

Covid-19 e diritto del lavoro: uno sguardo retrospettivo

La pandemia e tutte le conseguenze che ne sono derivate in ambito lavorativo hanno provocato uno stress-test per le normative riguardanti il diritto del lavoro. La chiusura temporanea di alcune aziende, le assenze dei dipendenti a causa di quarantene o isolamenti, la chiusura temporanea delle scuole, i figli in quarantena, la necessità di proteggere la salute dei collaboratori, in particolare quelli "a rischio", sono alcuni dei problemi con i quali datori di lavoro e collaboratori hanno dovuto confrontarsi negli ultimi due anni. Le norme in vigore prima della pandemia hanno fornito risposte parziali a questi problemi; il Consiglio federale è quindi intervenuto con delle soluzioni (transitorie) che hanno permesso di porre rimedio alle difficoltà emerse.

[1] Legge federale sulla lotta contro malattie trasmissibili dell'essere umano (Legge sulle epidemie, LEp; RS 818.101).

[2] La Legge sulle epidemie si basa su un sistema a tre livelli: situazione normale (epidemiologia quotidiana); situazione particolare (emergenza epidemiologica) e situazione straordinaria (minaccia di portata nazionale).

[3] "Fondandosi direttamente sul presente articolo," il Consiglio federale "può emanare ordinanze e decisioni per far fronte a gravi turbamenti, esistenti o imminenti, dell'ordine pubblico o della sicurezza interna o esterna. La validità di tali ordinanze dev'essere limitata nel tempo."

[4] RS 818.102

Introduzione

All'inizio del 2020 la Covid-19 (malattia causata dal "nuovo coronavirus") si è rapidamente diffusa in tutto il mondo. Il 25 febbraio 2020 è stato rilevato il primo caso in Svizzera; in seguito la malattia si è propagata velocemente in tutto il nostro paese e il Consiglio federale (in seguito CF), a partire dal 28 febbraio, ha adottato diverse misure: divieto di manifestazioni, chiusura delle scuole, provvedimenti alle frontiere, ecc. Il 16 marzo 2020 il CF ha decretato, in base all'art. 7 della Legge sulle epidemie (in seguito LEp)^[1], la "situazione straordinaria"^[2] ed ha quindi inasprito ulteriormente i provvedimenti chiudendo negozi (ad eccezione di quelli indispensabili), ristoranti, bar e tutte le strutture ricreative e per il tempo libero.

Immediatamente sono sorti una serie di proble-

mi relativi ai rapporti di lavoro, in particolare si è posta la domanda riguardante il pagamento del salario in assenza di prestazione; infatti, in determinati contesti il dipendente non poteva più prestare la propria attività lavorativa a causa della chiusura dell'azienda oppure a causa della chiusura delle scuole e della conseguente necessità di dover curare i figli o ancora a causa di un ordine di quarantena.

Contemporaneamente i datori di lavoro hanno dovuto confrontarsi con un accresciuto dovere di protezione della salute dei dipendenti, nell'ambito di una situazione di crisi sanitaria, con particolare attenzione ai dipendenti "a rischio".

In seguito, a partire dal primo trimestre 2021, con la possibilità di accedere al vaccino, sono sorti ulteriori problemi giuridici relativi ai rapporti di lavoro, in particolare riguardanti la protezione della sfera privata relativamente ad eventuali domande del datore di lavoro in merito allo stato vaccinale.

Tutti questi problemi sono stati inizialmente analizzati sulla base delle norme in vigore e prontamente sono emerse difficoltà di applicazione. Il CF è pertanto intervenuto ed ha emanato diverse Ordinanze, inizialmente basate sull'art. 185 cpv. 3^{BI} della Costituzione federale e sull'art. 6 cpv. 2 LEp, con durata di validità limitata. In seguito il legislatore ha creato un'apposita base legale: la Legge COVID-19 del 25 settembre 2020^[4].

Nei paragrafi seguenti saranno analizzate alcune problematiche di diritto del lavoro, emerse durante la pandemia, per le quali il CF è intervenuto con l'emanazione di norme ad-hoc che hanno permesso di porre rimedio, nel breve termine, a diverse criticità.

Pagamento del salario in caso di assenza di prestazione

Il contratto di lavoro è un contratto bilaterale, che prevede un impegno reciproco delle parti: il dipendente deve fornire una prestazione lavorativa al datore di lavoro, e il datore di lavoro deve versare un salario al dipendente. Lo stipendio è dovuto quando il dipendente ha svolto il suo lavoro; infatti l'obbligazione del datore di lavoro nei confronti del dipendente nasce quando quest'ultimo ha fornito la prestazione. L'art. 324 del Codice delle obbligazioni (in seguito CO) prevede un'eccezione a questo principio con una regola speciale in caso di mora del datore di lavoro nell'accettazione della prestazione del dipendente. In base a tale articolo il dipendente ha diritto al salario anche se non fornisce la propria prestazione, nel caso in cui il datore di lavoro ha rifiutato la prestazione del lavoratore in modo ingiustificato. La giurisprudenza e la dottrina assimilano al caso di mora del datore di lavoro la situazione nella quale l'esecuzione del lavoro è diventata oggettivamente impossibile a causa di motivi tecnici o economici^[5]; il rischio economico e d'impresa è da ritenersi pertanto interamente a carico del datore di lavoro^[6].

Dal momento che il Consiglio federale, il 16 marzo 2020, ha deciso la chiusura di negozi, ristoranti, bar e tutte le strutture ricreative, si è immediatamente posta la domanda riguardo al dovere del datore di lavoro di versare lo stipendio in assenza di prestazione da parte dei dipendenti. In altre parole, si è posta la questione riguardo all'estensione del rischio d'impresa. Ritenuta la situazione straordinaria, diversi professori di diritto del lavoro si sono espressi in proposito in breve tempo, mettendo in evidenza una importante divergenza di opinioni. Alcuni autori^[7] hanno ritenuto che la chiusura di un'azienda a seguito di pandemia rientra nell'ambito del rischio aziendale, in quanto, in base alla LEp, i datori di lavoro sarebbero tenuti a prepararsi alle epidemie. Per contro, altri autori^[8] hanno sostenuto che una situazione di questo tipo rientra nell'ambito dell'art. 119 cpv. 1 CO (impossibilità dell'adempimento) e non in quello dell'art. 324 CO: "la volonté du législateur n'était pas de mettre les cas de force majeure excédant le périmètre de l'entreprise à charge de l'employeur"^[9].

In seguito la questione non è stata ulteriormente approfondita, in quanto i datori di lavoro hanno avuto la possibilità di fare ricorso alle indennità per lavoro ridotto previste dalla Legge sull'assicurazione contro la disoccupazione (art. 31 - 41) con

una serie di facilitazioni (abolizione del termine di attesa, estensione al diritto a lavoratori con contratti atipici, etc.) introdotte dall' Ordinanza COVID-19 sull'assicurazione contro la disoccupazione del 20 marzo 2020^[10].

Un ulteriore problema che si è posto con le prime decisioni del CF del mese di marzo 2020, riguardava le conseguenze derivanti dalla chiusura delle scuole, per i genitori che svolgevano un'attività lavorativa dipendente e che non potevano recarsi al lavoro a causa della necessità di doversi occupare dei figli. Anche in questo caso vi è stata una divergenza di opinioni tra gli esperti di diritto del lavoro: alcuni^[11] hanno sostenuto la tesi in base alla quale il datore di lavoro doveva continuare a versare lo stipendio ai sensi dell'art. 324a CO, ritenendo che per i genitori vige un obbligo legale di occuparsi dei figli (art. 276 del Codice civile). Altri autori^[12], per contro, hanno ritenuto che l'art. 324a CO si riferisce unicamente ad obblighi legali che riguardano direttamente la persona del dipendente e ritenuto che i figli possono essere accuditi anche da terze persone, i genitori potevano adempiere al loro dovere di cura dei figli tramite terzi.

Anche in questo caso la soluzione al quesito giuridico è arrivata tramite un intervento del CF, che ha emanato l'Ordinanza sui provvedimenti in caso di perdita di guadagno in relazione al coronavirus del 20 marzo 2020^[13]. Con questa Ordinanza è stata stabilita un'indennità pari all'80% del salario per i genitori che hanno dovuto interrompere l'attività lavorativa per accudire i figli (minori di 12 anni), la cui cura da parte di terzi non poteva più essere assicurata.

Protezione della salute dei dipendenti

In base all'art. 328 CO il datore di lavoro ha il dovere di proteggere la salute dei suoi dipendenti. In una situazione pandemica come quella che abbiamo vissuto negli ultimi due anni, questo dovere del datore di lavoro ha assunto un ruolo centrale nell'ambito della gestione aziendale ed ha comportato la necessità imperativa di adottare una serie importante di misure di protezione^[14]. Nell'ambito dell'elaborazione delle misure di protezione è fin da subito emerso il problema relativo alle persone particolarmente vulnerabili, le quali, a causa del loro stato di salute, erano particolarmente a rischio di contrarre una forma grave della malattia Covid-19. Anche in questo caso è stato necessario l'intervento d'urgenza del Consiglio federale, che ha dovuto innanzitutto

[5] ad es. : diminuzione improvvisa della cifra d'affari, mancanza di corrente elettrica, problemi di approvvigionamento delle materie prime, catastrofi naturali (incendi, allagamenti), etc.; cfr. Dunand, J.-P., Mahon, P. (2013). *Commentaire du contrat de travail*. Stämpfli. (N. 6 ad art. 324)

[6] «Ferner trägt nach nahezu einhelliger Auffassung der Arbeitgeber das Betriebs- und das Wirtschaftsrisiko (...). Ist die Arbeitsleistung als solche zwar möglich, lehnt sie der Arbeitgeber aber aus betriebstechnischen oder wirtschaftlichen Gründen ab, gerät er somit in Annahmeverzug und bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer seine Leistung gehörig anbietet.» (BGE 124 III 346, consid. 2a)

[7] Geiser, T., Müller, R., Pärli, K. (2020). Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus. *Jusletter*, 23. März, N. 22.

[8] Dunand, J.-P., Wyler, R. (2020). Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail. *Newsletter Droitdu travail*. ch. Spéciale Covid19, 9 avril.; pag. 3 s.; Pietruszak, T. (2020). Lockdown und Lohnfortzahlung. *Jusletter*, 14. April, N. 22.

[9] Dunand, J.-P., Wyler, R. (2020). Citato nella nota precedente, pagina 4.

[10] RS 837.033

definire i “lavoratori particolarmente a rischio”, stabilire le misure di protezione e, segnatamente, stabilire le conseguenze nel caso in cui non fosse stato possibile garantire la protezione necessaria. Inizialmente con l’Ordinanza 2 COVID-19 del 13 marzo 2020 e in seguito con l’art. 27a dell’Ordinanza 3 COVID-19 del 19 giugno 2020^[15] sono stati identificati i dipendenti particolarmente a rischio; nel corso del tempo, l’elenco è stato affinato e con la possibilità di accedere al vaccino, a partire dal primo trimestre 2021, è stato ulteriormente adattato.

Nell’art. 27a Ordinanza 3 COVID-19, il CF ha inoltre precisato diritti e doveri delle parti: innanzitutto questa categoria di lavoratori ha il diritto di lavorare da casa, se ciò non fosse possibile il datore di lavoro deve assegnargli un lavoro alternativo equivalente che può essere svolto da casa. Nel caso in cui questa possibilità non fosse attuabile e non fosse nemmeno possibile prevedere una protezione accresciuta sul posto di lavoro, il dipendente è esentato dall’obbligo di lavorare con continuazione del pagamento dello stipendio. Da notare che i lavoratori a rischio hanno diritto all’indennità per perdita di guadagno prevista dall’Ordinanza sui provvedimenti in caso di perdita di guadagno in relazione al coronavirus del 20 marzo 2020, già citata.

Anche in questo caso, come nelle situazioni espresse in precedenza, l’intervento del CF è stato determinato per poter risolvere una situazione totalmente inedita che avrebbe potuto comportare delle enormi difficoltà per i dipendenti vulnerabili.

Verifica dello stato vaccinale

L’art. 328b CO prevede la protezione dei dati relativi ai dipendenti, che possono essere trattati soltanto “in quanto si riferiscono all’idoneità lavorativa o siano necessari per l’esecuzione del contratto”. Le informazioni relative allo stato di salute rappresentano dati sensibili che devono essere trattati con particolare precauzione. Di principio il datore di lavoro non può porre domande al dipendente relativamente al suo stato di salute e nemmeno riguardo al suo stato vaccinale, a meno che queste informazioni non siano necessarie per l’esecuzione del contratto oppure a causa di un interesse preponderante. Per procedere con le necessarie valutazioni occorre fare una ponderazione degli interessi in gioco, da un lato il diritto alla protezione della sfera privata del dipendente e dall’altro la necessità del datore di lavoro, in una situazione di pandemia, di mettere in atto le misure di protezione necessarie per pro-

teggere tutti i dipendenti e anche i terzi (clienti, fornitori, ecc.). Queste valutazioni giuridiche, come nei casi sopracitati, possono portare a posizioni divergenti creando una situazione di forte incertezza per i dipendenti e i datori di lavoro.

“Durante la pandemia sono emerse alcune problematiche di diritto del lavoro per le quali il Consiglio federale è intervenuto con l’emanazione di norme ad-hoc che hanno permesso di porre rimedio, nel breve termine, a diverse criticità.”

Il CF è quindi nuovamente intervenuto e ha creato la base legale che autorizza i datori di lavoro “a verificare se i loro lavoratori possiedono un certificato di vaccinazione, guarigione o test”^[16]. Questa verifica è possibile solo se permette al datore di lavoro di stabilire misure di protezione opportune, se la verifica stessa e i provvedimenti sono documentati per iscritto e se i dipendenti sono stati preventivamente consultati.

Conclusioni

I problemi giuridici analizzati ai paragrafi precedenti hanno messo in luce i limiti nell’applicazione di determinate norme di diritto del lavoro in una situazione straordinaria come quella che abbiamo vissuto nel corso del 2020 e 2021. Quando vengono messi in questione il diritto di ricevere lo stipendio o la protezione della salute, si toccano delle tematiche di fondamentale importanza per la maggioranza dei cittadini. È quindi possibile che dall’esperienza vissuta durante la pandemia possano nascere delle iniziative tendenti a richiedere la modifica di alcune norme, tenendo conto degli aspetti problematici emersi negli ultimi due anni e delle situazioni che hanno richiesto un intervento dell’Esecutivo. Nondimeno appare importante sottolineare che, tramite il diritto d’urgenza prima e la Legge COVID-19 in seguito, il Consiglio federale ha elaborato, con notevole rapidità, delle soluzioni efficaci ai problemi che i datori di lavoro e i dipendenti hanno dovuto affrontare.

[11] Geiser, T., Müller, R., Pärli, K. (2020). Citato nella nota [7], N. 49 ss.

[12] Pietruszak, T. (2020). Citato nella nota [8], N. 27.

[13] RS 830.31

[14] Rispetto delle raccomandazioni dell’Ufficio federale della sanità pubblica (igiene e distanziamento); altri provvedimenti secondo il principio STOP oppure misure quali ad esempio: separazione fisica, squadre separate, regolare areazione, uso della mascherina, ecc.

[15] RS 818.101.24; al momento della redazione del presente contributo (inizio marzo 2022) la validità dell’art. 27a è prevista fino al 31 marzo 2022.

[16] Cfr. art. 25 cpv. 4 Ordinanza COVID-19 situazione particolare.