

ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO – CONSIGLIO PROVINCIALE DI NAPOLI
XVII MASTER IN DIRITTO DEL LAVORO

***«IL RAPPORTO DI LAVORO AL TEMPO DEL COVID-19. DALLA PANDEMIA
ALL'EMERGENZA SOCIALE, IL DIRITTO DEL LAVORO SI ADEGUA»***

NAPOLI, OTTOBRE - NOVEMBRE 2020

**Lo smart working emergenziale:
diritto soggettivo vs. potestà datoriale**

Focus su

1. *Il Lavoro Agile nella L. n. 81/2017 (in breve)*
2. *Il Lavoro Agile nella decretazione d'urgenza (d. Cura Italia e d. Rilancio)*
3. *La recente evoluzione emergenziale (d. Agosto e d. Ristori)*



1. Il Lavoro Agile nella Legge n. 81/2017
(artt. 18-24)

Art. 18 c. 1

*“...allo **scopo** di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il **lavoro agile** quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.*

La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.”

Modalità «agile»

Il lavoro agile consiste in una **prestazione di lavoro subordinato** che si svolge con le seguenti modalità:

- **esecuzione della prestazione lavorativa:** in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, ed entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;
- possibilità di **utilizzo di strumenti tecnologici** per lo svolgimento dell'attività lavorativa;
- **assenza di una postazione fissa** durante i periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali.

Ambito

La modalità di prestazione “agile” può essere **fruita sia dai dipendenti dei datori di lavoro privati sia da quelli delle amministrazioni pubbliche** così come qualificate dall’articolo 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

Non vi sono limitazioni per particolari qualifiche, dunque l’accesso al lavoro agile è potenzialmente aperto, nei limiti della fattibilità, a operai, impiegati, quadri e dirigenti (per gli apprendisti si ritiene debba rimanere una forma marginale di prestazione, tenuto conto delle necessità formative e di supervisione da parte del tutor).

Accordo Individuale: fonte istitutiva e regolativa

L'accordo per il "lavoro agile" è di natura individuale e non collettiva.

È richiesta la **forma scritta *ad probationem*** (art. 19 c. 1 «ai fini della regolarità amministrativa e della prova»).

Regolamentazione aziendale

È possibile prevedere una disciplina a livello aziendale:

- Contratto collettivo aziendale
- Regolamentazione aziendale

... al solo fine di dotarsi di un modello gestionale unitario...resta tuttavia l'obbligo dell'accordo individuale (***patto orientato***)

Contenuto ...

Le parti (datore di lavoro e lavoratore) sono libere di stabilire la **modalità agile della prestazione**, avendo riguardo a:

1. esercizio **dei poteri datoriali** (direttivo, di controllo e disciplinare)
2. la **strumentazione** utilizzata dal lavoratore
3. individuazione dei **tempi di riposo** del lavoratore
4. individuazione delle **misure tecniche e organizzative** necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro

... e durata

L'accordo per il lavoro agile può essere a **tempo determinato o indeterminato**

Sono previste diverse tempistiche per il recesso anticipato.



RECESSO

... DA ACCORDO A TEMPO INDETERMINATO

- il recesso può avvenire con un **preavviso non inferiore a 30 giorni**
- per i **lavoratori disabili**, il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a 90 giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore
- **senza preavviso** in presenza di un «*giustificato motivo*»

RECESSO

... DA ACCORDO A TEMPO DETERMINATO

- In presenza di un «*giustificato motivo*» ciascuno dei contraenti può **recedere prima della scadenza** del termine



Quale giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) ?

Tenore generico della norma: lascia spazio ad **ampia interpretazione**, difficile immaginare che la volontà recessiva di una delle parti non sia supportata da una valida motivazione (oggettiva o soggettiva).

Buona fede!

Art. 21 c. 2 - Potere disciplinare

L'accordo ... individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

**CONSIGLIABILE AGGIORNARE IL CODICE DISCIPLINARE
AZIENDALE,
AL FINE DI EVITARE PROBLEMI E CONTENZIOSO
NELL'ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE E
NELL'IRROGAZIONE DI EVENTUALI SANZIONI**

Art. 22 c. 1 - Sicurezza sul lavoro

Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

**CONSIGLIABILE
L'AGGIORNAMENTO DEL DVR**

La norma prevede che il lavoratore sia tenuto a **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.

Tutela INAIL

Il lavoratore ha diritto alla **tutela contro gli infortuni sul lavoro:**

- da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali
- occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali (*omissis*), quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

È previsto l'**obbligo di comunicazione** della variazione della prestazione in forma agile (entro 5 giorni)



2. Il Lavoro Agile nella Decretazione d'urgenza
(Decreto Cura Italia – Decreto Rilancio)

Cura Italia e Rilancio

Quadro regolativo emergenziale

Provvedimenti normativi e amministrativi d'urgenza ... a scansione incessante

1) D.L. 23 febbraio 2020, n. 6: (primo atto normativo dell'emergenza da Covid-19): espressamente indica – quale motivo di sottrazione all'applicazione delle misure di sospensione delle attività lavorative non impegnate nell'erogazione di servizi essenziali e di pubblica utilità – la possibilità che le attività lavorative possano essere svolte in modalità domiciliare.

Seguono poi i D.P.C.M.

2) d.P.C.M. 8-11-22 marzo 2020, 26 aprile 2020: contestualmente alla decisione di sospendere la quasi totalità delle attività produttive non essenziali e strategiche per il paese, hanno raccomandato ai datori di lavoro privati di applicare ad ogni rapporto di lavoro subordinato, durante tutto lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, la modalità di lavoro agile “*anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti*”.

3) d.P.C.M. successivi: «disarcionato» il lavoro agile fino al 31.01.2021 e poi oltre

Cura Italia e Rilancio

Dal «lavoro agile» quale rimedio alla sospensione dell'attività produttiva per le imprese non impegnate nell'erogazione di servizi essenziali e di pubblica utilità,
alle

Disposizioni di diritto positivo

- 1) **D.L. 17 marzo 2020, n. 18 – art. 34 (Cura Italia):** diritto soggettivo in favore dei lavoratori dipendenti disabili o con disabili nel nucleo familiare...e la priorità dell'accoglimento delle istanza per i lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa

- 2) **D.L. 19 maggio 2020 n. 34 – art. 90 (Rilancio):** estensione del diritto soggettivo a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in favore dei genitori lavoratori dipendenti del settore privato che abbiano almeno un figlio minore di 14 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia un genitore non lavoratore.

Liberalizzazione dell'istituto: ad ogni rapporto di lavoro, anche in assenza di accordi individuali!

D.L. 17 marzo 2020, n. 18

Art. 39

(Disposizioni in materia di lavoro agile)

1. *Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori **dipendenti disabili** nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o **che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità** nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno **diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile** ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. (17)*

2. *Ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81.*

2-bis. *Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse*

D.L. 19 maggio 2020 n. 34

Art. 90

(Lavoro agile)

1. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da morbilità' che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa. ((6))

I punti di novità: la rimozione dei vincoli legislativi della L. n. 81

Le previsioni in deroga più significative:

- 1) Previsione, in alcuni casi, di un **vero e proprio diritto soggettivo** per taluni soggetti ad accedere alla modalità agile, per tutto il periodo emergenza Covid-19.
- 2) Fase costitutiva: la possibilità di ricorrere a questo istituto **senza «accordo individuale»**, che nella fattispecie sistemica è la fonte costitutiva e regolativa dello SW.
- 3) Struttura funzionale: flessibilità spazio-temporale diversa

*

Trattasi di elementi morfologici significativi che distinguono nettamente lo **SW c.d. pandemico** dallo **SW c.d. sistemico**



1. Diritto soggettivo

Alcune **disposizioni di diritto positivo** contenute nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Rilancio hanno previsto un **vero e proprio diritto soggettivo** “a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile” in favore di:

- *lavoratori dipendenti disabili, o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità;*
- *genitori lavoratori dipendenti del settore privato che abbiano almeno un figlio minore di 14 anni, a condizione che non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito per sospensione o cessazione dell’attività lavorativa o che non vi sia un genitore non lavoratore.*

Si tratta di **diritti soggettivi molto più incisivi** rispetto al **mero diritto di precedenza** previsto dalla disciplina sistematica dello smart working.

Diritti soggettivi cmq non assoluti

Diritti soggettivi che sussistono **“a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione”** (cfr. infra)

2. Deroga all'accordo individuale

Novità più rilevante: la **deroga all'obbligo dell'accordo individuale!**

Il principio volontaristico/consensuale volutamente immolato dal legislatore emergenziale alle esigenze di ordine sanitario che hanno imposto di velocizzare e semplificare l'accesso allo SW.

Accesso semplificato

All'assenza dell'accordo tra le parti, il legislatore emergenziale accosta una **semplificazione degli adempimenti procedurali** con la previsione di comunicazioni semplificate della nuova modalità ai centri per l'impiego (il c.d. "***caricamento massivo***" delle comunicazioni telematiche dei dipendenti coinvolti) e in materia di informazioni e formazione dei lavoratori sulla sicu

2. Deroga all'accordo individuale

Quindi

Diversità morfologica già in chiave costitutiva:

E la novità che più segna la distanza tra lo SW sistemico e lo SW pandemico:
nella normativa Covid-19 la fonte istitutiva e di regolazione del lavoro agile non è il **patto indirizzato** tra le parti del contratto.

Ad esso subentrano, a vario titolo:

- il **potere unilaterale del datore di lavoro** di imporne l'utilizzo, declinato a mezzo dell'esercizio dello *ius variandi* piuttosto che di prassi aziendali;
- o, per converso, il **preteso riconoscimento di un diritto soggettivo** del lavoratore dipendente ai sensi e per gli effetti delle disposizioni speciali innanzi descritte, con il datore di lavoro che addirittura subisce l'esigibilità della prestazione di lavoro in modalità agile



2. Deroga all'accordo individuale

L'assetto normativo emergenziale comporta che: l'assenza di volontarietà determina l'assenza di «condivisione»

La decisione di assegnare il lavoratore a modalità di lavoro da remoto può non essere condivisa, ma invece:

- essere assunta in via unilaterale dal datore di lavoro, non necessitando del consenso del lavoratore,
- o altrimenti all'esito di una peculiare istanza da parte del lavoratore.

Un modello che, quindi si presta ad un **possibile contenzioso** che materializza oltre modo la **contrapposizione** tra “esigenze di tutele e legalità” ed “esigenze di efficienza economica”.



2. Deroga all'accordo individuale

TL Grosseto 23.04.2020 e TL Bologna 23.04.2020

Le pronunce sono maturate all'esito di **ricorsi azionati con procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.**, nel pieno della diffusione della pandemia, da due lavoratori inquadrati con mansioni impiegatizie alle dipendenze di imprese del settore commercio e terziario:

- in un caso, all'esame del **Giudice di Grosseto**, il ricorrente – addetto al servizio di assistenza legale e contenzioso – ha lamentato di essere stato *illegittimamente escluso dall'adibizione al lavoro agile*, sebbene tutti i colleghi del suo reparto lo fossero già stati, e *di essere stato invitato dal proprio datore di lavoro a ricorrere a ferie da computarsi in parte sul monte già maturato ed in parte su quello da maturare, e dunque con la prospettiva di un "godimento" di ferie anticipate (**messa in ferie forzata**)*;
- in un altro caso, dinanzi al **Giudice di Bologna**, la lavoratrice – addetta al settore fiscale – aveva invece lamentato di essere stata **forzatamente collocata in cassa integrazione guadagni** con l'avvertenza che soltanto alla ripresa dell'attività produttiva l'azienda avrebbe preso in considerazione la richiesta di poter usufruire della formula lavorativa dello smart working.

2. Deroga all'accordo individuale

TL Grosseto 23.04.2020 e TL Bologna 23.04.2020

È necessario specificare come **entrambi i ricorrenti fossero affetti da patologie gravi** determinanti il riconoscimento di un'invalidità civile con riduzione della capacità lavorativa al 60%.

E dunque hanno denunciato il **carattere pretestuoso ed illegittimo del rifiuto** di adibizione al lavoro agile da parte delle rispettive aziende, ritenendo di vantare un vero e proprio diritto ai sensi e per gli effetti della normativa emergenziale da Covid-19 che – se per la generalità dei casi si limita a raccomandarne l'utilizzo da parte delle imprese, ove possibile – ai lavoratori dipendenti disabili (o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità) riconosce un diritto transitorio al lavoro agile compatibilmente con le caratteristiche della prestazione lavorativa!!

2. Deroga all'accordo individuale

TL Grosseto 23.04.2020 e TL Bologna 23.04.2020

I tribunali di Grosseto e Bologna hanno condiviso questo assunto ritenendo di poter affermare come con la normativa straordinaria emanata con i vari provvedimenti d'urgenza non si affermi il carattere generale del diritto allo SW, ma soltanto che nell'ipotesi in cui sussistano le condizioni per il ricorso al lavoro agile il **datore di lavoro non può agire in maniera discriminatoria nei confronti del dipendente che ne avanzi legittimamente richiesta.**

E così, **accertato il pregiudizio dei diritti soggettivi dei dipendenti**, entrambi i procedimenti d'urgenza si sono conclusi con un **giudizio di illegittimità dei provvedimenti datoriali** di forzato godimento delle ferie e di messa in cassa integrazione guadagni, in quanto ingiustificati ed inutilmente penalizzanti, con **conseguente ordine di immediata adibizione dei ricorrenti al lavoro agile.**

3. Struttura funzionale

Diversa flessibilità spazio-temporale

- **Nello SW Sistemico:** “la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” (art. 18, comma 1).
- **Nello SW Pandemico:** la flessibilità spazio-temporale è del tutto assente. È la natura fissa della postazione di lavoro, e non quella mobile, ad assurgere ad elemento distintivo della fattispecie, scandita evidentemente – in assenza di pattuizione tra le parti – dall’applicazione integrale dei poteri datoriali secondo le previsioni normative tipiche del lavoro nell’impresa.



3. Il Lavoro Agile nella evoluzione emergenziale
(Decreto Agosto – Decreto Ristori)

Agosto - Ristori

I più recenti decreti legge n. 104 (c.d. Agosto) e n. 137 (c.d. Ristori) intervengono sul quadro normativo emergenziale dello SW assegnando all'istituto la funzione di **strumentazione datoriale per la gestione delle assenze**

Agosto - Ristori

Decreto Agosto

Art. 21-bis L.
126/2020

L'art. 21-bis, d.l. n. 104/2020, inserito dalla legge n. 126 di conversione, ha disposto che, qualora il **figlio convivente minore di 14 anni** sia stato posto in **quarantena** dal Dipartimento di prevenzione della competente ASL, a seguito di contatto verificatosi:

- all'interno del plesso scolastico;
- ovvero «nell'ambito dello svolgimento di attività sportive di base, attività motoria in strutture quali palestre, piscine, centri sportivi, circoli sportivi, sia pubblici che privati»;
- o ancora all'interno di strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche (co. 2),

il lavoratore dipendente «può svolgere», o meglio può pretendere di svolgere la prestazione in «modalità agile», per tutto o parte del periodo di durata di detta quarantena

Agosto - Ristori

Decreto Agosto

Art. 21-bis L.
126/2020

Per i soli casi di impossibilità di ricorrere alla modalità agile, uno dei genitori «può», in alternativa, fruire del **congedo straordinario disciplinato dai co. 3 e 4 dello stesso art. 21-bis**, che tuttavia:

- fa riferimento alle sole ipotesi di quarantena disposta per contatto avvenuto all'interno del plesso scolastico e di sospensione della didattica in presenza;

Per i periodi di congedo è riconosciuta, in luogo della retribuzione, un'indennità pari al 50 per cento della retribuzione stessa (calcolata secondo quanto previsto dal TU maternità e paternità)

I suddetti periodi sono coperti da contribuzione figurativa

Agosto - Ristori

Decreto Ristori

Il co. 1 è stato quindi modificato dall'art. 22, co. 1, d.l. n. 137/2020, entrato in vigore il 29 ottobre 2020, che ha esteso l'applicabilità della norma ai genitori di **figli minori di 16 anni, e ai periodi nei quali ai figli suddetti sia stata sospesa l'attività didattica in presenza**

Agosto - Ristori

Art. 21-bis L. 126/2020

- **Per i giorni in cui un genitore fruitisce di una delle misure anzidette o svolge anche ad altro titolo l'attività di lavoro in modalità agile o comunque non svolge alcuna attività lavorativa, l'altro genitore non può chiedere di fruitire di alcuna delle predette misure, salvo che non sia genitore anche di altri figli minori di anni quattordici avuti da altri soggetti che non stiano fruendo di una delle misure di cui ai commi 1, 2 o 3.**
- **Il congedo COVID per quarantena scolastica dei figli può essere riconosciuto per periodi in ogni caso compresi entro il 31 dicembre 2020.**

Agosto - Ristori

Art. 21-ter L.
126/2020

Lavoro agile per genitori con figli con disabilità L. 104/92

Fino al 30 giugno 2021, i genitori lavoratori dipendenti privati che **hanno almeno un figlio in condizioni di disabilità grave riconosciuta** a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore e che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica, **hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile** anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81.