

## Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità\*

Maria Dolores Ferrara

1. L'epidemia e il diritto del lavoro.	112
2. I diritti dei lavoratori e delle lavoratrici: opportunità e reversibilità dei modelli a sostegno delle esigenze di cura e delle condizioni di vulnerabilità.	113
2.1. Tutela e cura dei soggetti fragili.	117
3. Il lavoro agile in situazioni di fragilità.	120
Bibliografia essenziale.	126

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 426/2020

## 1. L'epidemia e il diritto del lavoro.

Una riflessione sistematica sul diritto pandemico e le norme giuslavoristiche può apparire un'impresa ardua, considerato che al momento in cui si scrive continuano a sussistere incertezze sul contenuto dei provvedimenti in fase di approvazione e a susseguirsi l'istituzione di (tanti) tavoli tecnici per progettare il futuro quadro regolativo.

Sul piano normativo, poi, alla tempesta epidemica è seguita una vera e propria tempesta normativa, complessa e disorganica che si fa fatica a razionalizzare nella sua interezza. Eppure occorre farlo soprattutto per trarre da queste vicende una lezione per l'avvenire. La pandemia e il post emergenza sanitaria sembrano erigere, giorno dopo giorno, un monumento invisibile ma straordinariamente percepibile alla fragilità umana in tutte le sue sfaccettate manifestazioni, tra cui spiccano i profili giuridici, cioè diretta conseguenza dell'eccezionalità della situazione e del suo impatto sulla salute dei cittadini, sulle libertà fondamentali, sulle istituzioni politiche nazionali e sovranazionali, sulle attività produttive, sulla vita sociale. L'eccezionalità deriva anche dai riflessi potenzialmente durevoli sugli archetipi normativi tanto da far temere i rischi di uno stato d'eccezione<sup>405</sup> in cui la soluzione del problema coincide con un nuovo posizionamento assiologico dell'ordine normativo. Oppure, preferibilmente, la pandemia può funzionare da vettore di mutamento<sup>406</sup>, in grado di offrire soluzioni credibili per affrontare la nuova questione sociale post emergenza<sup>407</sup>.

Questi due elementi, fragilità ed eccezionalità, contribuiscono a creare una nuova tassonomia delle categorie giuslavoristiche, a partire dal sistema delle fonti del diritto del lavoro<sup>408</sup> che, ad avviso di chi scrive, pare caratterizzarsi, in questa fase, oltre che dalla marcata amministrativizzazione delle norme lavoristiche (in virtù della quale il ricorso alla prassi amministrativa diventa indispensabile integrazione del contenuto delle disposizioni legislative e non solo strumento di interpretazione e attuazione), anche dalla valorizzazione della contrattazione collettiva in materia di salute e sicurezza dei lavoratori<sup>409</sup>, sintomo di una possibile transizione, in questo ambito, dal modello degli obblighi a quello delle linee guide, con il rischio (tutto da verificare) che ciò possa impattare sulla tradizionale funzione cogente del sistema normativo a protezione della salute nei luoghi di lavoro.

In questo contributo la riflessione si concentrerà sulla diversa possibile cartografia dei diritti dei lavoratori e dei poteri datoriali in relazione alle esigenze di cura e alla tutela delle situazioni di fragilità come effetto delle norme emergenziali.

<sup>405</sup> Cfr. G. Agamben, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

<sup>406</sup> Cfr. A. Lassandari, *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 160.

<sup>407</sup> Cfr. O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 13.

<sup>408</sup> Cfr. M. Miscione, *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2020, p. 321.

<sup>409</sup> Cfr. P. Pascucci, *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2019, p. 98; S. Bologna, M. Faioli, *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, p. 375 ss.

## 2. I diritti dei lavoratori e delle lavoratrici: opportunità e reversibilità dei modelli a sostegno delle esigenze di cura e delle condizioni di vulnerabilità.

In tempi di emergenza sanitaria parlare di diritti sembra una sfida difficile, rischiando piuttosto di trasformarsi in un elenco di necessarie restrizioni per la salvaguardia di finalità superiori. La pa-noplia di strumenti di diritto del lavoro ha tentato di rafforzare i lavoratori e le lavoratrici nel rapporto di lavoro e di sostenerne il reddito in caso di riduzione/cessazione dell'attività lavora-tiva<sup>410</sup>.

Tuttavia, con riferimento al secondo obiettivo, al di là della debolezza determinata dalla confusa gestione amministrativa delle misure di sostegno al reddito, che ha prodotto notevoli ritardi nell'erogazione delle prestazioni e perciò causa di indebolimento delle posizioni tutelate, le di-sposizioni legislative hanno generato un possibile paradossale effetto, poiché il sistema, pur am-bendo a realizzare le istanze di universalizzazione del sostegno attraverso, ad esempio, l'amplia-mento della platea dei destinatari e la modifica dei requisiti di fruizione sì da includervi anche lavoratori con anzianità lavorativa più esigua, sembra aver creato nuove frammentazioni<sup>411</sup>.

Sul piano del rapporto di lavoro, la crisi sanitaria ha imposto la necessità di garantire un supporto maggiore a seguito dei provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche adottati dal Go-verno nelle prime fasi della pandemia.

I rimedi sono di varia natura: il congedo straordinario Covid-19 (art. 23, per i lavoratori del settore privato, e art. 25, per i lavoratori pubblici, D.L. n. 18/2020); il diritto di astensione dal lavoro, per il settore privato, in caso di figli minori di sedici anni ma senza indennità (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020); il *bonus* per servizi di *babysitter* e centri estivi/servizi educativi (art. 23, co. 8, D.L. 18/2020; art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020 per il personale sanitario); i permessi retribuiti *ex lege* 5 febbraio 1992, n. 104 (max 24 gg) per genitori con figli con disabilità grave (art. 24, D.L. n. 18/2020); il diritto al lavoro agile in caso di figli minori di quattordici anni anche in assenza di accordi individuali (art. 90, D.L. 19 maggio 2020, n. 34).

A conferma della tendenza, sopra evidenziata, all'amministrativizzazione delle fonti del diritto del lavoro, va detto che sono, ad oggi, intervenuti numerosi messaggi e circolari dell'Inps e della Pre-sidenza del Consiglio dei Ministri, contenenti non solo indicazioni operative ma anche chiarimenti importanti su diversi profili tra cui i soggetti titolati, i requisiti, le incompatibilità.

Sul piano del funzionamento, infatti, il congedo straordinario Covid-19 è stato esteso sia in rela-zione alla durata (da 15 a 30 gg) sia in relazione all'arco temporale di fruibilità (dal 5 marzo 2020 al 31 agosto 2020) (art. 23, co. 1, D.L. n. 18/2020, prima modificato dall'art. 1, co. 1, l. 24 aprile 2020, n. 27 in sede di conversione, e poi sostituito dall'art. 72, co. 1, lett. a), D.L. n. 34/2020, convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77).

<sup>410</sup> Al momento in cui si scrive, le disposizioni inerenti al lavoro si rinvengono prevalentemente nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Cura Italia*, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27; nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. *Liquidità*, conv. in L. 5 giugno 2020, n. 40; nel D.L. 19 maggio 2020 n. 34, c.d. *Rilancio*, conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77; nel D.L. 16 giugno 2020, n. 52 e nel recente D.L. 30 luglio 2020, n. 83 che ha prorogato alcune norme collegate allo stato di emergenza.

<sup>411</sup> Cfr. F. Scarpelli, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavora-tori*, op. cit., p. 229.

Sin dai primi commenti è stato detto che il congedo è transitorio in quanto collegato alla sospensione dei servizi educativi/scolastici pubblici e privati<sup>412</sup> e che si ispira al modello del congedo parentale ma che da esso differisce per alcuni aspetti<sup>413</sup>. Da un lato, è identica l'età massima dei figli (12 anni)<sup>414</sup>, la possibilità di utilizzazione continuata o frazionata e la sua fruibilità in forma giornaliera od oraria<sup>415</sup>. Dall'altro, il congedo Covid differisce perché l'uso è alternativo da parte di entrambi genitori lavoratori conviventi e non cumulativo, sempre che nel nucleo familiare non vi sia altra persona beneficiaria di ammortizzatori a sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore. È diverso, inoltre, perché viene erogata un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione, anche se per il relativo calcolo si rinvia alle modalità sancite per i congedi parentali dall'art. 23, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151<sup>416</sup>.

L'alternatività, inoltre, si desume da altri fattori, come l'automatica conversione dei congedi parentali regolati dal d.lgs. n. 151/2001 (art. 32 e 33) in congedo straordinario Covid se fruiti dai genitori durante il periodo di sospensione previsto per la misura emergenziale (art. 23, co. 2, D.L. n. 18/2020).

La tipizzazione della causale del congedo viene fin da subito palesata dall'Inps che già nella prima circolare (n. 45 del 25.3.2020) ha precisato che si tratta di un congedo indennizzato per la cura dei figli minori durante la sospensione dei servizi educativi e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, disposta con D.P.C.M. del 4 marzo 2020.

Tuttavia, al momento in cui si scrive, non può trascurarsi che, anche nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, lo strumento straordinario varato per fronteggiare la chiusura dei servizi scolastici/educativi è stato prolungato fino al 31 agosto 2020, ossia per un periodo che va oltre la normale chiusura dell'anno scolastico in tempi non pandemici.

Questo dato indirizza la riflessione su altri piani. Il congedo Covid, infatti, pare, soprattutto dopo le proroghe, assomigliare ad un sottotipo del congedo parentale<sup>417</sup>, affievolendosi la finalità di supplire alla chiusura delle scuole e confermandosi come misura di conciliazione vita/lavoro in un periodo in cui normalmente, anche in tempi non di crisi sanitaria, i genitori sono alle prese con la gestione della prole per effetto della pausa estiva. Si caratterizza, in particolare, per la spiccata natura assistenziale, data la sua temporaneità e il suo finanziamento, al pari dei *bonus per baby-sitter*/centri estivi. Quanto detto è confermato anche da altre considerazioni. Posto che il congedo Covid è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione del congedo parentale per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e che nei

<sup>412</sup> Cfr. M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giusiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>413</sup> Cfr. L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 160.

<sup>414</sup> Tale limite di età non si applica in riferimento ai figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, L. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni assistenziali (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020).

<sup>415</sup> La frazionabilità oraria è stata espressamente sancita dalla legge di conversione, n. 77/2020, del decreto *Rilancio*.

<sup>416</sup> Ad eccezione del comma 2 del medesimo articolo, inerente al computo per il calcolo dell'indennità del rateo giornaliero relativo alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità e agli altri premi, mensilità o trattamenti accessori eventualmente erogati alla lavoratrice.

<sup>417</sup> In senso contrario, rimarcano la differenza rispetto al congedo parentale L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, cit., 160 ss.; A. Donini, *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 395.

giorni in cui non si usufruisce del permesso straordinario è possibile fruire dei giorni di congedo parentale<sup>418</sup>, come anche chiarito dall'Inps<sup>419</sup>, le domande di congedo parentale o di prolungamento del medesimo presentate a partire dal 29 marzo 2020 per periodi ricadenti nell'arco temporale ricompreso dal 5 marzo 2020 al 31 luglio 2020 (termine oggi spostato al 31 agosto 2020), non sono oggetto di conversione/trasformazione d'ufficio in domanda di congedo Covid-19, sia in quanto da quella data è possibile esercitare l'opzione di fruire dell'uno o dell'altra tipologia di congedo sia alla luce dell'estensione del periodo di fruizione del congedo Covid e del possibile accesso al *bonus* alternativo per i servizi di *babysitter*/centri estivi.

La stessa alternatività tra i vari strumenti è stata oggetto di interpretazioni più elastiche in considerazione dell'allungamento del periodo di fruizione del congedo straordinario sì da rendere l'uso delle misure in continuità<sup>420</sup>, ammettendosi, ad esempio, che in presenza di una o più domande di *bonus* per un importo pari o inferiore a 600 euro (o 1000 nel caso del *bonus* per il personale del settore sanitario, art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020) è possibile fruire di un massimo di 15 giorni di congedo Covid<sup>421</sup>. Dalla lettura dei chiarimenti dell'Inps in tema di compatibilità del congedo straordinario con gli ammortizzatori a sostegno del reddito, la malattia, il lavoro agile, le ferie, l'aspettativa non retribuita, il *part-time* e il lavoro intermittente<sup>422</sup>, si desume che il congedo straordinario pare una misura a sostegno del nucleo familiare nel tentativo di offrire soluzioni per conciliare il lavoro di cura con l'attività lavorativa in un momento in cui lo spazio e il tempo del lavoro sono stati fortemente destrutturati a causa dell'emergenza.

Lo sforzo di allargare il fine (e la natura) di questo rimedio sembra un utile esercizio interpretativo non solo per colmare i vuoti normativi presenti nella disciplina del congedo Covid ma anche per provare a inquadrarlo nell'ambito del modello di regolazione ordinaria al fine di mettere in risalto talune fragilità di questo ultimo.

Se configurato in tal modo, l'applicazione analogica della disciplina ordinaria risulta un'operazione più agevole e consente, quindi, di rinviare ad essa nel caso di lacune, come, ad esempio, in relazione alla questione della fruizione da parte dei genitori adottivi (non espressamente menzionati

<sup>418</sup> Messaggio Inps del 15 aprile 2020, n. 1621.

<sup>419</sup> Circolare 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>420</sup> Come è noto, l'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020, consente, in alternativa al congedo Covid, la possibilità di scegliere la corresponsione di uno o più *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* nel limite massimo complessivo di 1200 euro, da utilizzare per prestazioni effettuate nel periodo di cui al comma 1, ossia 5 marzo-31 agosto 2020. Per le modalità operative si veda il messaggio Inps 5 giugno 2020 n. 2350 e la circolare Inps 17 giugno 2020, n. 73. Per i lavoratori del settore sanitario pubblico e privato accreditato (nonché per il personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19) il *bonus* per l'acquisto di servizi di *baby-sitting* per l'assistenza e la sorveglianza dei figli minori fino a 12 anni di età è riconosciuto nel limite massimo complessivo di 2000 euro (art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020).

<sup>421</sup> Circolare Inps 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>422</sup> Messaggio Inps 15 aprile 2020, 1621. In particolare, la fruizione del congedo COVID-19 è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) percezione da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare di strumenti a sostegno del reddito, sicché, in caso di genitori beneficiari di trattamenti di integrazione salariale, l'incompatibilità opera solo limitatamente ai giorni di sospensione dell'attività lavorativa per l'intera giornata. In caso di malattia di uno dei genitori appartenente allo stesso nucleo familiare, l'altro genitore può fruire del congedo COVID-19 oppure del congedo parentale. L'utilizzo del congedo COVID-19 è compatibile con la prestazione di lavoro in modalità *smart-working* dell'altro genitore, con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione di ferie dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e con la contemporanea (negli stessi giorni) aspettativa non retribuita da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare; infine, il congedo è utilizzabile anche durante le giornate di pausa contrattuale dell'altro genitore in caso di *part-time* e lavoro intermittente. Cfr. anche circolare INPS 17 giugno 2020, n. 73.

assieme ai genitori affidatari nell'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020)<sup>423</sup> e, soprattutto, con riferimento al regime del licenziamento causato dalla domanda o dall'utilizzo del congedo Covid. Non potendosi applicare l'art. 46 del D.L. n. 18/2020, in quanto il blocco si riferisce ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo<sup>424</sup>, si ritiene applicabile, in via analogica, la disciplina generale di cui all'art. 54, co. 6, D.Lgs. n. 151/2001, e il conseguente regime di nullità. In relazione all'astensione senza retribuzione in favore dei figli minori di sedici anni, la previsione del divieto di licenziamento, sancita espressamente dalla norma emergenziale, è stata invece giudicata pleonastica<sup>425</sup>, poiché l'esercizio di un diritto del lavoratore non può essere causa del licenziamento: in questo caso, il licenziamento sarebbe per giustificato motivo oggettivo a causa della prolungata assenza dal lavoro. Tuttavia, se si riferisce detto divieto alla richiesta di fruizione da parte del genitore del periodo di astensione e non alla mera assenza prolungata dal lavoro, la tutela di cui all'art. 24, co. 6, D.L. n. 18/2020, pare più assimilabile, per analogia, alla disciplina dei divieti contenuti nel decreto n. 151/2001 (art. 54), condividendone la medesima finalità e natura, con conseguente possibile qualificazione del licenziamento intimato in violazione del divieto stabilito dalla disposizione emergenziale come nullo in quanto discriminatorio e non per motivo oggettivo<sup>426</sup>. Questa interpretazione permette di superare, nel caso in esame, i problemi interpretativi sorti in merito al regime di tutela applicabile, nell'ambito di un contratto a tutele crescenti, per quanto concerne gli esiti della violazione del divieto di licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 46, D.L. n. 18/2020. Nel caso di inosservanza del blocco dei licenziamenti, infatti, la nullità dell'atto non è espressamente contemplata dalla legge e, quindi, non potrebbe comportare l'applicazione della disciplina dei licenziamenti nulli *ex art. 2*, D.Lgs. n. 23/2015<sup>427</sup>, ma si configurerebbe come una nullità di diritto comune con effetto, ad esempio, di non poter accedere all'indennità minima di cinque mensilità e all'indennità sostitutiva di quindici mensilità di retribuzione<sup>428</sup>.

La conferma di quanto detto con riferimento all'inquadramento del congedo Covid nello schema ordinario si ricava dalla parte della disposizione che innova rispetto al congedo parentale, ossia dal riconoscimento del diritto all'astensione dal lavoro in favore dei genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di sedici anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia altro genitore non lavoratore, misura che vale per l'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa (art. 23, co. 6, D.L. n. 18/2020). In tale ipotesi, infatti, si stabilisce esplicitamente il divieto di licenziamento e il diritto alla conservazione del posto di lavoro a volere rimarcare che si tratta di una misura altra rispetto al congedo parentale.

<sup>423</sup> Il riconoscimento è avvenuto con la circolare Inps del 25 marzo 2020, n. 45 che estende la misura ai genitori adottivi e ai genitori che hanno in collocamento temporaneo i minori.

<sup>424</sup> M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, cit., p. 10.

<sup>425</sup> P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 588.

<sup>426</sup> Si tratta pur sempre di licenziamenti soggettivi; cfr. U. Gargiulo, V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 218.

<sup>427</sup> Anche se in dottrina non manca chi ritiene che la funzione dell'avverbio "espressamente" nell'art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 23/2015 non vada enfatizzata (M. Persiani, *Notaralle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2, 2015, p. 394); pertanto, anche la nullità dell'art. 46 del D.L. n. 18/2020 può essere sussunta nella fattispecie dell'art. 2 di cui sopra.

<sup>428</sup> P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 585.

Il congedo Covid, inoltre, ha evidenziato, come se ce ne fosse bisogno, l'insufficienza del valore dell'indennizzo del congedo parentale, imponendo la deviazione dal modello ordinario di indennità al 30% e fissando il superiore importo pari al 50% della retribuzione.

Secondariamente, ha mostrato la debolezza del regime generale anche in relazione alla regolamentazione della misura in favore dei lavoratori non subordinati. La misura emergenziale, infatti, comporta l'erogazione di un'indennità più elevata, ossia pari al 50% di 1/365 del reddito individuato secondo la base di calcolo utilizzata ai fini della determinazione dell'indennità di maternità (per i lavoratori iscritti alla gestione separata Inps di cui alla L. 8 agosto 1995, n. 335) oppure pari al 50% della retribuzione convenzionale giornaliera stabilita dalla legge (per gli autonomi iscritti all'Inps); tale emolumento, inoltre, viene erogato per i figli fino a dodici anni. Il congedo parentale, invece, a beneficio dei genitori iscritti alla gestione separata è pari a sei mesi per figli fino a tre anni (art. 8, co. 4, L. 22 maggio 2017, n. 81), mentre in favore delle lavoratrici autonome iscritte all'Inps è pari a tre mesi per minori fino ad un anno di età (art. 69, D.Lgs. n. 151/2001). Tra l'altro, nel caso dei lavoratori autonomi iscritti all'Inps, la medesima tutela emergenziale si applica anche al padre lavoratore e non solo alla madre lavoratrice autonoma.

La crisi sanitaria, invece, ha accentuato la dicotomia tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché il congedo straordinario nel lavoro pubblico (art. 25, D.L. n. 18/2020) è stato considerato come rimedio residuale rispetto all'attivazione del lavoro agile per far fronte alla sospensione dei servizi scolastici ed educativi; allo stesso tempo, la platea dei destinatari dei vari *bonus* è stata ristretta al personale sanitario e del comparto sicurezza, difesa, soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica.

In definitiva, il modello emergenziale ha prodotto un sistema, seppure criticabile per molti profili, tra cui l'esiguità dei giorni effettivi di congedo se parametrati al periodo dell'emergenza, pare, per altri aspetti, un possibile schema che dovrebbe/potrebbe essere integrato nella regolamentazione generale a partire dalle finalità (ossia il bisogno di tutela rafforzata per le esigenze di cura in situazioni di emergenza anche individuali), dall'uniformità di tutela a prescindere dalla tipologia contrattuale, dal maggiore sostegno economico. Tuttavia, finché dura lo stato di emergenza, prorogato al momento in cui si scrive al 15 ottobre 2020 con Delibera del Consiglio dei Ministri del 29 luglio 2020, sarebbe del tutto auspicabile che questi dispositivi emergenziali di conciliazione siano mantenuti. Seppure non ci sarà la sospensione totale dei servizi educativi e scolastici, la riapertura degli stessi a settembre presenta numerose incognite (orari modulati, doppi turni), oltre che possibili e imprevedibili maggiori impegni nel lavoro di cura, poiché basterà un raffreddore per legittimare l'istituto scolastico a richiedere l'allontanamento dell'alunno/a. Dall'allegato al D.L. 30 luglio 2020, n. 83, con cui è stata prolungata l'efficacia di alcune disposizioni, non risultano prorogate queste misure di conciliazione, ad eccezione del diritto al lavoro agile per i lavoratori del settore privato con figli minori di quattordici anni (art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020), diritto prorogato al 14 settembre 2020, ossia all'atteso inizio dell'anno scolastico (art. 1, co. 3, D.L. 30 luglio 2020, n. 83).

### 2.1. Tutela e cura dei soggetti fragili.

Se, da un lato, il virus ha funzionato come *marker* rivelatore di fragilità, dall'altro, esso ha svolto anche il ruolo di attivatore di rimedi (seppure temporanei) per attutirne l'impatto sui lavoratori più vulnerabili, tra cui le persone con disabilità e i malati cronici. Esaurita la fase critica, resta da chiedersi se le norme emanate possono rappresentare utili meccanismi per implementare

modelli organizzativi e gestionali in grado di favorire percorsi di inclusione delle persone in condizioni di fragilità e di assecondare le esigenze di conciliazione dei soggetti che prestano assistenza in loro favore.

Dalla mappatura delle norme adottate per fronteggiare la crisi sanitaria emergono due tipologie di intervento a sostegno dei lavoratori fragili: gli strumenti a garanzia delle esigenze di cura e le misure adottate nel rapporto di lavoro.

Per quanto concerne il primo profilo, sono state assicurate azioni *ad hoc* a garanzia delle esigenze di cura in favore dei soggetti che prestano assistenza a persone particolarmente fragili perché affette da grave disabilità o da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa o immunodepresse. Oltre al sostegno della genitorialità, la legislazione emergenziale ha provato ad adattare gli strumenti ordinari alle necessità dei *caregiver*, innovando per taluni aspetti: il congedo Covid, di cui si è detto sopra, a prescindere dai limiti di età in caso di figli con disabilità grave accertata (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020); l'estensione dei permessi retribuiti coperti da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, co. 3, L. n. 104/1992, pari a dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile 2020 e di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di maggio e giugno 2020 (art. 24, D.L. n. 18/2020); lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile per i familiari conviventi di soggetti che presentano disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020); l'esclusione della giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c. in caso di assenza dal posto di lavoro del genitore convivente con una persona con disabilità, previa comunicazione dell'impossibilità di accudire la persona a seguito della sospensione delle attività dei centri assistenziali fino alla data di sospensione di questi servizi (30 aprile) (art. 47, co. 2, D.L. n. 18/2020)<sup>429</sup>.

Anche per queste misure si pone il problema di stabilirne l'impatto rispetto al regime ordinario, considerata la non sempre lineare formulazione in relazione alle possibilità di cumulo dei benefici.

Nei numerosi provvedimenti emanati l'Inps<sup>430</sup> ha precisato il regime delle compatibilità tra i diversi rimedi in favore dei *caregiver*. Risulta possibile, per il genitore lavoratore dipendente, cumulare, nell'arco dello stesso mese, il congedo Covid con i permessi di cui all'art. 33, commi 3 e 6, L. n. 104/1992 (inclusi i relativi prolungamenti fissati dalle norme emergenziali), anche se fruiti per lo stesso figlio. Parimenti, è possibile utilizzare, nell'arco dello stesso mese, sia il congedo Covid sia i periodi di prolungamento del congedo parentale, fruiti anche dagli altri prestatori di assistenza, in presenza di una persona con disabilità grave accertata (art. 33 e art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001). La cumulabilità può aversi anche nelle stesse giornate in relazione alla possibilità che a fruirne siano entrambi i genitori (es. è possibile servirsi del congedo Covid nelle stesse giornate in cui l'altro genitore presente nel nucleo familiare stia godendo, anche per lo stesso figlio, delle misure ordinarie di cura)<sup>431</sup>. Già nella circolare del 23 marzo 2020, n. 45, l'Inps ha ampliato la portata applicativa, in particolare, del regime emergenziale dei permessi *ex lege* n. 104/1992,

<sup>429</sup> Resta il dubbio sulle conseguenze sanzionatorie per effetto della violazione di questa limitazione, potendo, l'atto di recesso, essere tanto nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 47, co. 2, quanto ingiustificato per mancanza di giusta causa; v. P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 589.

<sup>430</sup> Circolare Inps 25 marzo 2020, n. 45; messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621; circolare 8 luglio 2020, n. 81.

<sup>431</sup> Messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

ritenendolo esteso anche agli altri meccanismi a sostegno delle esigenze di cura delle persone con disabilità grave che rinviando, appunto, ai permessi dell'art. 33, co. 3, della legge del 1992, come, ad esempio, i permessi di cui può fruire personalmente il lavoratore gravemente disabile in alternativa alle ore di permesso giornaliero previste dal comma 2 dell'art. 33, L. n. 104/1992 (art. 33, co. 6, L. 104/1992)<sup>432</sup>.

Da questa ultima interpretazione data dall'Inps si ricava anche la fusione delle due prospettive di tutela sopra evidenziate, sicché la norma emergenziale, applicata estensivamente, non solo rafforza, seppure temporaneamente, le esigenze di assistenza al lavoratore vulnerabile ma serve come misura per tutelare direttamente la sua persona.

Per quanto concerne questo secondo profilo, infatti, il D.L. n. 18/2020, come modificato dal D.L. n. 34/2020, contempla diversi strumenti: lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile in caso di disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020; art. 90, D.L. n. 34/2020); l'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza da lavoro dei soggetti con disabilità grave e dei prestatori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020).

Non mancano, rispetto ad entrambi i profili, rilievi critici di cui si darà conto in prosieguo, rinviando al successivo paragrafo le considerazioni in tema di lavoro agile.

Dal un lato, infatti, anche rispetto al sistema giuslavoristico emergenziale in favore dei soggetti vulnerabili si assiste ad un ulteriore distanziamento tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché i commi 2 e 2bis dell'art. 24, D.L. n. 18/2020, hanno sancito che i permessi aggiuntivi di cui all'art. 33, L. n. 104/1992, possono essere concessi al personale sanitario a condizione che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa sia compatibile con le esigenze organizzative delle aziende sanitarie e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale e del comparto; parimenti, accade per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, della Polizia penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del Polizia locale, i quali possono fruire dei permessi aggiuntivi solo compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente e con le esigenze di interesse pubblico da tutelare. Pur se è può tradursi in un bilanciamento impossibile<sup>433</sup>, invero, la discrezionalità di giudizio riservata all'ente pare essere, in questo caso, direttamente collegata alle funzioni espletate dal personale ivi addetto e ai conseguenti obblighi derivanti dal rapporto organico sotteso alla relazione lavorativa volti a tutelare interessi non di singoli ma della collettività e non già connessa alla necessità di bilanciare diritti individuali costituzionalmente tutelati. A conclusioni diverse, invece, si può giungere se si considera la discrezionalità della medesima valutazione fatta dall'amministrazione in relazione ai permessi aggiuntivi fruiti personalmente dal lavoratore gravemente disabile (art. 33, co. 6, L. n. 104/1992), considerato che in questo caso le preminenti esigenze individuali di tutela della salute del lavoratore (le cui condizioni possono aggravarsi per effetto di un eventuale contagio) rispondono anche agli interessi della collettività di non compromettere l'organizzazione futura della funzione/servizio per effetto di un eventuale aggravamento

<sup>432</sup> Cfr. A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>433</sup> A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, cit., p. 9.

della patologia a causa della possibile contrazione del virus.

La normativa emergenziale a sostegno dei soggetti fragili sembra, in definitiva, caratterizzarsi, ad avviso di chi scrive, per la sua dimensione conservativa della capacità lavorativa del soggetto e per la tendenza ad uniformare il trattamento riservato alla disabilità e alle patologie croniche che possono compromettere la capacità lavorativa. Ciò trova conferma nel riconosciuto diritto al lavoro agile in favore del lavoratore con disabilità grave e nella priorità di accesso a tale modalità per i lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (art. 39, D.L. n. 18/2020), ma anche nell'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza dei lavoratori con disabilità grave e dei prestatori per i quali è certificata una condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020)<sup>434</sup>.

Questo rimedio, del resto, si configura come *extrema ratio*, esperibile quando non è stato possibile attivare la modalità agile per ragioni inerenti alle mansioni a cui è addetto il lavoratore gravemente disabile o in situazioni particolarmente a rischio (immunodepressione, patologie oncologiche, svolgimento di terapie salvavita) che comportano un aggravamento del rischio per le condizioni di salute del lavoratore. Più chiaramente di quanto detto nel comma 2 del citato articolo 26, la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1 aprile 2020, n. 2, ha precisato che si tratta di una generica possibilità di astenersi riconosciuta ai lavoratori pubblici e privati che presentano una disabilità grave, immunodepressione, patologie oncologiche o che siano costretti a sottoporsi a terapie salvavita. Va detto, tuttavia, che il sistema sopra delineato non è stato prorogato, ad eccezione del diritto al lavoro agile di cui si dirà tra breve, palesandosi questa scelta incoerente con la *ratio* di cui al D.L. n. 83/2020, emanato sul presupposto che il virus circola ancora ed è quindi indispensabile mantenere alcune regole e precauzioni.

### 3. Il lavoro agile in situazioni di fragilità.

A conclusione di questa analisi su alcuni risvolti della legislazione emergenziale in tema di cura e tutela delle condizioni di fragilità, va fatta qualche riflessione sull'uso del lavoro agile durante e dopo la pandemia<sup>435</sup>. Si è sottolineato l'ampliamento degli scopi del lavoro agile per Covid-19, utilizzato non solo come strumento di tutela della salute e sicurezza ma anche a sostegno della continuità dell'attività lavorativa per far fronte alle rigide regole di distanziamento sociale e di restrizione della libertà di circolazione<sup>436</sup>. È stato altresì evidenziata l'eccezionalità della sua regolazione e diversità rispetto al lavoro agile di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81<sup>437</sup>.

Tuttavia, considerata la prospettiva di questo studio che intende esaminare l'impatto delle norme

<sup>434</sup> Cfr. G. Ludovico, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 69.

<sup>435</sup> Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 215 ss.

<sup>436</sup> Cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 132 ss.; M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 560 ss.; I. Alvino, *E' configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2020, p. 1.

<sup>437</sup> I. Alvino, *E' configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, cit..

emergenziali sui modelli regolativi ordinari e la rispettiva reversibilità superata la fase della crisi sanitaria, la considerazione del lavoro agile per Covid come esperimento eccezionale e derogatorio può riservare qualche rischio.

A partire dal D.P.C.M. del 23 febbraio 2020, art. 3<sup>438</sup>, e fino ai D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (art. 1, lett. gg) e art. 2) e del 17 maggio 2020 (art. 1, lett. ll), il lavoro agile è stato considerato una modalità preferenziale/consigliata, fermo restando, ad avviso di chi scrive, il quadro regolativo ordinario. I D.P.C.M., infatti, pur nelle vesti tanto dibattuti di provvedimenti emergenziali, restano atti normativi secondari<sup>439</sup> che non possono derogare alla legge n. 81/2017. In effetti anche la lettera dei citati D.P.C.M. pare confermare questa ricostruzione. In primo luogo, si indica l'uso del lavoro agile «...anche senza accordo individuale»: l'“anche” vuol dire che è una modalità alternativa e non sostituiva della regola generale che impone l'accordo individuale per questa modalità. La fonte secondaria ha integrato la fonte legislativa, specificando un'ulteriore modalità di costituzione del lavoro agile in coerenza con l'obiettivo di semplificare al massimo qualsiasi procedura per consentire la rapida adozione delle misure eccezionali atte a fronteggiare la pandemia. Del resto, nei diversi D.P.C.M. si fanno salvi, richiamandoli, taluni obblighi della legge n. 81/2017, tra cui gli obblighi informativi che possono essere resi anche in via telematica. La presunta unilateralità<sup>440</sup> riguarderebbe la scelta del se attivare il lavoro agile, mentre permarrebbe l'accordo per gli altri elementi (orario di lavoro, modalità, disconnessione, esercizio del potere direttivo e di controllo, ai sensi dell'art. 19, l. n. 81/2017), considerato che lo scopo della regolazione di emergenza è quello di velocizzare l'iter di accesso al lavoro agile<sup>441</sup>. Solo con il decreto *Rilancio*, quindi nel maggio 2020, per il settore privato, l'art. 90, co. 4, ha trascritto nella fonte legislativa il principio più volte espresso nei D.P.C.M., ribadendo il rispetto delle disposizioni della legge n. 81/2017 e la possibilità di applicare questa modalità anche in assenza di accordi individuali, possibilità prorogata fino al 15 ottobre 2020 dal D.L. n. 83/2020 (art. 1, co. 3); nel precedente Decreto *Cura Italia* la modalità agile è stata individuata come diritto/priorità in relazione a particolari categorie fragili (art. 39, D.L. n. 18/2020) o come prassi preferenziale nel lavoro pubblico (art. 87, D.L. n. 18/2020), su cui si dirà in prosieguo.

Una tale ricostruzione serve appunto a ricondurre nel quadro della legge n. 81/2017 il massiccio uso al lavoro agile per Covid, soprattutto in prospettiva che ad esso le aziende continueranno a ricorrervi in modo preponderante ancora per diversi mesi, allo scopo di evitare che l'emergenza possa trasformarsi in una non auspicata deregolazione dell'istituto per effetto della possibile

<sup>438</sup> Ma anche D.P.C.M. del 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); del 8 marzo 2020, art. 2, lett.r); del 11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a); del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg) e art. 2, co. 2; del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg), e art. 2; del 17 maggio 2020, art. 1, lett. ll).

<sup>439</sup> Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109.

<sup>440</sup> La legislazione emergenziale avrebbe, secondo altri, reso il lavoro agile sostanzialmente frutto del potere unilaterale del datore di lavoro; S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziavile.com*, 3, 2020, 1 ss.; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziavile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

<sup>441</sup> Il lavoro agile “a ogni rapporto di lavoro” anche “in assenza di accordi individuali” è servito a rendere inefficaci le clausole dei contratti collettivi che, ad esempio, limitano o stabiliscono l'accesso a questa modalità in base alla qualifica, all'anzianità di servizio o alla tipologia contrattuale; così I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziavile.com*, 24 marzo 2020, p. 8. Sulla necessità dell'accordo in relazione al contenuto degli altri profili regolativi cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 141.

verticalizzazione del potere datoriale in merito ai diritti dei lavoratori coinvolti. Tale rischio è tutt'altro che remoto se si considera che, ad esempio, in una recente ordinanza si è negato il diritto ai lavoratori in *smart working* di usufruire dei buoni pasto valorizzando, tra l'altro, proprio la specialità/eccezionalità del lavoro agile per Covid rispetto al modello ordinario<sup>442</sup>. Né a ciò è di ostacolo l'osservazione per cui lo *smart working* emergenziale è intrinsecamente diverso dal lavoro agile di cui alla legge del 2017 perché il primo si è svolto esclusivamente all'esterno dei locali aziendali (mentre l'art. 18, co. 1, L. n. 81/2017 parla di prestazione svolta in parte all'interno e in parte all'esterno). Lo stesso articolo 18, co. 1, L. n. 81/2017, primo periodo, precisa che si tratta di una modalità senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, fermo restando che la regolamentazione del luogo nel lavoro agile è elemento dell'accordo individuale, poiché l'art. 19, co. 1, della legge del 2017, stabilisce che la pattuizione disciplina la prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali.

Discorso a parte merita, invece, la riflessione sul lavoro agile nel lavoro pubblico<sup>443</sup> e a sostegno dei lavoratori fragili.

Nel primo caso, infatti, dopo la Direttiva della Funzione della Pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 (punto 3), in cui si è formulato l'invito alle pubbliche amministrazioni di potenziare il ricorso al lavoro agile senza distinzione di categoria, inquadramento e di tipologia, il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 18, co. 5), ha trasformato tale modalità da sperimentale in ordinaria, eliminando dall'art. 14, co. 1, L. 7 agosto 2015, n. 124, le parole per "sperimentazione". A ben vedere, in questo modo si è sanata un'anomalia rispetto al lavoro privato più che enfatizzato l'eccezionalità del lavoro agile in periodo pandemico. A differenza del lavoro privato, nelle pubbliche amministrazioni questa modalità non è stata solo suggerita/consigliata ma è diventata modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle attività strettamente funzionali a gestire l'emergenza e di quelle da rendere indifferibilmente in presenza, ciò dapprima con D.P.C.M. 11 marzo 2020 (art. 1, punto 6), anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi, e poi nel D.L. *Cura Italia* (art. 87), stabilendo procedure semplificate per l'acquisto dei mezzi informatici (art. 87bis). Per le pubbliche amministrazioni manca un richiamo generale alle disposizioni della legge n. 81/2017 e in aggiunta vi sono più deroghe, sia all'accordo, sia all'obbligo informativo, sia all'uso di dispositivi informatici personali. Il fatto poi che la stessa norma consideri il lavoro agile come prima scelta da compiere<sup>444</sup>, poiché solo in caso di impossibilità le amministrazioni ricorrono agli altri istituti menzionati (ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e, in ultima istanza, esenzione dal servizio, art. 87, co. 3), rafforza l'intuizione che nel pubblico impiego il lavoro agile si palesa come uno strumento organizzativo oltre che una modalità di lavoro<sup>445</sup> e, come tale, dotato di un'indubbia natura unilaterale, liberamente disponibile da parte degli enti.

Questa conclusione ha un impatto sull'istituto di notevole importanza, visto che il perdurare di talune condizioni organizzative fisiologiche anche dopo l'emergenza può legittimare la scelta

<sup>442</sup> Trib. Venezia, sez. lav., 8 luglio 2020, secondo cui poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working* ex art. 20 L. n. 81 del 2017.

<sup>443</sup> Cfr. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 421/2020

<sup>444</sup> Sul lavoro agile come prima scelta si veda Trib. Grosseto, sez. lav., 23 aprile 2020.

<sup>445</sup> C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 147 ss.

(anche unilaterale) di continuare in questa modalità con possibili criticità per quanto concerne l'applicazione delle disposizioni legali riferite allo svolgimento della prestazione, come, ad esempio, i sistemi di controllo ma anche la misurazione e la valutazione della prestazione e degli obiettivi di *performance*. A riprova di ciò, lo stesso legislatore dell'emergenza, nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, ha chiarito la modalità di ripresa delle attività in presenza degli uffici, imponendo alle pubbliche amministrazioni, fino al 31 dicembre 2020, di vagliare il ricorso al lavoro agile compatibilmente con le esigenze di flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata (anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza) al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti (art. 263, D.L. n. 34/2020). Dal 19 luglio, quindi, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'articolo 87, comma 1, lettera a), del D.L. n. 18/2020 che ha limitato, in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, la presenza, negli uffici pubblici, alle sole attività indifferibili e urgenti. La disposizione in esame consente, quindi, alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili ed urgenti, ferma restando la necessità, per le stesse amministrazioni, di aggiornare ed implementare la mappatura di quelle attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascun ente, possano essere svolte in modalità agile, con l'individuazione del personale da assegnare alle stesse, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al cinquanta per cento del personale impiegato nelle suddette attività. La stessa norma supera anche la previsione del comma 3 dell'articolo 87 e, quindi, non sarà più possibile, a partire dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, esentare dal servizio quei dipendenti pubblici le cui attività non siano organizzabili in modalità agile<sup>446</sup>.

Il dibattito sullo *smart working* è destinato ad essere alimentato anche dopo l'emergenza soprattutto in relazione all'auspicata normalizzazione di tale strumento. Ma è indubbio che, passata l'emergenza, possano restare le tracce di una regolamentazione del lavoro agile pubblico sensibilmente diversa da quella del settore privato, posto che la stessa legge del 2017 ritiene applicabile dette disposizioni alle pubbliche amministrazione «in quanto compatibili» (art. 18, co. 3, D.L. n. 81/2017).

L'essenza di misura organizzativa esclude anche, ad avviso di chi scrive, l'esistenza di un diritto del lavoratore pubblico al lavoro agile a meno che non ci si trovi nelle condizioni di fragilità che la regolazione dell'emergenza ha ritenuto di elevare a rango di vero e proprio diritto.

La pandemia, come già più volte detto, ha disvelato le fragilità sistemiche degli istituti e costretto a tamponarne gli effetti; tuttavia, nel caso dei soggetti più vulnerabili, molte delle misure, tra cui il lavoro agile, potrebbero diventare veri e propri modelli non reversibili più che delle tracce.

L'emergenza, nell'ampliare le funzioni del lavoro agile, ha creato un'ipotesi di lavoro agile per lavoratori fragili in cui l'uso di questa modalità è un diritto.

Si usa qui il concetto di tecnico di fragilità per includere diverse condizioni, dalla disabilità,

<sup>446</sup> Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri del 24 luglio 2020, n. 3.

all'immunodepressione, alla malattia oncologica, all'età, alla comorbilità, alla necessità di svolgere terapie salvavita o, infine, alle esigenze di cura in condizioni di emergenza.

Prima con il decreto *Cura Italia* e poi con il decreto *Rilancio*, infatti, si è delineato un sistema di accesso prioritario a questa modalità in talune condizioni<sup>447</sup>.

Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori del settore pubblico e privato con disabilità grave (ai sensi dell'art. 3, co. 3, L. n.104/1992) o i relativi prestatori di assistenza presenti nel proprio nucleo familiare hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, ferme restando le disposizioni della legge n. 81/2017 e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione (art. 39, co. 1, D.L. n. 18/2020). Degrada a priorità la possibilità per i lavoratori (del settore privato) di accedere al lavoro agile se affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, il che significa che il diritto sorge solo se il datore di lavoro attiva questa opzione. In sede di conversione del decreto è stato ulteriormente rafforzato questo profilo, estendendo il diritto/priorità (si richiama sia il comma 1 sia il comma 2 dell'art. 39) anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse (art. 39, co. 2bis, D.L. n. 18/2020).

Dal decreto *Cura Italia* al decreto *Rilancio* il riconoscimento del lavoro agile come diritto si estende alle finalità di assistenza ai figli (art. 90, co. 1, D.L. n. 34/2020) al fine di rispondere ai bisogni di cura in condizioni di emergenza che rendono appunto il soggetto fragile, misura, questa, rimasta, al momento in cui si scrive, l'unico strumento di conciliazione dopo il D.L. n. 83/2020. Come già anticipato, con questo ultimo provvedimento, l'Esecutivo ha sancito la proroga dell'art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020, ossia del diritto, fino al 14 settembre 2020, dei lavoratori del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge n. 81/2017 (a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia un genitore non lavoratore).

Ampliando la portata protettiva fissata dall'art. 39, D.L. n. 18/2020, il decreto *Rilancio*, sempre all'art. 90, co. 1, ha stabilito il diritto (e non solo la priorità) di accesso allo *smart working* in favore dei lavoratori e delle lavoratrici, del settore pubblico e privato, maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età, della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente. In tal caso, il diritto è subordinato alla valutazione del medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria eccezionale che i datori di lavoro pubblici e privati devono garantire ai sensi dell'art. 83, D.L. n. 34/2020 e sempre se tale modo di lavorare sia adattabile alle caratteristiche della prestazione lavorativa. In tal caso, il diritto al lavoro agile delle persone vulnerabili risponde strettamente ad una logica di prevenzione e tutela della loro salute,

---

<sup>447</sup> La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; cfr. le ordinanze ex art. 700 c.p.c. del Trib. Bologna, 23 aprile 2020, e del Trib. Grosseto, 23 aprile 2020; nel primo caso, la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie.

subordinato appunto a tale valutazione, con un margine ampio di discrezionalità dovuto non solo alle incertezze della previsione legislativa in merito alle nozioni di età e comorbilità, ma soprattutto in relazione ai riflessi procedurali e all'impatto sulla riservatezza collegati al sistema di sorveglianza speciale<sup>448</sup>.

Si ritiene, tuttavia, che una volta constatato il rischio di aggravamento da parte del medico competente, anche in presenza di molteplici rimedi esperibili per fronteggiare tale rischio, la persona interessata ha il diritto di richiedere il lavoro agile a preferenza di altre soluzioni considerate idonee (sempre se sussiste la compatibilità con le caratteristiche della prestazione lavorativa). Diversamente opinando, si vanificherebbe l'effetto utile voluto dalla previsione normativa, ossia quello di considerare lo *smart working* un diritto.

La protezione di questi soggetti è stata ritenuta una finalità rilevante tanto da spingere il Governo a prorogare, fino al 15 ottobre 2020, sia l'art. 39, D.L. n. 18/2020, sia l'art. 90, D.L. n. 34/2020 (art. 1, co. 3, D.L. n. 83/2020).

Seppure i profili critici non mancano, l'esperienza di questi mesi può servire a riflettere sulla necessità di configurare il lavoro agile come diritto prioritario in condizioni di particolare fragilità<sup>449</sup>, se non proprio come accomodamento ragionevole nel caso delle persone con disabilità<sup>450</sup>, considerato che gli obiettivi di conciliazione sono risultati, talvolta, sotto *stress* per effetto delle regole collettive in tema di *smart working* varate prima della pandemia, regolazione che spesso ha mostrato un approccio formalmente *care-neutral* per rivelarsi, invece, in taluni casi *care-blind*<sup>451</sup>.

Più in generale, la finalità conservativa della capacità lavorativa e non solo di tutela della salute dei lavoratori e delle lavoratrici vulnerabili spinge, in chiusura di questa analisi, a meditare sull'eredità che può sopravvivere alla fase di emergenza.

È importante chiedersi, infatti, se sia possibile conservare gli strumenti adoperati per fronteggiare la crisi sanitaria anche nella fase post emergenza in quanto misure strategiche per implementare l'inclusione dei lavoratori con disabilità, con patologie croniche o invalidanti, e sostenere le esigenze di cura dei *caregiver*. Molte di questi interventi, infatti, potrebbero/dovrebbero essere mantenuti per favorire la realizzazione di politiche in grado di promuovere la salute e sicurezza dei lavoratori e il benessere dei lavoratori (declinato anche in termine di promozione della conciliazione vita/lavoro grazie ai congedi di cura), configurandosi come obblighi di prevenzione e protezione della salute, sicurezza e del benessere organizzativo di cui all'art. 2087 c.c.

È alquanto verosimile che l'assolvimento degli obblighi indicati dalle norme Covid abbia innescato

---

<sup>448</sup> Cfr. C. Lazzari, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, p. 11 ss.

<sup>449</sup> Come è noto, ai sensi dell'art. 18, co. 3bis, L. 22 maggio 2020, n. 81, i datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, co. 3, della L. n. 104/1992.

<sup>450</sup> Cfr. le prime ordinanze dei Tribunali in tema di diritto al lavoro agile citate alla nota 43.

<sup>451</sup> Per un'analisi della contrattazione collettiva in tema di lavoro agile ed esigenze di cura si veda, tra gli altri, M.D. Ferrara, *Lavoro femminile e diversity management tra mediazione sindacale e nuove opportunità del lavoro agile in Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia. Rapporto 2019*, a cura di R. Nunin, F. Angeli, Milano, p. 103 ss.

un ripensamento (temporaneo, anche se non è escluso duraturo) dei modelli organizzativi/produttivi/gestionali. Non solo l'ampio uso del lavoro agile, ma anche i rimedi per il distanziamento a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro hanno determinato una nuova concezione dello spazio e del tempo di lavoro con una scansione diversa dei turni di lavoro, dell'organizzazione degli ambienti di lavoro e degli spazi comuni, interventi che, adottati per la generalità dei lavoratori, possono avere un impatto positivo sull'integrazione effettiva e maggiore dei soggetti vulnerabili. Da questa prospettiva occorre monitorare l'applicazione di questi rimedi per provare a superare gli svantaggi e i disagi causati dalla crisi sanitaria nei confronti delle donne<sup>452</sup> e delle persone più vulnerabili su cui sono gravati maggiormente i costi della chiusura e della forte limitazione dei servizi pubblici (da quelli scolastici a quelli socio/sanitari/assistenziali).

### Bibliografia essenziale.

Alessi C., M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 131-152.

Alvino I., *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziavile.com*, 4, 2020, pp. 1-7.

Bini S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziavile.com*, 3, 2020, pp. 1-7.

Bologna S., Faioli M., *Covid-19 e salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: la prospettiva intersindacale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2020, pp. 375-391.

Bonardi O., Carabelli U., D'Onghia M., *Introduzione: Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 11-18.

Brollo M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 553-570.

Calafà L., *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 153-166.

Caruso B., *Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, pp. 215-249.

Donini A., *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 393-407.

Ferrara M.D., *Lavoro femminile e diversity management tra mediazione sindacale e nuove opportunità del lavoro agile in Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia. Rapporto 2019*, a cura di R. Nunin, F. Angeli, Milano, pp. 103-128.

Gargiulo U., Luciani V., *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 205-228.

Lassandari A., *Rapporti sospesi o modelli crollati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, pp. 159-173.

<sup>452</sup> M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 567 ss.

Lazzari C., *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, pp. 11 -25.

Ludovico G., *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 69-82.

Miscione M., *Il Diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 4, 2020, pp. 321-331.

Pascucci P., *Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2019, pp. 98-121.

Passalacqua P., *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, pp. 578-590.

Riccobono A., *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 1-12.

Russo M., *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7.

Scarpelli F., *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, pp. 229-238.

Senatori I., *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020, pp. 1-9.

Vitaletti M., *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, 1, pp. 1-11.

Zoppoli L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 421/2020*, pp. 1-28.