

È CONFIGURABILE UN DIRITTO DEL LAVORATORE AL LAVORO AGILE NELL'EMERGENZA COVID-19?

di **ILARIO ALVINO**

Articolo del 08 aprile 2020

ISSN 2420-9651

Il lavoro agile, previsto e regolamentato dagli artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017, è tra gli strumenti principali che, nella fase di emergenza venutasi a creare in conseguenza della diffusione della pandemia di COVID-19, sono deputati a rendere possibile lo svolgimento della prestazione lavorativa compatibilmente con le prescrizioni finalizzate a prevenire il contagio e quindi l'ulteriore diffusione del virus.

Le norme transitorie in materia di lavoro agile per evitare il contagio da COVID-19.

Il lavoro agile, previsto e regolamentato degli [artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017](#), è tra gli strumenti principali che, nella fase di emergenza venutasi a creare in conseguenza della diffusione della pandemia di COVID-19, sono deputati a rendere possibile lo svolgimento della prestazione lavorativa compatibilmente con le prescrizioni finalizzate a prevenire il contagio e quindi l'ulteriore diffusione del virus.

A tal fine l'[art. 2, comma 1, lett. r\), d.P.C.M. 8 marzo 2020](#), ha attribuito ai datori di lavoro la facoltà di convertire, con un provvedimento unilaterale temporaneo, la modalità ordinaria di esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile, con ciò rendendo non solo non necessario il consenso del lavoratore, ma lasciando che sia il datore di lavoro a determinarne le forme organizzative non dovendo le stesse essere definite tramite un accordo con il lavoratore (come altrimenti sarebbe necessario in base all'[art. 19 l. n. 81 del 2017](#)).

Muovendo dalla constatazione che la finalità principale che le disposizioni sin qui varate sono destinate a soddisfare è costituita dalla salvaguardia della salute pubblica attraverso la prevenzione del contagio, l'impiego della modalità agile di esecuzione della prestazione di lavoro appare contestualmente funzionale a:

- a) permettere la prosecuzione dell'attività produttiva, evitando che il danno alla produzione, conseguente alla impossibilità altrimenti totale o parziale di svolgere le attività, si traduca in un danno alla produttività delle imprese (con conseguente danno per i lavoratori conseguente al rischio di perdita dell'occupazione);
- b) permettere al datore di lavoro di adempiere all'obbligo di salvaguardare l'integrità fisica del lavoratore ([art. 2087 c.c.](#)), tanto di quello che venga posto in lavoro agile, quanto degli altri (chiamati a continuare a recarsi in azienda) nei confronti dei quali il contatto con un minor numero di colleghi è funzionale a ridurre il rischio del contagio.

È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile?

Nel quadro sin qui sommariamente richiamato, all'interno del quale, come anticipato, è attribuito al datore di lavoro il potere di convertire unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione in lavoro agile, è necessario chiedersi se possa essere riconosciuto, in via interpretativa, un diritto del lavoratore a pretendere lo svolgimento della propria prestazione a distanza laddove il datore non l'abbia disposto di propria

iniziativa.

La volontà del lavoratore di prestare la propria attività in modalità agile potrebbe essere giustificata dalla paura del contagio, per sé e per i propri familiari o comunque per tutte le persone con le quali lo stesso è quotidianamente in contatto.

Per fornire una risposta a tale quesito occorre partire dalla constatazione che la latitudine dell'obbligo gravante sul datore di lavoro, al pari di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, di adottare condotte utili ad evitare l'ulteriore diffusione del virus deve essere determinata tenendo conto del fatto che il Governo non ha, allo stato attuale, adottato un provvedimento di blocco totale delle attività produttive.

Cosicché, operando il bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore a proseguire nell'attività produttiva e gli interessi alla tutela della salute pubblica e alla salute dei lavoratori, deve concludersi che il datore di lavoro deve considerarsi legittimato a pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità tradizionale, ma ciò solo in quanto ricorrano due condizioni:

- le mansioni del lavoratore, per loro natura, possono essere svolte solo presso la sede dell'impresa;
- le mansioni del lavoratore sono essenziali affinché l'attività produttiva possa proseguire durante lo stato di emergenza.

Tale interpretazione trova conferma all'interno delle previsioni dettate dal [d.P.C.M. 11 marzo 2020](#), il quale «raccomanda», all'art. 1, punto 7, lett. a) e c), 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, «siano sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione».

Cosa accade nel caso in cui vi siano impedimenti allo svolgimento della prestazione da remoto?

Ci si deve a questo punto interrogare su quale sia l'esito ulteriore nel caso in cui il lavoratore, che dovrebbe svolgere la prestazione in modalità agile, non possa svolgerla in concreto, perché, ad esempio:

- a) l'azienda non disponga della strumentazione tecnologica necessaria a permettere al lavoratore di rendere la propria prestazione a distanza;
- b) il datore di lavoro pretenda lo svolgimento in azienda della prestazione nonostante

non ricorrano le condizioni previste al termine del precedente paragrafo;

c) il lavoratore eccepisca di non avere presso il proprio domicilio un ambiente adeguato allo svolgimento della prestazione.

Con riferimento al primo e al secondo quesito, si deve preliminarmente osservare che gli [artt. 18 ss. l. n. 81 del 2017](#) non impongono affatto che la strumentazione tecnologica necessaria a realizzare il collegamento a distanza sia fornita dal datore di lavoro (sul quale grava la responsabilità per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti eventualmente assegnati). Cosicché il lavoro agile ben può realizzarsi attraverso l'impiego di strumenti tecnologici nella disponibilità del lavoratore.

Nel caso in cui il lavoratore non possieda strumenti adeguati ovvero tali strumenti non siano comunque sufficienti a rendere possibile la corretta esecuzione della prestazione lavorativa, grava indubbiamente sul datore di lavoro l'obbligo di fornire tali strumenti nel caso sia lui ad aver disposto il lavoro agile.

Ma *quid iuris* nel caso in cui sia il lavoratore (adibito a mansioni che non devono essere necessariamente svolte in azienda e che non sono essenziali per assicurare la continuità dell'attività imprenditoriale) a richiedere lo smart working e il datore di lavoro opponga un rifiuto connesso al fatto di non disporre di strumenti adeguati?

In tale ipotesi, invocando il bilanciamento degli interessi richiamato nel secondo paragrafo, si può concludere che l'impossibilità per il datore di fornire una strumentazione adeguata:

a) per un verso, renda illegittimo il rifiuto del datore ad accettare l'esecuzione in modalità agile. La richiesta di continuare a rendere la propria prestazione recandosi in azienda realizzerebbe una prevalenza ingiustificata dell'interesse del datore alla continuità della prestazione di lavoro rispetto alla salvaguardia della salute pubblica e della salute dei lavoratori;

b) per un altro verso, configura un'impossibilità dell'adempimento della prestazione lavorativa imputabile al datore che comporta la salvaguardia del diritto alla retribuzione del lavoratore.

Resta da chiedersi quale conseguenza sia possibile ricollegare all'eventualità nella quale, il lavoratore, posto unilateralmente in lavoro agile, eccepisca di non avere presso il proprio domicilio un ambiente adeguato allo svolgimento della prestazione.

Il quesito non è di facile soluzione se si considera che tale eventualità è annoverabile tra le ragioni per le quali la [l. n. 81 del 2017](#) richiede che il lavoro agile venga concordato

tra le parti del rapporto.

Nell'ottica del bilanciamento alla base del ragionamento sin qui svolto, la soluzione va ricercata tenendo conto che le prescrizioni adottate dagli organi dello Stato pongono in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento l'obbligo di cooperare allo scopo di contrastare l'ulteriore diffusione del virus. Ne consegue l'assenza delle condizioni ambientali presso il domicilio del lavoratore non possano costituire una valida ragione di esonero dall'obbligazione di rendere la prestazione lavorativa, pur potendo costituire una motivazione che può assumere una rilevanza sul piano della correttezza dell'adempimento.

Il lavoratore in quarantena o permanenza domiciliare può lavorare in modalità agile?

Il [d.l. 17 marzo 2020, n. 18](#) (c.d. decreto “Cura Italia”) ha previsto, nel suo art. 26, che il periodo trascorso dal lavoratore in quarantena con sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare con sorveglianza attiva sia equiparato a malattia ai fini del trattamento economico previsto dalla normativa di riferimento, pur non essendo computabile ai fini della maturazione del periodo di comporto.

In relazione a tale previsione, ci si deve interrogare se il lavoratore in tali condizioni possa comunque svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile, considerato che lo stesso potrebbe essere perfettamente in salute e non avere alcun sintomo di malattia.

Per rispondere a tale domanda si deve partire dalla constatazione che il fatto che il lavoratore debba essere considerato in malattia comporta che il rapporto di lavoro debba essere considerato temporaneamente sospeso e che quindi il lavoratore non possa svolgere attività lavorativa.

Il datore non può dunque pretendere dal lavoratore l'esecuzione della prestazione.

Appare invece possibile sviluppare un discorso diverso nel caso in cui la scelta di adempiere comunque la prestazione lavorativa sia effetto di un accordo con il lavoratore. In tal caso, la deroga all'equiparazione alla malattia del periodo di quarantena o di permanenza domiciliare appare possibile se si tiene conto che le risorse destinate a permettere l'erogazione dell'indennità di malattia in questo caso sono limitate (cfr. art. 26, comma 5). Proprio in considerazione di tale limitazione, le finalità, ricordate in esordio, cui mirano i provvedimenti adottati per fronteggiare il contagio (tutela della salute pubblica, salvaguardia delle attività produttive essenziali,

prevenzione del contagio) inducono a ritenere possibile riconoscere piena validità all'accordo in base al quale il lavoratore accetta di svolgere la prestazione a distanza e di non avvalersi del trattamento di malattia. Ciò poiché tale accordo contribuisce a rendere possibile un impiego più efficiente e solidaristico delle risorse disponibili, riservandone l'impiego alle ipotesi in cui la prestazione lavorativa sia integralmente impedita in conseguenza della impossibilità di recarsi in azienda.

Riferimenti bibliografici.

L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 3, 771; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 335, 2017; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Napoli, 2018; G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.