

Il lavoro “agile” ai tempi del Coronavirus

Le disposizioni dei DPCM 8 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 10 aprile 2020 consentono, nella situazione emergenziale, di attivare il lavoro agile anche in assenza dell'accordo tra le parti funzionale a determinare la organizzazione della modalità agile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato di cui agli articoli 18 e 19 della L. 81/2017.

In particolare, l'art. 2 comma 1 lettera r) del D.P.C.M. 8.3.2020 attribuisce ai datori di lavoro la facoltà di convertire, con un provvedimento unilaterale di natura temporanea, la prestazione ordinaria in modalità di lavoro agile, derogando alla disciplina contenuta all'art. 19 della legge 81/2017 che richiede sia il consenso del lavoratore che un accordo che disciplini le modalità organizzative di svolgimento della prestazione.

Il DPCM 11.3.2020 «raccomanda» da un lato che *«sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese delle modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza»*, e, dall'altro, che *«siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione»* (art. 1, punto 7, lett. a e c).

Il DPCM 10.4.2020 all'art. 1 lettera gg) prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 87 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18 per i datori di lavoro pubblici, la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017 n. 81 possa essere applicata **“dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti”** mentre alla lettera ii) raccomanda, per **“le attività professionali”** che **“sia attuato il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza”**; all'art. 2 comma 2 dispone che **“le attività produttive sospese in conseguenza delle disposizioni del presente articolo possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile”**.

Nel settore pubblico il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020 stabilisce, all'art. 87 comma 1, che **“Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che, conseguentemente: b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81”**.

Sebbene solo con riferimento alle pubbliche amministrazioni il lavoro agile sia definito come **“la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa”** si ritiene, alla luce delle stringenti disposizioni governative richiamate, che anche per le attività produttive e professionali l'autonomia del datore di lavoro risulti fortemente limitata, dovendosi privilegiare in ogni caso lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità di lavoro agile.

L'art. 18 del DL n. 9 del 2 marzo 2020 include infatti espressamente il lavoro agile tra le misure adottate **“allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19”** ovvero **“quale ulteriore misura per contrastare e contenere l'imprevedibile emergenza epidemiologica”**.

L'ultimo DPCM (del 10 aprile 2020) prevede che, fuori dalle ipotesi di attività non sospese secondo le codifiche ATECO, l'attività possa proseguire, sempre nel rispetto delle misure di sicurezza, contrasto e contenimento della diffusione del virus previsto dai vari protocolli "*se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile*", mentre si raccomanda comunque, per le attività professionali, il massimo utilizzo della modalità di lavoro agile.

La *ratio* delle disposizioni citate ed il precetto generale di cui all'art. 2087 c.c. ci portano a ritenere che sussista, a certe condizioni, quanto meno fino alla cessazione dello stato di emergenza, il diritto del lavoratore a pretendere lo svolgimento della prestazione a distanza.

Si tratta infatti di uno strumento che consente il giusto temperamento tra diritti ugualmente meritevoli di tutela, quello alla salute e quello al lavoro.

Dalle disposizioni dei DPCM emerge che il datore di lavoro può esigere la prestazione lavorativa presso la sede dell'impresa - naturalmente nel rispetto delle disposizioni contenute nel Protocollo di Regolamentazione per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro del 14 marzo 2020 e previa adozione di adeguate misure di prevenzione del rischio da diffusione del contagio - solo se le mansioni del lavoratore, per loro natura, possano essere svolte esclusivamente "in loco" e ove si tratti di mansioni essenziali affinché l'attività produttiva possa proseguire durante lo stato di emergenza.

In difetto di tali presupposti l'eventuale rifiuto del datore di lavoro a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità "agile", anche ove giustificato con la indisponibilità di strumenti tecnologici adeguati, potrebbe risultare, quanto meno nella fase di emergenza, illegittimo, restando a suo carico la impossibilità dell'adempimento della prestazione lavorativa.

In tale fase emergenziale può ritenersi infatti che l'interesse del datore di lavoro alla continuità dell'attività lavorativa resa con modalità "tradizionali" non sia prevalente rispetto all'interesse generale alla tutela della integrità psico fisica del dipendente e alla salvaguardia della salute pubblica.

Certamente questo diritto sussiste, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 2087 c.c. e di cui all'art. 44 del T.U. 81/2008, quando in azienda vi sia il pericolo di esposizione del lavoratore al rischio di contagio e non risultino approntate adeguate misure di sicurezza.

Il diritto allo svolgimento della prestazione lavorativa con modalità agile è in ogni caso espressamente riconosciuto dall'art. 39 del DL 18/2020 "*fino alla data del 30 aprile 2020*" in capo ai lavoratori disabili nelle condizioni di cui all'art. 3 comma 3 della legge 104/90 (oltre che in favore di coloro che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità ai sensi della legge 104/90) se tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

Anche al termine della fase emergenziale, tuttavia, tale diritto potrebbe essere riconosciuto in favore dei lavoratori disabili e di coloro che se ne prendono cura quale "*accomodamento ragionevole*" ai sensi della Direttiva 2000/78 e dell'art. 3 comma 3 bis dlgs 216/2003, fermo restando che 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.

Proprio nell'ottica di contenimento della diffusione del contagio di cui si è detto a e alla luce della finalità di adottare rapidamente la modalità "agile" o a "distanza" di svolgimento dell'attività lavorativa in quanto strumento privilegiato per prevenire ed evitare la diffusione del contagio va letta la dirompente deroga al principio dell'accordo individuale che, nel lavoro agile "ordinario", regola aspetti rilevantissimi dello svolgimento del rapporto di lavoro quali : gli strumenti utilizzati

dal lavoratore, le misure tecniche ed organizzative necessarie per la disconnessione, le forme del potere direttivo del datore di lavoro.

Nel contesto ordinario il lavoro agile nasce con finalità diverse, di “*work – life balance*”, e si sviluppa con modalità peculiari.

L’art. 18 della L. 81/2017 stabilisce, in particolare, che il lavoro agile ha lo scopo di «*incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*» e prevede che la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato agile sia «*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 medesima disposizione prevede che la prestazione lavorativa possa essere eseguita **in parte all’interno dell’azienda ed in parte al suo esterno, senza una postazione fissa** e nei soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, con l’utilizzo di strumenti tecnologici.

In ciò il lavoro agile si differenzia sostanzialmente dal “telelavoro”, che prevede lo spostamento dell’ufficio e/o della sede di lavoro dall’area aziendale ad altra sede, normalmente coincidente con l’abitazione del lavoratore, **con permanenza in capo al lavoratore dell’obbligo di prestare l’attività lavorativa da una postazione fissa e prestabilita**, con gli stessi limiti di orario che avrebbe in ufficio.

Il lavoro “agile” adottato nella fase emergenziale si presenta come una fattispecie del tutto peculiare, più coerentemente qualificabile come “lavoro a casa” o “home working”.

Il DPCM 11 marzo 2020 raccomanda all’art. 1 n. 7) lettera a), l’utilizzo della modalità agile “*per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza*”; analogamente, il DPCM 10 aprile 2020 all’art. 1 lettera ii) raccomanda che “*sia attuato il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza*”.

Si deduce, sia pure indirettamente, che la prestazione lavorativa debba essere svolta dal domicilio o comunque da altro luogo liberamente individuato dal lavoratore in via verosimilmente stabile, coerentemente con le finalità delle disposizioni governative che prevedono importanti limitazioni alla libertà di movimento e circolazione al fine di limitare la diffusione del contagio.

Deve evidenziarsi che anche nel contesto della disciplina emergenziale resta l’obbligo della consegna dell’informativa scritta sui rischi (generali e specifici) “*connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro*” di cui all’art. 22 del D.lgs. n. 81/2017.

Sono naturalmente fatti salvi i principi che stanno alla base dell’istituto, espressamente richiamati nei DPCM e nei decreti: non è dunque in discussione il diritto alla disconnessione e permangono gli obblighi generali di tutela della riservatezza e privacy del dipendente e di divieto di controlli occulti sulla prestazione lavorativa.

In particolare, il datore di lavoro sarà obbligato a rendere una informativa completa ai sensi dell’art. 13 del GDPR 2016/679 e delle disposizioni del Codice Privacy, contenente le istruzioni sull’utilizzo dei dispositivi e sui possibili controlli nel rispetto dell’art. 4 Statuto Lavoratori, ed in generale tutte le indicazioni sui trattamenti dei dati del lavoratore.

Quanto al trattamento economico, la disciplina contenuta nel DL. 81/2017 prevede che “il lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo **non inferiore a quello complessivamente applicato in attuazione dei contratti collettivi di cui all’art. 51 del dlgs 81/2015, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all’interno dell’azienda**”. Dunque, il trattamento economico del lavoratore “agile” non potrà che rimanere invariato.

Dubbi sono sorti in queste settimane in ordine al diritto ai buoni pasto per i lavoratori che prestano l’attività lavorativa in modalità “agile”.

L’art. 2 lettera a) del decreto 122/2017 (Regolamento recante disposizioni in materia di servizi sostitutivi di mensa) stabilisce che “per attività di emissione di buoni pasto” si intende “l’attività finalizzata a rendere, per il tramite di esercizi convenzionati, il servizio sostitutivo di mensa aziendale”. Secondo la lettera g) del medesimo articolo si intende “per titolare, il prestatore di lavoro subordinato, a tempo pieno o parziale, nonché il soggetto che abbia instaurato con il cliente un rapporto di collaborazione anche non subordinato, al quale, ai sensi delle norme vigenti e dei contratti collettivi di lavoro, vengono assegnati i buoni pasto e che, pertanto, è titolato ad utilizzarli”.

Le disposizioni contenute nel D.M 122/207 non limitano in alcun modo la platea dei “titolari” cui possono essere assegnati i buoni pasto, mentre l’Agenzia delle Entrate con Risoluzione n.118/E del 2006 ha concluso che anche i lavoratori a tempo parziale la cui articolazione oraria non preveda il diritto alla pausa pranzo hanno diritto alla esclusione dei buoni pasto dal computo del reddito complessivo.

Ciò posto, ove la contrattazione collettiva preveda l’erogazione di un’indennità sostitutiva della mensa o il buono pasto alla generalità dei lavoratori, inclusi coloro che in concreto non utilizzano il servizio mensa, la indennità risulta dovuta a tutti.

Si vuole peraltro evidenziare che nella disciplina ordinaria il lavoratore agile, al pari del dipendente che presta l’attività in azienda e consuma il pasto fuori casa, potrebbe svolgere le mansioni fuori dalla sede aziendale e dal domicilio e quindi consumare il pasto “fuori casa”, con conseguente diritto, al pari degli altri lavoratori, al buono pasto.

Nella disciplina emergenziale, in cui la prestazione lavorativa viene svolta da casa, non può escludersi a priori la sussistenza di tale diritto alla luce del divieto di trattamenti discriminatori rispetto al lavoratore che svolge la propria attività in sede. Un ulteriore “appiglio” normativo può forse rinvenirsi nell’art. 87 comma 3 del decreto 18/2020 (Cura Italia), ove si prevede che le amministrazioni pubbliche possono non corrispondere la indennità sostitutiva di mensa (benché si tratti di istituto diverso dal buono pasto) qualora il lavoratore sia stato esonerato dal servizio non essendo possibile il ricorso al lavoro agile.

Bologna, 15 aprile 2020

Avv. Sara Antonia Passante

