera irragionevolmente o immotivatamente discriminatoria (22): ma nel caso in esame più che di discriminazione derivante dall'*handicap* del lavoratore sembra che sussista una ingiustificata disparità di trattamento dal momento che tutti i colleghi del ricorrente sono stati collocati in modalità agile (23) tranne lui per il solo fatto di essere in malattia nel periodo considerato.

In conclusione nel caso deciso dal Tribunale di Grosseto sussiste il *fumus boni juris* quando le motivazioni addotte dal datore di lavoro per negare l'adibizione al lavoro agile di una persona con disabilità grave poggiano su motivi organizzativi "pretestuosi e incomprensibili" (24) o addirittura, come nel caso deciso dal Tribunale di Bologna, sulla mancata risposta alla richiesta della lavoratrice gravemente disabile che avrebbe potuto svolgere le sue mansioni contrattuali utilizzando il telefono e gli strumenti informatici.

Quanto al *periculum in mora* il Tribunale di Grosseto lo ritiene provato in considerazione dell'impossibilità, per una persona gravemente disabile, di scegliere

(22) Ammonisce da inediti rischi discriminatori legati alla pandemia S. Sansaro, *Pandemia e lavoro da remoto: se c'è compatibilità, il lavoratore ne ha diritto*, Bollettino Adapt, 4 maggio 2020.

(23) Osserva il Tribunale "Non è tuttavia sottratta al riscontro giudiziale la specifica verifica se il datore di lavoro, nel far ricorso al lavoro agile, abbia ingiustificatamente penalizzato il singolo lavoratore o pretermesso diritti garantiti *ex lege*".

(24) Sia con riferimento al contenuto delle mansioni del ricorrente (un impiegato addetto alla gestione del contenzioso) sia per il tipo e le dimensioni dell'azienda (una società *leader* nel campo della erogazione di energia elettrica che adduce a motivo del rifiuto la circostanza, che quando sono state adottate le scelte organizzative relative a chi collocare in *smart working* il ricorrente fosse in malattia).

tra la rinuncia alla retribuzione derivante dalla sospensione volontaria del rapporto di lavoro e la fruizione anticipata delle ferie quando la scelta organizzativa alternativa di adibire il lavoratore in *smart working* è praticabile e accessibile da parte dell'azienda. Invece per il Tribunale di Bologna il *periculum*

è connesso alla situazione di grave disabilità della ricorrente e di sua figlia: circostanza che fa ritenere al Tribunale più che fondato il timore che lo svolgimento dell'attività in modalità ordinaria, la esponga a un rischio imminente e irreparabile per lei e sua figlia.

LIBRI

COLLANA: MANUALI PROFESSIONALI

Disponibile in E-BOOK

L'OPPOSIZIONE ALLE SANZIONI AMMINISTRATIVE (V ED.)

di Aldo Carrato



Il volume è stato interamente **rivisitato e aggiornato** con il richiamo ragionato degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali degli ultimi anni. Esso incentra l'attenzione sulla fase dell'**accertamento** e della **contestazione** della violazione amministrativa, per poi occuparsi, in modo dettagliato, degli atti impugnabili, dedicando particolare approfondimento agli **illeciti previsti dal codice della strada**. Esamina poi le problematiche concernenti la tutela giurisdizionale nelle tre fasi, introduttiva, istruttoria e decisoria, ponendo in risalto tutte le novità introdotte dal D.Lgs. n. 150 del 2011 sulla c.d. "semplificazione dei riti". L'ultimo capitolo è destinato alla disciplina dei **mezzi di impugnazione** e alle tematiche riguardanti il giudicato.

Il volume è integrato, in appendice, da un'accurata **selezione dei testi normativi** concretamente incidenti sulla materia delle sanzioni amministrative e da un completo **indice analitico**.

Rappresenta quindi un utilissimo sup-

porto teorico-pratico sia per gli **operatori di diritto** del settore (avvocati e giudici di pace, ma anche magistrati dei gradi superiori) che per **funzionari e dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni** (specialmente delle Prefetture), oltre che per gli **agenti accertatori** e, non ultimi, per i **privati**, legittimati a costituirsi personalmente nel giudizio di primo grado.

Wolters Kluwer Italia 2020, pagg. 736

Prezzo: € 70,00

Codice: 243902

ISBN: 978-88-217-7316-7

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.824761 - fax 02.82476403)

• **Agenzie Ipsoa di zona**
www.shop.wki.it/agenzie

• **www.shopwki.it**