Coronavirus e rifiuto del dipendente di rendere la prestazione lavorativa

scritto da goal | 29 Aprile 2020

di Paolo Galbusera* e Andrea Ottolina*

In tempi di Coronavirus, una problematica particolarmente attuale è quella relativa alla gestione delle assenze dei dipendenti e, nello specifico, il caso in cui il lavoratore, a fronte dell'invito dell'azienda a riprendere l'attività lavorativa, si rifiuti di presentarsi al lavoro giustificandosi con il timore dell'epidemia in corso.

Non stiamo certo parlando di quei casi in cui il lavoratore è malato o in quarantena con sorveglianza attiva perché venuto a stretto contatto con casi confermati di soggetti positivi al Covid-19 (periodo equiparato alla malattia ai sensi dell'art. 26 d.l. n. 18 del 17.3.2020), oppure in cui l'attività lavorativa possa essere ugualmente svolta in smart working (modalità di cui, in base alle disposizioni governative, deve essere fatto massimo uso da parte delle aziende).

La fattispecie in esame è quella in cui una azienda, che svolga un'attività non effettuabile in modalità di lavoro agile e non soggetta a sospensione ai sensi del DPCM del 22.03.2020 e successivi aggiornamenti (perché rientrante tra i codici ATECO individuati nell'allegato al decreto, oppure perché avente ad oggetto servizi di pubblica utilità o impianti a ciclo produttivo continuo), decida o si trovi nella necessità, magari dopo una prima fase di chiusura cautelativa e conseguente dispensa dei lavoratori mediante lo smaltimento di ferie e permessi arretrati, di riprendere l'attività, convocando a tal fine i propri dipendenti per una determinata data.

Ebbene, cosa fare nel caso in cui uno dei dipendenti, a cui sia stata comunicata la ripresa dell'attività lavorativa, si rifiuti di presentarsi sul posto di lavoro, adducendo come motivazione il timore del contagio in atto? Può, la semplice preoccupazione dettata dalla situazione emergenziale in corso, non supportata da specifiche ragioni soggettive di carattere medico, (quali ad es. malattie pregresse regolarmente certificate e tali da configurare una inabilità temporanea al lavoro), giustificare il rifiuto del dipendente a rendere la prestazione lavorativa? E in questo caso, quali potrebbero essere le conseguenze di una tale presa di posizione?

Per rispondere a queste domande, bisogna innanzitutto partire dal presupposto che, quello di lavoro, è un rapporto che si fonda su prestazioni corrispettive, nel quale alla prestazione lavorativa eseguita dal dipendente corrisponde l'erogazione della retribuzione da parte del datore di lavoro.

In base ai principi generali applicabili ai contratti a prestazioni corrispettive e in particolare secondo quanto disposto dall'**art. 1460 cod. civ.** "*ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria*".

Tale norma, che introduce il concetto di **eccezione di inadempimento**, è pacificamente applicabile anche ai rapporti di lavoro. Secondo la Corte di Cassazione, infatti, nel contratto di lavoro, ove le prestazioni sono corrispettive, in quanto all'obbligo di lavorare dell'una corrisponde l'obbligo di remunerazione dell'altra, ciascuna parte può valersi dell'eccezione di inadempimento prevista dall'art 1460 c.c. (cfr. Cass. sent. n. 17353 del 11.10.2012).

Questo significa che, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa, nei modi e nei termini precisati dal datore di lavoro in forza del suo potere direttivo, può

considerarsi legittimo solo quando quest'ultimo risulti essere inadempiente agli obblighi derivatigli dal contratto e in particolare a quelli che incidano sulle immediate esigenze vitali del lavoratore, quali, tipicamente, il pagamento della retribuzione (cfr. Cass. sent. n. 25392 del 12.11.2013), oppure la violazione da parte del datore di lavoro degli obblighi di sicurezza e di tutela della salute dei dipendenti di cui all'art. 2087 cod. civ. (cfr. Cass. sent. n. 836 del 19.1.2016).

Ed è proprio quest'ultima osservazione che risulta essere decisiva nella soluzione dei quesiti posti nel presente articolo, dal momento che, in una situazione di emergenza sanitaria globale come quella che stiamo attualmente vivendo, la questione della tutela della salute dei lavoratori dipendenti è senza dubbio di primaria importanza ai fini della valutazione delle singole fattispecie.

Come noto, già lo scorso 14 marzo è stato siglato tra il Governo e le parti sociali un "Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro", che ha previsto una serie di misure precauzionali che le aziende sono tenute ad adottare al fine di tutelare la salute dei propri dipendenti e garantire la salubrità degli ambienti lavorativi, in particolare per assicurare adeguati livelli di protezione a quelle categorie di lavoratori addetti ad attività produttive che non possono essere interrotte e che non sono compatibili con forme di lavoro a distanza.

Ciò significa che, anche in adempimento degli obblighi di protezione derivanti dall'art. 2087 cod. civ., i datori di lavoro che, nell'attuale situazione emergenziale, intendano chiedere la prestazione lavorativa ai propri dipendenti, sono tenuti a porre in essere tutte le speciali misure di sicurezza e prevenzione necessarie, quali, a titolo esemplificativo, il riassetto degli spazi per permettere di adottare la distanza di sicurezza tra lavoratori, la sanificazione dei luoghi di

lavoro, il reperimento dei dispositivi di protezione individuale da fornire ai dipendenti, nonché l'espletamento di un preciso obbligo informativo nei confronti dei lavoratori, espressamente previsto dal Protocollo del 14 marzo sopra citato.

Pertanto, una volta che il datore di lavoro abbia assolto ai propri obblighi, ponendo in essere le condizioni affinché i dipendenti possano svolgere l'attività lavorativa in piena sicurezza, si ritiene che il rifiuto del lavoratore ad eseguire la propria prestazione non possa essere considerato legittimo e che, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., ad esso possa conseguire **la sospensione del pagamento della retribuzione**, provvedimento la cui legittimità è stata anche confermata dalla Sezione Lavoro del Tribunale di Milano con la sentenza n. 2923 del 13.11.2017 (est. la Dr.ssa Locati), secondo la quale "*nel caso di inadempimento della prestazione lavorativa, il datore di lavoro non* è *tenuto al pagamento delle retribuzioni ove ricorrano le condizioni dell'art. 1460 cod. civ.*"

Infine, oltre alle questioni relative al diritto o meno di percepire la retribuzione, andranno senza dubbio valutate le **conseguenze disciplinari** del rifiuto del lavoratore, posto che, come confermato dalla Corte di Cassazione, "*il comportamento del lavoratore subordinato, consistente nella mancata effettuazione, anche parziale, della prestazione lavorativa,* è *in contrasto con il principio della sinallagmaticità delle prestazioni, sicché assume rilievo sotto il profilo disciplinare senza necessità di espressa previsione nel relativo codice*" (cfr. Cass. sent. n. 18462 del 29.8.2014,).

Bisogna certamente tenere presente che, in prospettiva futura, la situazione ora descritta potrà essere indubbiamente foriera di contenziosi tra le parti, posto che il lavoratore potrà comunque contestare le misure adottate dal datore di lavoro e dimostrare che il mancato adempimento della prestazione di

lavoro da parte sua era imputabile unicamente a responsabilità dell'azienda, rivendicando di conseguenza il pagamento delle retribuzioni pregresse o impugnando l'eventuale sanzione disciplinare comminatagli. In caso di contenzioso giudiziale, quindi, dovrà essere verificata, con la massima puntualità, se l'inadempimento del lavoratore possa essere ritenuto colpevole, in quanto frutto di sua negligenza rispetto all'obbligazione a rendere la prestazione, ovvero se il rifiuto opposto alle direttive datoriali debba essere considerato legittimo, in quanto diretta conseguenza di inadempienze da parte del datore del lavoro nell'adozione delle necessarie misure di tutela della salute dei lavoratori.

* *Avvocato in Milano – Galbusera & Partners*