



Newsletter Wikilabour.it

Il grande dizionario dei diritti dei lavoratori annotato con la giurisprudenza

Emergenza COVID-19 e lavoro agile

di Alberto Guariso

1.

Le più rilevanti disposizioni in materia di lavoro agile si trovano non tanto nel DL 17.3.2020 n.18, quanto nei vari DPCM che hanno via via esteso l'area di sicurezza fino al decreto 8.3.2020 (ove la disciplina del lavoro agile si trova al punto r dell'art. 2) e poi fino al DPCM 11.3.2020 che l'ha estesa all'intero territorio nazionale. Che disposizioni derogatorie di una precedente norma di legge (gli artt. 18 – 24 L. 81/2017) si trovino in una fonte secondaria (un DPCM) può sembrare anomalo, ma in realtà non pone particolari problemi di coordinamento: la Presidenza del Consiglio ha infatti agito in forza della delega contenuta nell'art. 3, DL 23.2.20 n. 6 (conv. in L. 5.3.2020 n. 13) a norma della quale le misure di emergenza di cui agli artt. 1 e 2 dello stesso DL (ivi compresi, quindi, i provvedimenti *“in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile”*) possono essere adottate mediante DPCM che dunque operano in forza di delega legislativa potendo così apportare modifiche alla previgente norma di legge.

Apparentemente, i punti sui quali la nuova disciplina interviene sono modesti e sono soltanto tre:

- a. **possibilità di stipulare la clausola di lavoro in modalità agile per *“ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati..”* dagli artt. 18 – 23 L. 81/17;**
- b. **abolizione della necessità dell'accordo individuale**
- c. **riduzione degli obblighi di informazione, da parte del datore di lavoro, in tema di salute e sicurezza.**

La prima novità non ha un vero rilievo pratico: già in precedenza l'art. 18 L. 81/17 non poneva limiti relativi alla tipologia di rapporto (se non la limitazione ai soli rapporti di lavoro subordinato, che rimane) ma indicava semmai due finalità alle quali doveva rispondere la stipula della clausola: facilitare la conciliazione vita/lavoro; incrementare la competitività. Ovviamente il *“nuovo”* lavoro agile risponde alla diversa finalità di contrastare la diffusione del COVID-19 e dunque dovrà essere valutato solo in relazione a questa specifica finalità.

Le altre due modifiche invece incidono in modo rilevante sulla struttura dell'istituto.

E infatti, secondo la disciplina di cui alla L. 81/17, il fulcro dell'istituto risiede proprio nell'accordo individuale, da stipulare in forma scritta ai fini della regolarità amministrativa e della prova: qui vengono infatti individuate le modalità di esercizio del potere direttivo e di controllo, le condotte che possono costituire illecito disciplinare, le misure necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore dagli strumenti tecnologici, la durata della modalità di lavoro agile (a termine o a tempo indeterminato), la durata del preavviso in caso di durata a tempo indeterminato della modalità.

Il dato comune a tutte le disposizioni della emergenza è invece quello della facoltà di ricorrere al lavoro agile *"anche in assenza degli accordi individuali"* (così, da ultimo, il citato art. 2, lettera r DPCM 8.3.2020).

2.

Che significa esattamente?

Il riferimento alla *"assenza di accordo"* comporta normalmente la sussistenza di un diritto potestativo che fa capo a ciascuna delle due parti del rapporto: ma nel nostro caso la questione va ovviamente vista diversamente a seconda che si faccia riferimento al lavoratore o al datore di lavoro.

Quanto al lavoratore è ben difficile immaginare che questi possa auto-attribuirsi il lavoro agile essendo necessarie misure organizzative che solo il datore di lavoro può adottare.

Può comunque individuarsi un *"diritto del dipendente alla modalità agile"* che, anche se non esercitabile in via di autotutela, può comunque essere fatto valere davanti all'autorità giudiziaria?

Un diritto in tal senso (se pure ancora moderatamente sottoposto alla condizione che *"tale modalità di lavoro sia compatibile con le caratteristiche della prestazione"*) è previsto dall'art. 39 comma 1 DL 18/2020 solo per i lavoratori disabili in condizione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3 L. 104/92 o per coloro che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona disabile in condizione di gravità; e trattasi comunque di un diritto destinato ad esaurirsi al 30.4.2020 (data espressamente indicata dalla norma); ma il diritto potrebbe poi comunque essere fatto valere anche oltre questa data quale forma di *"accomodamento ragionevole"* dovuto ai disabili e a chi li assiste, ai sensi dell'art. 3, comma 3bis, dlgs 216/03.

Per il resto, le nuove normative si limitano a estendere (definitivamente e non per il solo periodo di emergenza) il diritto di precedenza nell'accesso alla modalità di lavoro agile: già l'art. 18, comma 3bis L. 18/17 prevedeva tale diritto in favore delle lavoratrici madri entro il limite di 3 anni dalla fine del congedo, e dei lavoratori con figli disabili in condizioni di gravità. Ora il diritto di precedenza viene esteso ai lavoratori *"affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa"* senza tuttavia spiegare (ma la questione non è nuova nel diritto del lavoro) come i tre diritti di precedenza possano concorrere tra loro.

Dunque al di fuori del caso indicato e salvi i diritti di precedenza non c'è un *"diritto"* a lavorare in modalità agile?

Sarebbe una conclusione affrettata: per il periodo sino al termine dell'emergenza (e dunque fino al 30.6.2020 ai sensi della Deliberazione del CdM 31.1.2020) le ripetute sollecitazioni all'utilizzo del lavoro agile contenute nei vari atti normativi¹ non possono ritenersi prive di valore giuridico e, pur essendo formulate appunto nella

¹ Così il DPCM 11.3.2020, art. 1, punto 10 *"Per tutte le attività non sospese si invita al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile"*

forma dell'invito, indicano sicuramente un diritto/dovere dell'impresa di utilizzare questa forma di lavoro ogni volta che non sussistano ragioni organizzative realmente ostative; diritto/dovere poi rafforzato dal protocollo sindacale 14.3.2020².

Per la pubblica amministrazione (e solo per essa) questo assetto normativo è addirittura formalizzato nell'art. 87, comma 1, DL 18/2020 a norma del quale *"Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica...il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nella PA"*

La norma è riferita alla PA in senso stretto di cui all'art. 1, comma 2 dlgs 165/01 ed esclude pertanto le società a partecipazione pubblica e gli enti pubblici economici.

Per questi soggetti e per il privato manca dunque una norma generale di questo tenore, ma un "diritto al lavoro agile" può comunque evincersi dall'art. 2087 c.c. quando la prestazione lavorativa esponga il lavoratore a rischi di contagio e non siano state approntate forme adeguate di protezione. D'altra parte, ai sensi dell'art. 44 TU salute e sicurezza (D.Lgs. 81/2008) *"Il lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa."* Dunque, se il lavoratore ha diritto di astenersi dalla prestazione, a maggior ragione può pretendere di continuare il lavoro fuori dai locali aziendali quando sussista il pericolo di contagio.

3.

Venendo ora al versante del datore di lavoro, l'indicazione normativa in favore di una *"modalità agile senza accordo individuale"* comporta sicuramente, oltre che il dovere, anche il diritto di "imporre" la modalità agile al dipendente, ogni volta che questa scelta risponda alla finalità di tutela; ma, nel contesto dell'emergenza, è ben difficile immaginare che una simile imposizione non risponda anche agli interessi del dipendente.

Più complesso è immaginare lo svolgimento dello *"smart working senza contratto"* con riferimento a quei contenuti che la legge riservava appunto all'accordo individuale e che sono richiamati dall'art. 19 L. 81/17 e di cui si è detto sopra.

In linea di massima, in assenza di regolamentazione, si dovrà attingere alle norme generali sul rapporto di lavoro subordinato, anche in virtù del generale rinvio di cui all'art.20 L. 81/17 a norma del quale il lavoratore agile *"ha diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ...nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda"*: così, in assenza della disciplina del contratto individuale, ci si dovrà attenere quanto all'orario di lavoro alle sole previsioni di cui all'art. 18 L. cit. (assenza di vincoli di orario; limiti della durata massima previsti per i lavoratori ordinari); mentre le forme di controllo e i poteri disciplinari saranno necessariamente limitati al corretto adempimento della obbligazione complessiva.

² *"Le imprese potranno, avendo a riferimento quanto previsto dai CCNL e favorendo così le intese con le rappresentanze sindacali aziendali....utilizzare lo smart working per tutte quelle attività che possono essere svolte presso il domicilio o a distanza"*

Quanto al luogo di lavoro è noto che la caratteristica principale che differenzia il lavoro agile dal tele lavoro è esattamente quella di una prestazione resa in parte all'interno e in parte all'esterno dell'azienda e, per a parte esterna, senza una postazione fissa.

Quest'ultimo punto viene necessariamente a cadere, posto che l'obbligo del lavoratore di permanere, al pari qualsiasi cittadino, nel proprio domicilio e di evitare l'uscita da casa, impone che il lavoro agile si realizzi (salvo "comprovate esigenze" ex art. 1, c. 1 DPCM 8.3.2020) integralmente e non parzialmente al di fuori dell'azienda; il luogo di lavoro poi sarà necessariamente – come si è detto - l'abitazione del lavoratore, con ciò avvicinando molto il lavoro agile "emergenziale" al telelavoro.

Quanto all'obbligo di protezione e sicurezza a carico del datore di lavoro, resta integralmente fermo, sia quello riferito agli "*strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa*" (art. 18, c. 2, L. 81 cit.), sia quello generale previsto dall'art. 23, c. 2 L. 81 cit.

Benchè sia pacifico che il dovere di tutela della salute e sicurezza che fa capo al datore di lavoro non si esaurisce nell'obbligo di informazione previsto dall'art. 22 L. 81 cit., tuttavia lo sforzo della legislazione emergenziale di incentivare il lavoro agile si è appuntato essenzialmente su questo punto: e infatti, già ai sensi del dpcm 23.2.2020, "*gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 dpcm 23/2/2020 sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile dall'INAIL*". La disposizione è stata ripresa in tutti i dpcm successivi.

L'INAIL ha poi reso disponibile un modulo standard³ che contiene informazioni generali, prive ovviamente di specifico riferimento al concreto rapporto di lavoro.

La consegna del modulo al dipendente assolve gli obblighi di informazione per il solo periodo di emergenza, sicché per il periodo successivo il datore dovrà integrare le informazioni con riferimento allo specifico rapporto, rientrando così – anche per quanto riguarda questo punto – nel regime ordinario.

Resta inoltre fermo, anche per il periodo di emergenza, l'obbligo della comunicazione all'ITL di cui all'art. 23 L. 18/17, fondamentale ai fini di attestare, con comunicazione antecedente l'inizio, che il lavoratore si trova legittimamente fuori dai locali aziendali.

Tuttavia l'art. 23 cit. prevede che oggetto della comunicazione sia proprio l'accordo individuale, che in questo caso può non esserci; anche questa comunicazione avverrà quindi in modalità semplificata, secondo un modulo che il Ministero del lavoro ha reso disponibile⁴.

Un ultimo punto interrogativo che deriva dalla possibile assenza dell'accordo individuale è quello della durata. Certamente la possibilità di stipulare la clausola in modalità semplificata e senza accordo individuale è limitata (ad oggi) al periodo indicato dall'art. 4 DPCM 8.3.2020 (3.4.2020), ma resta da considerare se la modalità agile, ove avviata senza accordo e quindi senza indicazione di un termine, debba considerarsi comunque a termine e si "estingua" con il cessare dello stato di emergenza: sembra logico dare risposta negativa, nel senso che la modalità pattuita senza termine proseguirà anche dopo la fine dell'emergenza (fermo solo l'obbligo, come detto, di integrare le informazioni di cui all'art. 22) con la sola ordinaria facoltà di recesso di cui all'art. 19, comma 2, L. 81/17 e dunque con preavviso minimo di 30 giorni.

³ <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/avvisi-e-scadenze/avviso-coronavirus-informativa.html>

⁴

https://servizi.lavoro.gov.it/ModalitaSemplificataComunicazioneSmartWorking/Content/Guida/GuidaUtente_rev1.0.pdf

4.

Resta da considerare la disciplina riservata alle PPAA dall'art. 87 DL 18/2020, anch'essa limitata al periodo dello stato di emergenza e dunque (ad oggi) al periodo fino al 31.7.2020.

Si è già detto che per tale periodo il lavoro agile costituisce *“modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle PPAA”* : deve aggiungersi la previsione ancora più stringente secondo la quale la presenza negli uffici deve essere limitata alle *“attività... indifferibili, che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza”*.

Anche per la PA è poi previsto che la modalità agile prescinde *“dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 L. 22.5.17 n. 81”* (con formulazione dunque ancora più ampia, perché riferita a qualsiasi obbligo informativo, anche riferito agli uffici pubblici).

E infine è previsto che *“La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione.”* In tali casi però, prosegue la norma, non trova applicazione la previsione (dell'art. 18, comma 2, L. 81 cit.) secondo la quale il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività: una previsione, questa, decisamente anomala se si considera che, secondo una interpretazione letterale, il lavoratore non solo finirebbe per supplire con i propri strumenti alle carenze della PA, ma si vedrebbe addirittura addebitare il malfunzionamento degli stessi se questo dovesse incidere sul risultato della prestazione; il che non pare compatibile con l'art. 2094 c.c. che pure presiede anche al lavoro in modalità agile.

[scarica il testo del
Decreto legge...](#)