

GLI INSTANT BOOK
CONSULTA GIURIDICA CGIL **1**

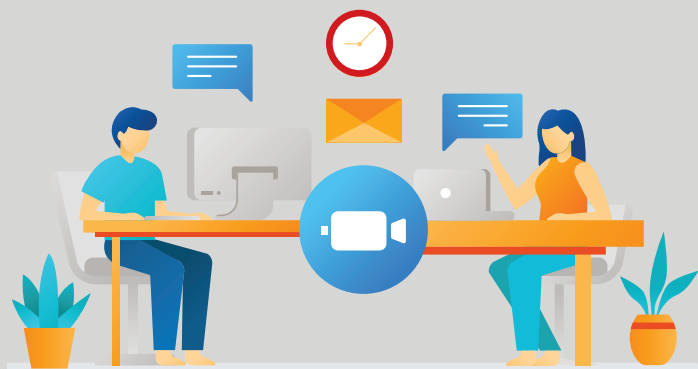
Covid-19 **e diritti** **dei lavoratori**

a cura di

Olivia Bonardi | Umberto Carabelli
Madia D'Onghia | Lorenzo Zoppoli

CGIL
Ufficio
Giuridico


EDIESSE





Consulta giuridica

Covid-19 e diritti dei lavoratori

a cura di

Olivia Bonardi, Umberto Carabelli,
Madia D'Onghia, Lorenzo Zoppoli



© Copyright by Ediesse, 2020

Ediesse s.r.l.

Via delle Quattro Fontane, 109 – 00184 Roma

Tel. 06/448701 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

ediesse@cgil.it

Copertina e progetto grafico: Antonella Lupi

In copertina: elaborazione grafica su immagine Freepik

Indice

<i>Lorenzo Fassina, Tania Scacchetti</i> Presentazione	9
<i>Olivia Bonardi, Umberto Carabelli, Madia D'Ongbia, Lorenzo Zoppoli</i> Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)	11
<i>Francesco Pallante</i> Il diritto costituzionale e l'emergenza Covid-19	19
<i>Alessandro Bellavista</i> Normativa emergenziale e diritti fondamentali	37
<i>Gaetano Natullo</i> Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?	49
<i>Giuseppe Ludovico</i> Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortuni sul lavoro	69
<i>Valerio Speciale</i> Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 81 del 2008 nell'emergenza Covid-19	83
<i>Giovanni Orlandini</i> Diritto di sciopero e tutela della salute durante lo stato d'emergenza epidemiologica	103

<i>Lucia D'Arcangelo</i> La tutela dei dati personali nei luoghi di lavoro al tempo del Covid-19 (e oltre)	119
<i>Cristina Alessi, Maria Luisa Vallauri</i> Il lavoro agile alla prova del Covid-19	131
<i>Laura Calafà</i> Conciliare nell'emergenza	153
<i>Michele Faioli</i> Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito	167
<i>Filippo Aiello, Bruno Laudi</i> Covid-19: il <i>lockdown</i> dei diritti dei lavoratori nelle crisi d'impresa	185
<i>Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani</i> Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)	205
<i>Franco Scarpelli</i> Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto	229
<i>Vito Pinto</i> Emergenza sanitaria e lavoro pubblico: una visione d'insieme	249
<i>Antonio Di Stasi</i> La sicurezza del lavoro nella sanità al tempo del Covid-19	265
<i>Margherita Leone</i> Giustizia e processo del lavoro (ai tempi del virus)	279

Cristina Alessi, Maria Luisa Vallauri***
Il lavoro agile alla prova del Covid-19***

SOMMARIO: 1. Premessa. Un lavoro agile per l'emergenza. – 2. Il lavoro agile nel settore privato dopo i provvedimenti in materia di Covid-19. La differenza con il telelavoro. – 2.1. Il lavoro agile «unilaterale». – 2.2. Le condizioni di lavoro. – 3. Il lavoro agile alle dipendenze della P.A. Il quadro (in breve) dei riferimenti normativi. – 3.1. Una nuova sfida per la dirigenza pubblica. – 3.2. Una nuova misura organizzativa? – 3.3. Una grande sperimentazione. – 3.4. La perdurante (pericolosa) esclusione del sindacato dalla regolazione del lavoro agile.

1. Premessa. Un lavoro agile per l'emergenza

Non si è mai parlato così tanto di lavoro agile come in questo tempo sospeso e un po' surreale che stiamo vivendo, costretti nelle nostre case divenute d'un tratto asili, scuole, università, luoghi di lavoro, parchi gioco, centri diurni, palestre, mense, talora (purtroppo) ospedali e chissà cos'altro.

In spazi il più delle volte stretti vanno in scena, non senza difficoltà, tutte le nostre identità, da sempre in cerca di un equilibrio oggi più che mai necessario per far fronte a una condizione per noi inedita di limitazione della libertà ed emotivamente provante.

* Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università di Brescia.

** Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro – Università di Firenze.

*** Il saggio è frutto della riflessione comune delle due Autrici. Tuttavia, i paragrafi 2, 2.1 e 2.2 sono di Cristina Alessi, i paragrafi 3, 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 di Maria Luisa Vallauri.

La necessità di garantire il distanziamento personale, evitando quanto più possibile gli spostamenti, ha indotto subito il Governo a individuare nel lavoro agile la modalità privilegiata di lavoro, sia nel settore privato che in quello pubblico, prevedendo tuttavia un'ampia deregolamentazione rispetto alla disciplina ordinaria dell'istituto e l'attribuzione in via unilaterale alla parte datoriale del potere di organizzare il lavoro dei propri dipendenti.

È bene, dunque, precisare che il lavoro agile di cui si parla è un «lavoro agile dell'emergenza»¹, eccezionale, diverso da quello ordinario disciplinato dalla l. n. 81/2017 e dal quale deve essere distinto, pena il rischio di snaturare l'istituto originale.

Questa considerazione costituisce, come si vedrà, il filo conduttore delle riflessioni che seguono, dedicate al lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati e a quello svolto nella pubblica amministrazione.

2. Il lavoro agile nel settore privato dopo i provvedimenti in materia di Covid-19. La differenza con il telelavoro

Fin dai primi provvedimenti emanati in relazione all'emergenza dovuta alla diffusione del Covid-19, il lavoro agile è stato individuato come uno degli strumenti idonei a prevenire il contagio nei luoghi di lavoro e a mantenere in essere i rapporti di lavoro. Il lavoro agile, insomma, muta la sua finalità principale, consacrata nell'art. 18 della l. n. 81/2017: da strumento volto ad agevolare la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita e a migliorare la competitività, il lavoro agile diventa principalmente uno strumento di protezione della salute, sia individuale che collettiva².

¹ Zoppoli, Monda 2020.

² Pascucci 2020, 81.

Nell'ottica delle parti sociali, poi, il lavoro agile ha anche la funzione di consentire il proseguimento dell'attività lavorativa senza perdita della retribuzione, come risulta dal Protocollo sottoscritto in data 14 marzo 2020, che incentiva l'utilizzo della modalità in parola in via prioritaria, per tutte le attività che possono essere svolte presso il domicilio del lavoratore o a distanza³.

Questo mutamento deve essere certamente tenuto in considerazione nella riflessione circa la disciplina dell'istituto durante il periodo di emergenza, ma rischia di riflettersi, come si vedrà, anche sull'assetto «ordinario» del lavoro agile.

Una prima conseguenza di detto mutamento è senz'altro da intravedere nel fatto che le norme emanate in rapida successione dalla fine di febbraio in avanti consentono il ricorso al lavoro agile anche in assenza dell'accordo richiesto dall'art. 18, l. n. 81/2017 (sul punto si tornerà più avanti) e con modalità tali da incidere sulla stessa configurazione dell'istituto.

La prima (laconica) previsione in materia è contenuta nell'art. 1, c. 2, lett. *n*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. in l. n. 13/2020 e successivamente abrogato dal d.l. n. 19/2020) che nella fase iniziale di gestione dell'emergenza prevedeva la possibilità per le autorità competenti, nelle aree colpite dal contagio, di sospendere le attività lavorative «ad esclusione di quelle che possono essere svolte in modalità domiciliare».

Come si ricava dalla previsione in esame, dunque, l'unica mo-

³ *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro*, adottato il 14 marzo 2020 e integrato il 24 aprile 2020 (sulle novità inserite nel Protocollo si v. Benincasa 2020). Il Protocollo, sottoscritto dalle principali organizzazioni sindacali e datoriali su invito del Governo, insieme ai Protocolli sottoscritti per i cantieri e per il trasporto e la logistica, è attualmente reso obbligatorio dal recentissimo d.P.c.m. 26 aprile 2020 (art. 2, c. 6) per tutte le imprese le cui attività non siano state sospese.

dalità di lavoro agile consentita nel periodo di gestione dell'emergenza è quella che prevede, per ragioni del tutto evidenti, la permanenza del lavoratore presso il proprio domicilio, con esclusione dunque di tutte le modalità diverse, pur ammesse dalla disciplina «ordinaria», come l'utilizzo di spazi di *co-working* o di altri luoghi (anche non dedicati esclusivamente all'attività lavorative). È vero che il d.P.c.m. 11 marzo 2022 prevede che il lavoro agile sia attivato per le attività che possono essere effettuate «al proprio domicilio o in modalità a distanza», ma è chiaro che il riferimento è ai luoghi in cui è consentita la permanenza del lavoratore durante il periodo di emergenza, con esclusione dei luoghi aperti al pubblico⁴.

La prima osservazione riguarda la nozione di lavoro agile e la differenza con il telelavoro. Com'è noto, l'introduzione del lavoro agile con la l. n. 81/2017 aveva sollevato un acceso dibattito circa i criteri di differenziazione della nuova tipologia rispetto al telelavoro, criteri che la dottrina aveva individuato essenzialmente nella regolarità o meno dello svolgimento dell'attività lavorativa a distanza. Il lavoro agile, infatti, secondo la definizione di cui all'art. 18, c. 1, l. n. 81/2017, si svolge «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», mentre il telelavoro si svolge regolarmente all'esterno dell'organizzazione produttiva. Le prime sperimentazioni avviate in Italia, anche prima del riconoscimento legislativo della tipologia contrattuale in esame⁵, dimostrano come il lavoro svolto all'esterno fosse limitato generalmente a una o due giornate a settimana⁶.

⁴ Sul punto si v. Bini 2020, 68 ss.

⁵ Si vv. le previsioni contrattuali collettive raccolte in Dagnino, Menegotto, Pelusi, Tiraboschi 2017, spec. 109 ss.

⁶ Per le sperimentazioni di lavoro agile dopo la l. n. 81/2017 si vv. i dati diffusi dall'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano nel report: *Smart working davvero: la flessibilità non basta*, 10 e 53 ss., reperibile sul sito dell'osservatorio, all'indirizzo https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working.

Le previsioni emanate in rapida successione dall'inizio del periodo dell'emergenza Covid-19 a oggi individuano invece il lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento dell'attività, in funzione della prevenzione della diffusione del contagio. Una simile modifica alla funzione dell'istituto *de quo* comporta una pressoché totale assimilazione con il telelavoro, il che dovrebbe bastare per porre la questione, la cui soluzione non è affatto scontata, dell'applicabilità delle norme, legali e contrattuali, in materia di telelavoro. Nel nostro ordinamento, com'è noto, il telelavoro è regolato dalla legge per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, mentre per il lavoro presso datori di lavoro privati l'unica disciplina generale è di natura contrattuale collettiva ed è contenuta nell'accordo interconfederale del 2004⁷, mentre la legge si occupa del telelavoro limitatamente agli obblighi legati alla sicurezza sul lavoro (art. 3, c. 10, d.lgs. n. 81/2008). Possibili interferenze riguardano, ad esempio, la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e l'obbligo di fornire gli strumenti di lavoro, profili rispetto ai quali la normativa emergenziale consente ampie deroghe.

Un altro aspetto non secondario del mutamento della funzione del lavoro agile è il passaggio, già accennato, da strumento di conciliazione a tecnica di tutela della salute, individuale e collettiva, nei luoghi di lavoro. Le disposizioni emanate nel periodo dell'emergenza coronavirus, infatti, ne accentuano la finalità di protezione della salute, con evidenti ricadute in termini regolativi, prima tra tutte la possibilità di imporre unilateralmente al lavoratore la suddetta modalità di lavoro, come se si trattasse di un dispositivo di protezione individuale (e collettivo) atipico.

2.1. Il lavoro agile «unilaterale»

Il d.P.c.m 4 marzo 2020, attuativo delle previsioni contenute

⁷ Il riferimento è all'accordo interconfederale 9 giugno 2004, di recepimento dell'Accordo-quadro europeo in materia di telelavoro.

nel già ricordato d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevede che il lavoro agile possa essere attivato nelle aree considerate a rischio epidemiologico⁸, nel rispetto delle disposizioni di cui alla l. n. 81/2017, dai datori di lavoro a tutti i rapporti di lavoro subordinato anche in assenza dell'accordo individuale richiesto dalla legge, perciò con disposizione unilaterale del datore di lavoro. Il d.l. n. 6/2020 è stato poi abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19, che all'art. 1, c. 1, lett. ff) consente la «predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente» su tutto il territorio nazionale. La norma, dunque, sembra consentire una deroga alle norme in materia di lavoro agile ben più ampia di quella di cui al d.l. n. 6/2020; il d.P.c.m. 10 aprile 2020 e il recentissimo d.P.c.m. 26 aprile 2020, tuttavia, riprendono esattamente la dizione di quello del 4 marzo, sicché si deve ritenere che la modalità di lavoro a distanza possa essere attivata unilateralmente dal datore di lavoro, ma nel rispetto delle disposizioni della l. n. 81/2017. Come si può capire, il profluvio di testi di legge e di decreti attuativi emanati in questo periodo rende complicata la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, anche per l'intrecciarsi di fonti diverse, non sempre ben coordinate tra loro nel rispetto della gerarchia delle fonti.

Quel che pare certo, in ogni caso, è che il datore di lavoro può attivare unilateralmente il lavoro agile per tutte le attività per le quali è possibile lo svolgimento a distanza e, in funzione dell'esigenza di contenimento del contagio, disporre che l'attività si

⁸ Il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, prevedeva l'applicazione delle misure di contenimento e delle disposizioni in materia di sospensione delle attività lavorative «nei comuni e nelle aree nei quali risulta positiva almeno una persona per la quale non si conosce la fonte di trasmissione o comunque nei quali vi è un caso non riconducibile ad una persona proveniente da un'area già interessata dal contagio» da Covid-19.

svolga integralmente al domicilio del lavoratore, escludendo pertanto l'alternanza tra periodi svolti all'interno e all'esterno dell'azienda, richiesta invece (inderogabilmente, si deve ritenere) dall'art. 18, l. n. 81/2017⁹. Il mutamento della funzione del lavoro agile, infatti, incide sulla volontarietà dello stesso, diventando pertanto obbligatorio per il lavoratore (ovviamente in presenza di tutte le altre condizioni, ivi compresa la messa a disposizione degli strumenti informatici da parte del datore di lavoro).

La questione che si può porre, a questo proposito, è se la scelta del datore di lavoro sia del tutto discrezionale; in altre parole, in una situazione in cui l'attività lavorativa possa essere svolta a distanza, il datore di lavoro potrebbe decidere invece di richiedere al lavoratore la prosecuzione dell'attività secondo le modalità ordinarie, una volta attivate in azienda le misure di sicurezza richieste dalla legge?

La risposta positiva sembra doversi ricavare dal confronto delle norme appena citate con la previsione contenuta nell'art. 39 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito in legge con modifiche il 24 aprile 2020¹⁰, che riconosce ai lavoratori disabili e ai familiari di soggetti nelle condizioni di cui all'articolo 3, c. 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il diritto a svolgere, fino alla cessazione del periodo di emergenza, «la prestazione di lavoro in modalità agile» purché «tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione». Il fatto poi che ai dipendenti di datori di lavoro privati affetti da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa sia semplicemente «riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle

⁹ In senso contrario Senatori 2020, 174 ss., che individua in capo a datore di lavoro e lavoratore «il dovere di concordare, laddove ciò sia tecnicamente possibile, una modalità di svolgimento della prestazione alternativa alla presenza nel luogo di lavoro».

¹⁰ Al momento in cui si scrive la legge di conversione non risulta ancora pubblicata nella G.U.

istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile»¹¹, secondo quanto prevede la medesima norma, pare confermare questa ricostruzione¹².

Anche le previsioni dei d.P.c.m. emanati in questo periodo e lo stesso Protocollo sottoscritto dalle parti sociali non paiono andare oltre l'esortazione a utilizzare il lavoro agile nella misura massima possibile per le attività che possono essere svolte presso il domicilio del lavoratore o, comunque, a distanza.

È da ritenersi pure rientrando nella discrezionalità del datore di lavoro la scelta tra la prosecuzione dell'attività lavorativa e la sospensione della stessa, con accesso alla Cassa integrazione guadagni¹³, con riguardo naturalmente alle attività e ai servizi non sospesi obbligatoriamente in forza dei provvedimenti emanati in questo periodo¹⁴. Qualche dubbio, invece, può sorgere nel diverso caso dell'utilizzo delle ferie, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro prosegua l'attività e possa ricorrere al lavoro agile, specie quando si tratti soggetti nelle condizioni di cui all'art. 39 sopra riportato. Una recente ordinanza del tribunale di Grosseto, a tal proposito,

¹¹ La legge di conversione (stando a quanto è possibile al momento ricavare dai lavori parlamentari) aggiunge all'articolo citato il c. 2-*bis*, che estende ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse le disposizioni di cui ai commi 1 e 2, che tuttavia riconoscono il primo il diritto allo svolgimento del lavoro agile, il secondo la semplice priorità nell'accoglimento dell'istanza di svolgimento del lavoro nella modalità a distanza. Si tratta, com'è evidente, di due posizioni giuridicamente nettamente diverse.

¹² Tra l'altro, la prima disposizione attuativa del d.l. n. 6/2020, il d.P.c.m. 23 febbraio 2020, prontamente abrogato da quello del 25 febbraio, aveva previsto l'applicazione *automatica* della modalità di lavoro agile, anche in assenza dell'accordo individuale, a tutti i rapporti di lavoro nelle aree considerate a rischio, il che (a tacere dei problemi giuridici che una simile previsione avrebbe sollevato) conforta ulteriormente la tesi sostenuta nel testo.

¹³ Scarpelli, Sordi, Marazza 2020, 52.

¹⁴ Marrucci 2020, 193. Si rinvia anche a Faioli in *q. vol.*

sottolinea che il godimento delle ferie deve ritenersi «una misura comunque subordinata – o quantomeno equiparata, non certo primaria – laddove vi siano le concrete possibilità di ricorrere al lavoro agile»¹⁵.

Se è così, occorre chiedersi se il datore di lavoro che ritenga di non ricorrere al lavoro agile per un'attività che potrebbe essere svolta a distanza possa essere ritenuto responsabile per la malattia eventualmente contratta dal lavoratore sul luogo di lavoro. La ricostruzione appena svolta, secondo la quale il lavoro agile costituisce un dispositivo di sicurezza, alla luce dei provvedimenti emanati in materia, dovrebbe far concludere in questo senso, ferme restando le (non irrilevanti) difficoltà di prova in capo al lavoratore del nesso eziologico tra insorgenza della malattia e mancata adozione della modalità di lavoro a distanza.

L'incentivo all'utilizzo del lavoro agile come strumento di prevenzione del contagio da Covid-19 e il suo conseguente affidamento all'iniziativa unilaterale e discrezionale del datore di lavoro pongono la questione se dette modalità possano essere attivate anche in una situazione di ordinaria gestione dell'attività produttiva, ogni volta che si presentino problemi analoghi, seppur non della stessa gravità. In questa prospettiva, una volta usciti dal periodo emergenziale, il lavoro agile continuerebbe a mantenere la sua funzione di prevenzione, sicché il datore di lavoro potrebbe attivarlo, unilateralmente, nelle ipotesi in cui la presenza del lavoratore nel luogo di lavoro sia idonea a creare rischi per la salute e la sicurezza degli altri dipendenti. Una simile soluzione, tuttavia, pare scontrarsi inevitabilmente con la disciplina generale del lavoro agile, che non include tra le finalità dell'istituto in esame obiettivi di prevenzione e che affida la determinazione delle modalità e delle condizioni di svolgimento del lavoro all'accordo individuale. Al di là

¹⁵ T. Grosseto 23.4.2020 (ord.).

delle difficoltà legate all'accertamento della «pericolosità» del lavoratore, che si scontra inevitabilmente con la tutela della riservatezza dello stesso (si pensi, ad esempio, al rischio di contagio da Hiv), non si possono tacere neppure le conseguenze che una simile impostazione avrebbe sul concetto di rischio professionale, come giustamente sottolineato in dottrina¹⁶.

2.2. Le condizioni di lavoro

La regolamentazione emergenziale del lavoro agile non contiene alcuna previsione in ordine alla definizione delle condizioni di lavoro, che l'art. 18 della l. n. 81/2017 affida all'accordo individuale, sempre sul presupposto che l'attività da svolgersi a distanza sia solo una parte dell'impegno complessivo del lavoratore, per il resto destinato a trovare attuazione all'interno dell'azienda.

Il fatto che la prestazione lavorativa si svolga integralmente (o prevalentemente) al domicilio del lavoratore pone anzitutto la questione dell'applicazione della disciplina dell'orario di lavoro e, dunque, delle modalità di verifica del rispetto di detto orario da parte del datore di lavoro. Il rinvio operato dal d.P.c.m. del 10 aprile 2020 alla disciplina generale non risolve il problema, dal momento che l'art. 18 della l. n. 81/2017 prevede che l'attività lavorativa a distanza possa svolgersi «senza precisi vincoli di orario», sia pure nel rispetto dei «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale».

Una soluzione adeguata al rispetto delle esigenze del lavoratore sembra, in questo frangente, quella dell'individuazione flessibile dell'orario di lavoro, in funzione anche della maggiore necessità di conciliazione (che resta pur sempre nel dna dell'istituto¹⁷) indotta

¹⁶ Si rinvia, per questi aspetti, alle osservazioni di Pascucci 2020, 74 ss.

¹⁷ Si vv. sul punto le osservazioni di Leone 2020.

dai provvedimenti assunti dal Governo per il contenimento del contagio, primo tra tutti quello relativo alla chiusura delle scuole di ogni ordine e grado e che rende estremamente complesso distinguere tra tempo di lavoro e di non lavoro¹⁸. Ancora più opportuno potrebbe essere individuare, ove possibile, degli obiettivi (come l'art. 18 consente di fare), lasciando al lavoratore la determinazione dell'articolazione dell'orario di lavoro in ragione delle proprie personali esigenze.

Quanto alle modalità di controllo sullo svolgimento della prestazione resa a distanza, l'art. 21 della l. n. 81/2017 ne affida la determinazione all'accordo individuale, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 4 St. lav., dalla normativa in materia di *privacy* e dalla disciplina eventualmente prevista dai contratti collettivi (nazionali e aziendali) in materia. Nell'attuale situazione di emergenza, sembra da escludere che dette modalità possano essere fissate unilateralmente dal datore di lavoro, che invece dovrà garantire al lavoratore i diritti previsti dalla legge (primo tra tutti il diritto alla disconnessione).

Qualche ulteriore problema può porsi in relazione alla dotazione delle apparecchiature informatiche necessarie per lo svolgimento dell'attività a distanza e del relativo *software*, nonché per i correlati problemi legati alla tutela della salute e sicurezza. Se è vero che l'art. 18 della l. n. 81/2017 non esclude la possibilità che il lavoratore utilizzi attrezzature di sua proprietà¹⁹, è anche vero che detta possibilità deve essere considerata del tutto eccezionale, come si ricava anche dalla regolamentazione del lavoro agile per la p.a. adottata in questo periodo. L'utilizzo di dispositivi di proprietà del lavoratore, fra l'altro, pone ulteriori problemi di rispetto della *privacy* (si pensi anche solo al problema dei controlli sull'at-

¹⁸ Burchi 2020.

¹⁹ Così Cairoli 2020, 90.

tività lavorativa, che necessariamente passano attraverso il controllo degli strumenti utilizzati dal lavoratore).

Per ciò che concerne le questioni legate alla sicurezza sul lavoro, occorre segnalare che certamente valgono anche per il lavoro agile in periodo di emergenza le previsioni circa gli obblighi di informazione in materia di sicurezza previsti dalla legge n. 81/2017, sia pure nelle modalità semplificate previste dai decreti emanati in questo periodo²⁰. Non c'è neppure dubbio che si applichino anche le disposizioni generali in materia di sicurezza previste dal d.lgs. n. 81/2008, con gli adattamenti resi necessari dallo svolgimento dell'attività presso il domicilio del lavoratore, sul quale, come prevede l'art. 22 della legge n. 81/2017, incombe l'obbligo di cooperare all'attuazione delle «misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali». È bene precisare, tuttavia, che di obbligo di cooperazione si tratta, e non dello spostamento dell'obbligo di sicurezza in capo al lavoratore in ragione dell'impossibilità, durante il periodo di emergenza, di verificare l'idoneità dei locali e delle attrezzature utilizzate dal lavoratore stesso per lo svolgimento della prestazione.

Infine, lo svolgimento dell'attività a distanza può richiedere un periodo più o meno breve di formazione del lavoratore, specie nel caso in cui sia necessario utilizzare *hardware* o *software* diversi da quelli che il dipendente ha a disposizione in azienda (si pensi, per fare un esempio, al software necessario per verificare la presenza del lavoratore). È da ritenersi che in questo caso, come in tutte le ipotesi in cui c'è una modifica delle mansioni assegnate al lavoratore, l'obbligo di formazione ricada sul datore di lavoro e lo svolgimento di essa debba computarsi nell'orario di lavoro.

²⁰ Si v., da ultimo, il d.P.c.m. 26 aprile 2020, art. 1, c. 1, lett. gg, che riprende per il lavoro privato le previsioni già contenute nei decreti precedenti.

3. Il lavoro agile alle dipendenze della P.A. Il quadro (in breve) dei riferimenti normativi

Con i d.P.c.m. del 23 febbraio 2020 e 25 febbraio 2020 e poi con il d.P.c.m. 1° marzo 2020 il Governo, nel disporre la chiusura delle prime regioni interessate in modo importante dall'epidemia, invita i datori di lavoro a far ricorso al lavoro agile per ridurre spostamenti e contatti personali. Non si fa alcun esplicito riferimento alla pubblica amministrazione, ma la Direttiva della Funzione pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 al punto 3, ultimo periodo, formula un invito alle pubbliche amministrazioni a potenziare il ricorso al lavoro agile individuando modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria, di inquadramento e di tipologia di lavoro.

A distanza di pochi giorni, fra le disposizioni del d.l. 2 marzo 2020 n. 9, all'art. 18, c. 5, troviamo una previsione che trasforma il lavoro agile nella pubblica amministrazione da modalità sperimentale a modalità ordinaria di prestazione del lavoro, cancellando dall'art. 14, c. 1, l. n. 124/2015 le parole «per la sperimentazione». Per agevolare il ricorso all'istituto, inoltre, il medesimo articolo prevede la semplificazione delle procedure di acquisto della strumentazione informatica²¹.

Caduta la natura sperimentale dell'istituto, con d.P.c.m. 9 marzo 2020 si stabilisce che per il tempo dell'emergenza la modalità agile è la modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle «attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza» e di quelle «indifferibili da rendere in presenza». Le Pubbliche Amministrazioni sono chiamate ad assicurare lo svolgimento delle prestazioni lavorative del proprio personale in via ordinaria in forma agile, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della l. 22 maggio 2017, n. 81.

²¹ In tema Turrin 2020, 149.

Si dà per presupposto che non tutto, e/o non tutto quanto, il lavoro possa essere svolto in modalità agile, per cui rimane valida la raccomandazione contenuta nell'art. 1, c. 1, lett. e), d.P.c.m. 8 marzo 2020 rivolta (anche) ai datori di lavoro pubblici «di promuovere, durante il periodo di efficacia del (...) decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie (...)».

La Funzione pubblica interviene a pochi giorni di distanza, con Direttiva n. 2/2020 del 12 marzo 2020, a precisare le modalità di ricorso al lavoro agile, pronunciandosi tuttavia in modo contraddittorio e impreciso in merito alle attività da svolgere in modalità agile, lasciando il dubbio se le amministrazioni debbano continuare ad erogare tutte le attività o solo quelle strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e le attività indifferibili.

All'anomalia di un d.P.c.m. che autorizza la deroga alla legge pone rimedio il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che all'art. 87 stabilisce che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, c. 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, conseguentemente: a) limitano la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81»²². Aggiunge, poi, che – ferme re-

²² Con riguardo alle condizioni di lavoro, ed in particolare alle questioni legate alla sicurezza, v. *retro* par. 2.2.

stando le previsioni che agevolano l'acquisto da parte delle pubbliche amministrazioni della strumentazione utile allo svolgimento del lavoro agile (da ultimo v. art. 87 *bis* aggiunto al d.l. n. 18/2020 in sede di conversione con legge il 24 aprile 2020) – la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente, nel qual caso l'articolo 18, c. 2, della l. n. 81/2017 non trova applicazione. Infine, ribadisce che quando non sia possibile ricorrere al lavoro agile, le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva, per disporre solo in ultima istanza l'esenzione dal servizio del personale.

L'art. 87 è richiamato per intero, da ultimo, nel d.P.c.m. 10 aprile 2020, dove si ribadisce la raccomandazione alle amministrazioni di favorire l'utilizzo delle ferie.

Infine, nei due Protocolli siglati da Governo e parti sociali il 3 e l'8 aprile 2020 si segnala la raccomandazione rivolta alle amministrazioni di combinare virtuosamente i diversi istituti messi a disposizione per fronteggiare l'emergenza: lavoro agile, ferie, permessi, congedi straordinari, cui si aggiunge la formazione da erogare da remoto ai lavoratori.

Dal complesso delle disposizioni si ricava che le Pubbliche Amministrazioni sono tenute: a compiere l'ordinaria attività; a disporre in modo unilaterale, che tutto il personale lavori con modalità agile, assicurando la presenza in sede del solo personale – se possibile assegnato sulla base di un criterio di rotazione – necessario ad assolvere predeterminate attività essenziali ed indifferibili²³; a promuovere la fruizione di ferie pregresse, congedi straordinari, permessi, banca delle ore, formazione; a esentare dal servizio lavoratori che abbiano fruito dei suddetti istituti e non possano svolgere la prestazione in modalità agile.

²³ Cfr. Zoppoli, Monda 2020.

3.1. Una nuova sfida per la dirigenza pubblica

L'avvio del lavoro agile rappresenta, anche a regime, una sfida per la dirigenza sia in termini «manageriali» che «datoriali»²⁴.

Dal punto di vista dell'organizzazione, i vertici delle amministrazioni sono chiamati a innescare un cambiamento basato su un sistema organizzativo più moderno, ispirato a una logica di programmazione e di verifica, e perciò imperniato sulla definizione di processi e indicatori da ricondurre a un piano integrato della gestione, che realizzi l'indirizzo politico, e all'interno del quale determinare obiettivi (organizzativi e individuali) e criteri per la valutazione dei risultati (organizzativi e individuali). Questo sistema presuppone la definizione di chiari obiettivi individuali e la fissazione di criteri di verifica dei risultati ed esige un approccio, opposto a quello auto-referenziale dell'urgenza, basato sulla programmazione.

Dal punto di vista della funzione datoriale, il lavoro agile per un verso presuppone che s'instauri un modello di relazioni con il personale improntato alla responsabilità, alla collaborazione e alla fiducia, per altro verso richiede un adattamento dei poteri datoriali, a cominciare dal potere direttivo, che non può esaurirsi nella mera definizione delle mansioni da svolgere, ma deve esprimersi nella formulazione di un piano di lavoro, nell'organizzazione dell'attività da remoto e nell'assegnazione di obiettivi da raggiungere²⁵. La verifica dell'adempimento della prestazione, così, avrà ad oggetto il conseguimento da parte del lavoratore di puntuali e prefissati risultati, alle scadenze indicate, unitamente all'adempimento non solo degli obblighi generali, ma anche di quelli particolari che sorgono in capo al lavoratore agile, quali il rispetto delle eventuali fasce di reperibilità, l'adempimento dell'obbligo di riservatezza, la

²⁴ Sul ruolo della dirigenza si v. Pinto in *q. vol.*

²⁵ Su come l'emergenza stia incidendo sul potere organizzativo del datore di lavoro pubblico si veda il contributo di Pinto in *q. vol.*

custodia degli strumenti utilizzati, il rispetto del divieto di cumulo d'impieghi.

I dati raccolti dall'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano mostrano un avvio lento della sperimentazione del lavoro agile. A luglio 2019 solo il 28% delle amministrazioni aveva superato la prima sperimentazione ed era entrato in una fase di sviluppo dei progetti di lavoro agile, il 31% aveva sperimentazioni in corso, il 41% aveva appena avviato alcune sperimentazioni²⁶.

L'emergenza sanitaria ha imposto un brusco cambio di passo: il lavoro agile, da misura straordinaria e sperimentale qual era, è divenuto misura ordinaria a regime, e la dirigenza si è trovata d'un tratto a dover estendere la misura a tutto il personale.

La scarsa esperienza di molte amministrazioni e la necessità di una reazione immediata hanno comportato lo stravolgimento del paradigma testé ricordato, tanto che l'operazione compiuta in questo frangente da molte amministrazioni si è risolta in un virtuale «trasferimento delle scrivanie» al domicilio dei lavoratori, ai quali è stato richiesto – per quanto possibile – di svolgere da remoto le attività ordinariamente svolte in presenza²⁷.

La forma di lavoro agile che si è andata così configurando, libera dai vincoli di legge e non sorretta dal lavoro preparatorio appena ricordato, funzionale alla determinazione di obiettivi e progetti di lavoro misurabili e valutabili, fa storia a sé e si presenta come un'ibridazione.

Non sono tuttavia da sottovalutare le possibili ricadute di sistema di questa esperienza.

3.2. Una nuova misura organizzativa?

Il lavoro agile ha visto *in primis* mutate la sua natura e la sua ra-

²⁶ V. in tema Russo 2020, 55.

²⁷ Bini 2020, 72, anche con riferimento al settore privato parla di «telelavoro a domicilio»; cfr. anche Leone 2020.

tio: da modalità di lavoro straordinaria, funzionale a consentire una migliore conciliazione fra vita personale e vita professionale e a incrementare la competitività esso è divenuto modalità di lavoro ordinaria, funzionale a garantire la continuità dell'azione amministrativa e la salvaguardia della salute pubblica e individuale, riducendo al minimo spostamenti e occasioni di prossimità e aggregazione.

Per sottolineare il cambio di passo rispetto a questo istituto, e al contempo per garantire maggiore solidità alle misure organizzative adottate, è stato superato il carattere sperimentale del lavoro agile ricavabile dall'art. 14, c. 1, l. n. 124/2015, disposizione che è stata modificata dall'art. 18, c. 5, d.l. n. 9/2020, che vi ha soppresso le parole «in via sperimentale».

Il lavoro agile entra, così, a far parte a tutti gli effetti, anche nella pubblica amministrazione, delle modalità di svolgimento (ordinario) della prestazione.

Tuttavia, non è irrilevante la circostanza che questo passaggio sia avvenuto in un momento di emergenza, quando all'istituto si è fatto ricorso per soddisfare finalità diverse da quelle ordinarie dettate dalla l. n. 124/2015 e dalla l. n. 81/2017 e in deroga alle regole generali, prima fra tutte quella che prescrive l'accordo con il lavoratore (ma v. *retro* § 2.1).

La modalità di lavoro agile, infatti, sembra assurgere a misura organizzativa, alla quale le Amministrazioni potrebbero ricorrere in futuro con più disinvoltura per rispondere a esigenze di carattere gestionale (carenza di spazi, risparmio di spese legate alla permanenza in sede del personale), previo accordo con il lavoratore è vero, ma senza alcun filtro sindacale (ma v. *infra* par. 5). In quest'ottica, non sorprenderebbe vedere entrare fra i criteri di selezione per l'accesso alla pubblica amministrazione anche la disponibilità e la capacità a svolgere la prestazione di lavoro anche in modalità agile.

3.3. Una grande sperimentazione

Se consideriamo il lento avvio dell'istituto nel contesto della pubblica amministrazione, possiamo considerare la fase attuale come una grande sperimentazione, su scala nazionale e trasversale a tutti i comparti, utile sia per le amministrazioni che per i lavoratori.

Le amministrazioni hanno la possibilità di effettuare, sul campo, la mappatura delle attività lavorabili in modalità agile. È lo stesso d.l. n. 18/2020 a prefigurare l'eventualità che ci siano attività che non possano essere svolte a distanza: per un verso, infatti, si incaricano le Amministrazioni di individuare le attività essenziali e indifferibili da svolgere in presenza (in condizioni di massima sicurezza e quando possibile con criterio di rotazione, *ex art. 87, c. 2*); per altro verso, si invitano le amministrazioni ad utilizzare, nel rispetto della contrattazione collettiva, altri istituti quali ferie pregresse, congedi ordinari e straordinari, banca delle ore, rotazione quando non sia possibile in tutto o in parte assegnare lavoro da svolgere in modalità agile, e per altro ancora si prevede che, una volta esperite tali possibilità, le amministrazioni possano motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio (*art. 87, c. 3*).

Alla fine di questo periodo emergenziale, pertanto, le amministrazioni più avvedute avranno individuato le attività che, a regime ordinario, possono essere utilmente ed efficacemente svolte a distanza.

Avranno, altresì, esercitato (o acquisito?) la competenza nel formulare progetti di lavoro finalizzati al raggiungimento di obiettivi ben precisi e misurabili, cui correlare adeguati criteri di valutazione.

Su quest'ultimo fronte, se è verosimile che con riguardo al periodo di emergenza non saranno stravolti i criteri di valutazione, è invece probabile che sia colta l'occasione per ripensare la pesatura delle attività e le relative modalità di valutazione.

Le amministrazioni, infine, saranno in grado di stimare il grado di digitalizzazione e dematerializzazione dei processi amministrativi, nonché di verificare l'investimento necessario per dotarsi a re-

gime della strumentazione utile ad allestire postazioni di lavoro agile che garantiscano la sicurezza dei lavoratori e la riservatezza nello svolgimento dell'attività.

Questa forzata sperimentazione rappresenta una grande occasione anche per i lavoratori e le lavoratrici per valutare da un lato l'utilità del lavoro agile ad attendere a responsabilità familiari e soddisfare esigenze personali, e dall'altro la sostenibilità di questa modalità di lavoro in termini di benessere. È vero che l'attuale condizione di emergenza è peculiare per tutti dal punto di vista emotivo, e per molti anche per l'eccezionale carico di attività di cura da fronteggiare, ma è pur sempre un'opportunità, che molti non avrebbero avuto, di valutare l'impatto sull'equilibrio personale di una modalità di rendere la prestazione che determina inevitabilmente la compenetrazione fra tempi di lavoro e tempi di vita.

È auspicabile che i Comitati Unici di Garanzia, che presumibilmente hanno visto compreso il proprio ruolo di proposta, verifica e controllo per l'urgenza con le quale le decisioni organizzative sono state assunte (peraltro in un quadro di ampia deregolamentazione) monitorino gli esiti di questa grande sperimentazione per rilevare possibili criticità e offrire alle rispettive Amministrative indicazioni utili alla messa a regime dell'istituto.

3.4. La perdurante (pericolosa) esclusione del sindacato dalla regolazione del lavoro agile

Un atteggiamento vigile e proattivo dei Cug, quali organismi paritetici, è tanto più necessario se si considera la perdurante esclusione del sindacato dalla regolazione di questo istituto.

Anche in questa fase di emergenza, infatti, nell'allestimento del piano complessivo di lavoro agile non è stato previsto alcun coinvolgimento delle oo.ss, il cui contributo è stato raccolto solo in via eventuale e informale.

Si conferma, così, la tendenza alla disintermediazione già riscontrata nella regolazione generale dell'istituto, che affida interamente all'autonomia individuale la determinazione del contenuto dell'accordo di lavoro agile e prevede che le oo.ss abbiano diritto unicamente a ricevere in informativa il documento programmatico sul lavoro agile che le Amministrazioni devono compilare prima di avviare la sperimentazione (Direttiva P.c.m. n. 3/2017, p. 12). Si ricorda, inoltre, che i quattro Ccnl per il triennio 2016-2018 siglati lo scorso anno non contengono previsioni in materia di lavoro agile.

Riferimenti bibliografici

- Benincasa G. (2020), *Fase 2 e gestione del rischio da Coronavirus nei luoghi di lavoro: le integrazioni previste dal Protocollo condiviso del 24 aprile 2020*, in *Bollettino Adapt*, 27 aprile 2020, n. 17.
- Bini S. (2020), *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GC.com*, spec. n. 1, 67 ss.
- Burchi S. (2020), *Smart working d'emergenza*, in *QG*, www.questionegiustizia.it, 22 marzo 2020.
- Cairolì S. (2020), *L'incentivo al lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al Covid-19: prime osservazioni*, *GC.com*, spec. n. 1, 87 ss.
- Dagnino E., Menegotto M., Pelusi I. M., Tiraboschi M. (2017), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press.
- Leone M. (2020), *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *QG*, www.questionegiustizia.it, 21 marzo 2020.
- Marrucci M. (2020), *Covid-19 e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in *GC.com*, spec. n. 1, 191 ss.
- Pascucci P. (2020), *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in *GC.com*, spec. n. 1, 73 ss.
- Russo M. (2020), *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *GC.com*, spec. n. 1, p. 55 ss.

- Scarpelli F., Sordi P., Marazza M. (2020), *I giuslavoristi di fronte all'Emergenza Covid-19*, in *GC.com*, spec. n. 1, 51 ss.
- Senatori I. (2020), *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *GC.com*, spec. n. 1, 169 ss.
- Turrin M. (2020), *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *GC.com*, spec. n. 1, 147 ss.
- Zoppoli L., Monda P. (2020), *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, in corso di pubblicazione.