

Fabrizio Ferraro \*

## La disciplina emergenziale del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni

---

SOMMARIO: 1. Il lavoro agile alle dipendenze delle PA nell'emergenza pandemica. – 2. La disciplina del lavoro agile nelle PA: cenni. – 3. Lavoro agile nelle PA e Covid-19: la fase “straordinaria” dell'emergenza. – 4. (*Segue*). La fase “ordinaria” dell'emergenza. – 4.1. Le disposizioni a favore dei lavoratori fragili. – 4.2. Le norme di sostegno alla diffusione del lavoro agile: l'organizzazione anti-pandemica degli uffici e le deroghe all'accordo e agli obblighi informativi. – 4.3. (*Segue*). L'utilizzabilità degli strumenti nella disponibilità del lavoratore e la deroga all'art. 18 comma 2, l. 81/2017. – 4.4. Le tecniche di contenimento della pandemia alternative al lavoro agile. – 4.5. Gli interventi successivi sull'organizzazione della PA con lavoro agile. – 5. Le misure per la “scuola agile”. – 6. Conclusioni.

### 1. Il lavoro agile alle dipendenze delle PA nell'emergenza pandemica

L'emergenza pandemica da Covid-19 ha determinato, tra gli altri effetti indiretti, l'accelerazione del processo di diffusione di modalità di lavoro a distanza sia nel pubblico sia nel privato<sup>1</sup>.

L'intervento eteronomo ha quasi neutralizzato la discrezionalità datoriale (art. 41 Cost.; dir. 89/391/CE) in nome della tutela della salute sia quale diritto dei singoli sia quale interesse della collettività (art. 32 Cost.)<sup>2</sup>. E tuttavia la pandemia ha funzionato altresì come un catalizzatore delle tecnologie di comunicazione digitale sul lavoro che, forse troppo lentamente, stavano prendendo piede anche nella pubblica amministrazione.

---

\* Ricercatore a tempo determinato di diritto del lavoro presso Sapienza Università di Roma.

<sup>1</sup> In tema si leggano le considerazioni di M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 6, p. 553 ss.; B. CARUSO, *Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, p. 215 ss.

<sup>2</sup> P. PASCUCCI-A. DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da Covid-19*, SINAPPSI, 2020, 1, p. 131; cfr. anche A. PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, in *Labor*, vol. 4, pp. 455 ss.

Alcune disposizioni emergenziali, di carattere incentivante, rendono il lavoro agile nella pubblica amministrazione, una misura organizzativa utile sia a contrastare e contenere la proliferazione del virus, sia, al contempo, a garantire la continuità dell'attività amministrativa, in un contesto nel quale sarebbe apparso troppo rischioso, dal punto di vista sanitario, il contatto fisico o comunque l'eccessiva prossimità tra lavoratori nelle tradizionali sedi di lavoro.

## 2. La disciplina del lavoro agile nelle PA: cenni

Prima di analizzare più nel dettaglio la disciplina emergenziale di carattere speciale e derogatorio, è indispensabile inquadrare in breve la normativa in materia di lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni<sup>3</sup>.

È noto che per lavoro agile (artt. 18-23, l. n. 81/2017) s'intende una specifica «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» caratterizzata dallo svolgimento di una parte della prestazione all'esterno della sede fisica (ossia dei locali) del lavoro, senza precisi vincoli di tempo e luogo e senza una postazione fissa, promossa dalla legge allo scopo di incrementare la competitività<sup>4</sup> e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017)<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, LPA, 2017, 1, p. 119; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Giappichelli, 2017, p. 257 ss.; su tale tema cfr. anche S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in LPA, 2018, 1, p. 78 ss.; R. CASILLO-M. TUFO, *Il lavoro agile*, in M. ESPOSITO-V. LUCIANI-A. ZOPPOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento i d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (cd. Riforma Madia)*, Giappichelli, p. 204 ss.; A. ZILLO, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, 2018, Adapt, p. 356 ss.; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in RGL, 2018, I, p. 126 ss.; M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in VTDL, 2018, 3, p. 843 ss.; M.L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in QuadRGL, 2019, 4, p. 169 ss.; A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2017, 471 ss.; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, 2020, 147 ss.

<sup>4</sup> Nel caso della PA il termine competitività potrebbe corrispondere all'esigenza, già espressa dall'art. 4, l. n. 191/1998 in materia di telelavoro, di «razionalizzare l'organizzazione del lavoro e realizzare maggiori economie di gestione».

<sup>5</sup> Sul lavoro agile cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in DRI, 2017, 3,

Il terzo comma dell'art. 18 citato chiarisce che «le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'articolo 14 della l. 7 agosto 2015, n. 124, e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti»<sup>6</sup>.

Prima dell'entrata in vigore del capo II della l. n. 81/2017, l'art. 14 della l. n. 124/2015, rubricato "promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche" già sanciva – nella versione in vigore fino al 1° marzo 2020 – che le amministrazioni pubbliche, senza nuovi oneri per la finanza pubblica, avrebbero dovuto «adottare misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro». Si evidenziava altresì l'opportunità di sperimentare, a beneficio delle cure parentali, «nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa» che avrebbero permesso, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo avessero richiesto, di avvalersi di tali modalità, senza penalizzazioni «ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera» nonché della valutazione della performance organizzativa e individuale, salva l'autonomia degli organi costituzionali nella definizione di modalità e criteri di adeguamento.

L'attuazione di questo innovativo programma ha dovuto attendere l'adozione delle direttive organizzative richiamate dall'art. 14 stesso (l. n. 124/2015)<sup>7</sup>. Poco prima dell'entrata in vigore della l. n. 81/2017, ma con esplicito riferimento al progetto di legge A.S. 2233-b sul lavoro agile (nonché alla Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di con-

---

p. 771 ss.; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2017, n. 341; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2017, p. 335; M. FERRARESI, *Lavoro agile*, in *Enc giur.*, Roma, 2017; AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in WP C.S.D.L.E., *collective volumes*, 2017; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 87 ss. Tra i volumi collettanei si segnalano G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2017; e L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Torino, 2017.

<sup>6</sup>Cfr. anche il comma 3-bis dell'art. 18, in materia di priorità a favore di lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità o lavoratori con figli in condizioni di disabilità grave.

<sup>7</sup>Sarebbero state nel frattempo intraprese iniziative degne di nota come il progetto finalizzato alla raccolta di *best practises* denominato "Lavoro agile per il futuro dell PA, curato dal Dipartimento per le pari opportunità (<http://www.pariopportunita.gov.it/lavoro-agile/>); e il progetto "Veneto agile" a cura della Regione (<https://smartworking.regione.veneto.it/enti-locali>).

dizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale) sono state adottate alcune regole organizzative, contenute all'interno della direttiva n. 3/2017 del Dipartimento della funzione pubblica in cui infatti, tra le innovative modalità spazio-temporali immaginate, figura il «lavoro agile o *smart working*».

Per quanto qui di interesse si segnala che la direttiva citata, oltre a definire soggetti promotori, modalità di incentivazione, proposte metodologiche e altri profili applicativi, prescrive di tenere conto della differenza tra lavoro agile e telelavoro<sup>8</sup>, anche per evitare di ridurre la flessibilità lavorativa a una mera prestazione “da casa”. Ciò, durante la prima fase emergenziale, è invero spesso avvenuto in virtù della coincidenza tra lavoro agile e obbligo di permanenza domiciliare salvo giustificato motivo<sup>9</sup>.

Ebbene, mentre nel settore privato i numeri testimoniavano anche prima della pandemia la costante crescita del lavoro agile o delle altre forme di *smart working* di fonte collettiva, gli sforzi del legislatore non avevano prodotto tutti gli effetti sperati nelle pubbliche amministrazioni<sup>10</sup>. Ciò, probabilmente, anche per ragioni culturali legate alla percezione del posto di lavoro come luogo fisico ove è presente il lavoratore, oltre che alla scarsa consapevolezza dei possibili vantaggi. Influiscono significativamente anche la scarsità di risorse, il ritardo tecnologico e l'elevata età media del personale<sup>11</sup>.

### 3. Lavoro agile nelle PA e Covid-19: la fase “straordinaria” dell'emergenza

L'emergenza pandemica ha determinato, dal punto di vista statistico, un'improvvisa impennata di progetti di lavoro agile nella PA fino a ribaltare, nelle fasi più calde della crisi sanitaria, il normale rapporto percentuale tra la-

---

<sup>8</sup> Cfr. anche l'invito al lavoro agile «*in un'ottica di progressivo superamento del telelavoro*» nella circolare n. 1 del 4 marzo 2020 del Dipartimento della funzione pubblica. Cfr. M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, cit., 854. Sulla sottile differenza tra lavoro agile e telelavoro cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in RIDL, 2017, p. 369 ss.: e con riferimento al pubblico impiego A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2017, 471 ss.

<sup>9</sup> Sul punto cfr. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, cit., p. 101 ss. e le conclusioni dello scritto.

<sup>10</sup> Basti confrontare i dati reperibili su <http://www.osservatori.net/it>.

<sup>11</sup> M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella p.a.*, in GCiv, 2020, 17 marzo, p. 5.

voratori in presenza e lavoratori da remoto<sup>12</sup>. La gestione dell'emergenza tramite *lock-down*, prima localizzato e successivamente generalizzato, ha reso il lavoro agile un poderoso strumento di contenimento della diffusione del virus, quindi attuativo sia dell'art. 4, sia dell'art. 32 Cost. Perciò si è parlato con ottime ragioni di un "lavoro agile dell'emergenza", caratterizzato dalla eliminazione di vincoli e limiti per agevolarne al massimo la diffusione anche nella pubblica amministrazione.

Tuttavia, la congerie di norme approvate, provenienti da una molteplicità di fonti di diverso livello, spesso senza un ordine logico chiaro e con l'uso di una terminologia ambigua, ha complicato e tuttora complica un quadro normativo difficile da ricostruire. Per provare a fare ordine si possono distinguere, con riferimento al lavoro agile, due momenti dell'intervento regolativo eteronomo, una fase "straordinaria" e una fase "ordinaria".

La prima cornice degli interventi emergenziali è costituita, da una parte, dalla Delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 dichiarativa dello stato di emergenza<sup>13</sup>; dall'altra, dal d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 (poi conv. con l. 5 marzo 2020, n. 13; e sostituito poi dal d.l. 19/2020, conv. l. 35/2020, v. oltre), contenente misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e da subito diretto a incentivare il lavoro *in modalità domiciliare* e l'adozione di «*specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all'articolo 3*».

Dopo alcuni iniziali interventi piuttosto frettolosi<sup>14</sup>, il d.P.C.M. del 1° marzo 2020 ha determinato la cessazione degli effetti dei precedenti d.P.C.M. e previsto, con effetti su tutto il territorio nazionale, che la modalità di lavoro agile potesse essere applicata, per la durata dello stato di emergenza, «dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti» e in deroga agli obblighi di informativa previsti dall'art.

---

<sup>12</sup> Cfr. i dati ufficiali del monitoraggio reperibili su <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>.

<sup>13</sup> Si segnala subito che lo stato di emergenza è stato prorogato con Delibera del 29 luglio 2020 fino al 15 ottobre 2020 e poi ancora prorogato al 31 gennaio 2021 dalla delibera del 7 ottobre 2020 del Consiglio dei Ministri; cfr. art. 1 comma 1 lett. a, d.l. 125/2020, che ha modificato l'art. 1 comma 1 d.l. 19/2020 conv. l. 35/2020.

<sup>14</sup> Sul fondamento del decreto-legge richiamato sono intervenuti l'art. 3 del d.P.C.M. del 23 febbraio, che aveva previsto l'applicazione provvisoria del lavoro agile «in via automatica» e in deroga all'informativa di cui all'art. 23 della l. n. 81/2017; e l'art. 2 del d.P.C.M. del 25 febbraio che, sempre limitatamente alle "zone rosse", ha abrogato la corrispondente disposizione dell'art. 3, cancellando i dubbi circa il significato dell'applicazione "in via automatica", e previsto, con una formula più chiara e lineare, la possibilità di applicare la disciplina del lavoro agile in deroga all'accordo e all'obbligo di informativa «in via provvisoria, fino al 15 marzo 2020».

22 della l. n. 81/2017 assolvibili in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL (art. 4, comma 1, lett. a). Quest'ultima disposizione di snellimento della disciplina ha costituito il primo volano per la proliferazione del lavoro agile su tutto il territorio nazionale<sup>15</sup>.

Accanto a queste modifiche transitorie della disciplina, deve rilevarsi come gli obblighi di permanenza domiciliare dettati dai d.P.C.M. citati abbiano anche eliso in via di fatto un altro carattere tipico del lavoro agile e cioè lo svolgimento della prestazione «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno» e, per la parte esterna, nel luogo prescelto dal prestatore. Si è conservato invece, seppure «in forma minimale», il requisito dell'assenza di una postazione fissa.

Gli interventi sulla disciplina del lavoro agile si sono affiancati, fin dalla prima fase di gestione della pandemia, a direttive ministeriali<sup>16</sup> e misure economiche di sostegno per l'approvvigionamento di risorse utili a mettere in opera la «remotizzazione» massiva del lavoro alle dipendenze della PA (cfr. art. 18 del d.l. 2 marzo 2020, n. 9).

Contemporaneamente l'art. 19 dello stesso d.l. 9/2020, applicabile ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, avrebbe equiparato al ricovero ospedaliero il periodo in malattia, in quarantena e persino in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> La norma del d.P.C.M. 1° marzo succitata è stata ribadita successivamente, senza alcuna variazione, sia dall'art. 1 comma 1, lett n), d.P.C.M. 4 marzo 2020, sia dall'art. 2 comma 1, lett. r), d.P.C.M. 8 marzo 2020 (integrato dal d.P.C.M. 9 marzo 2020), accanto alla raccomandazione, rivolta tanto al settore privato quanto al pubblico, di «promuovere, durante il periodo di efficacia del presente decreto, la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera r)» (ossia la norma sul lavoro agile). Si sono poi susseguiti ulteriori interventi nella stessa direzione, dedicati al lavoro privato (cfr. ad esempio art. 1 comma 7, lett. a), d.P.C.M. 11 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. a), c), d.P.C.M. 22 marzo 2020; art. 1, comma 1, lett. ii), *sub*-lett. a), e lett. gg) del d.P.C.M. 10 aprile 2020, art. 1, comma 1, lett. ii), *sub*-lett. a), e lett. gg), d.P.C.M. 26 aprile 2020) o di taglio generale come la disposizione autorizzatoria dell'art. 1 comma 1, lett. ff), d.P.C.M. 25 marzo 2020, ai sensi della quale successivi provvedimenti avrebbero potuto predisporre «modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente». Cfr., sulla gestione successiva dell'emergenza, anche d.P.C.M. 7 agosto 2020 e 7 settembre 2020, prima della nuova stretta di ottobre 2020.

<sup>16</sup> Cfr. direttiva del Dipartimento della Funzione pubblica n. 1/2020 (registrata alla Corte dei conti in data 26 febbraio, n. 338), di incentivo al lavoro agile anche in funzione del contenimento della pandemia, successivamente integrata, in relazione all'evolversi della situazione emergenziale, dalla direttiva n. 2/2020 (del 12 marzo, n. 446) e poi dalla successiva direttiva n. 3/2020 di cui si dirà oltre. Già la direttiva n. 2/2020 sdoganava, per la fase emergenziale, il «ricorso al lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa».

<sup>17</sup> Ciò, fino all'abrogazione dell'intero decreto ad opera dell'art. 1 comma 2 della legge di conversione n. 27/2020 e alla sua sostituzione con l'analogo comma 1 dell'art. 87 del d.l. 18/2020 (v. oltre).

#### 4. (Segue). La fase “ordinaria” dell’emergenza

Una volta esaurita una prima fase caratterizzata da maggiore incertezza, le norme di legge hanno cominciato a dettare distinte regole per il pubblico e per il privato, in parte abrogando e riproponendo in diversa forma le norme della fase straordinaria. Centrali, per il lavoro alle dipendenze della PA sono gli art. 87 e 90, comma 4, del d.l. 18/2020, conv. con l. n. 27/2020, e l’art. 263 del d.l. 34/2020, conv. con l. 77/2020<sup>18</sup>.

Nell’esame delle disposizioni del d.l. 18/2020, si riscontrano accavallamenti temporali e sovrapposizioni regolative che rendono molto difficile offrire un quadro ordinato.

È bene chiarire in premessa che l’art. 1, commi 3 e 4, d.l. 83/2020, conv. l. 124/2020, ha predisposto uno specifico regime temporale i cui effetti saranno esaminati più nel dettaglio oltre, con riferimento a ciascuna disposizione. Basti per ora riferire che, ai sensi del comma 3, «i termini previsti dalle disposizioni legislative di cui all’allegato 1 sono prorogati al 31 dicembre 2020» (termine in ultimo introdotto dall’art. 1, comma 3, lett. a, d.l. 125/2020, più ampio del precedente termine del 15 ottobre 2020); e ai sensi del comma 4 «i termini previsti da disposizioni legislative diverse da quelle individuate nell’allegato 1, connessi o correlati alla cessazione dello stato di emergenza dichiarata ... non sono modificati a seguito della proroga del predetto stato di emergenza ... e la loro scadenza resta riferita al 31 luglio 2020». Occorrerà quindi di volta in volta distinguere: disposizioni che non presentano il riferimento all’emergenza pandemica, anche se dettino una scadenza, da considerare in vigore, eventualmente entro il termine ivi previsto, indipendentemente dall’allegato 1; disposizioni che presentano detto riferimento, efficaci (allo stato fino al 31 dicembre 2020) solamente se contenute nell’allegato 1 già menzionato e salva diversa indicazione presente nel medesimo allegato (punti 3 e 32 secondo periodo); disposizioni che, pur riportando ad esempio la dizione “fino alla cessazione dell’emergenza epidemiologica”, non risultano nell’allegato 1, e quindi sono prive di effetto dal 31 luglio 2020.

---

<sup>18</sup>In parallelo si sono attivate anche le Regioni e le Province autonome, col fine di assicurare il massimo ricorso allo *smart working*. E non possono essere trascurati il “Protocollo di accordo per la prevenzione e la sicurezza dei dipendenti pubblici in ordine all’emergenza sanitaria da Covid-19” (sulla scorta del “Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro” datato 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020 e contenente la raccomandazione di lavorare, se possibile, dal domicilio), la contrattazione collettiva di comparto e altri documenti tecnici (doc. n. 49/2020 dell’INAIL).

## 4.1. Le disposizioni a favore dei lavoratori fragili

Alcune disposizioni sono dedicate ai lavoratori cosiddetti “fragili” in quanto in condizioni fisiche che determinano un maggior rischio derivante dal contagio.

Innanzitutto, l’art. 39, comma 1, applicabile sia al settore pubblico sia al settore privato, riconosce precauzionalmente ai lavoratori dipendenti disabili gravi (art. 3, comma 3, l. n. 104/1992) o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle medesime condizioni, il diritto di eseguire la prestazione di lavoro in modalità agile, se compatibile con le caratteristiche della prestazione<sup>19</sup>. La disposizione crea un diritto soggettivo in capo ai lavoratori “fragili” contemplati dalla norma alla sola condizione che la prestazione possa essere resa effettivamente senza precisi vincoli di tempo e luogo<sup>20</sup>. In sede di conversione il campo di applicazione soggettivo del diritto in esame è stato esteso a favore di immunodepressi e familiari conviventi di immunodepressi (art. 39, comma 2-*bis*), mentre solamente per il settore privato è stata riconosciuta priorità nell’accesso al lavoro agile ai lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (comma 2). Pur essendo previsto che la norma avrebbe prodotto effetti solamente fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, la norma è stata inserita nel famigerato allegato 1 (v. *supra*) e, quindi, risulta allo stato produttiva di effetti (art. 1 comma 3, d.l. 83/2020).

Il primo periodo del comma 1 dell’art. 87, in continuità con l’art. 19 del d.l. 9/2020 nel frattempo abrogato, sancisce che il periodo trascorso dai dipendenti delle amministrazioni in malattia o in quarantena con sorveglianza attiva, o in permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva, dovute al CO-

---

<sup>19</sup> Il termine originariamente previsto a norma dell’art. 39 è stato prorogato e spostato dapprima al 15 ottobre 2020 e poi al 31 dicembre 2020, ai sensi dell’art. 1 comma 3 e dell’all. 1, d.l. n. 83/2020, conv. mod. l. 124/2020, come modificato in ultimo dall’art. 1, comma 3, lett a, del d.l. n. 125/2020. Inoltre, l’art. 83 del d.l. n. 34/2020, cit., stabilisce che, ferma restando la sorveglianza sanitaria (art. 41, d.lgs. n. 81/2008) «per garantire lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive e commerciali in relazione al rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza per rischio sanitario sul territorio nazionale, i datori di lavoro pubblici e privati assicurano la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio, in ragione dell’età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia Covid-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbidità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità. Le amministrazioni pubbliche provvedono alle attività previste al presente comma con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente». In tema C. LAZZARI, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *DSL*, 2020, 2, p. 11 ss.

<sup>20</sup> Non si applica alle pubbliche amministrazioni l’art. 90, d.l. n. 34 conv. con modif. nella l. n. 77/2020, e resta fermo del resto, come sottolinea il comma quarto, l’art. 87 del d.l. n. 18/2020, su cui si legga oltre. Ad ogni modo la disposizione figura tra quelle dell’allegato 1 del d.l. 83/2020 poi convertito e modificato (v. oltre) e, pertanto, è stata prorogata al 31 dicembre 2020.



VID-19, è equiparato al periodo di ricovero ospedaliero e non è computabile ai fini del periodo di comporta. La disposizione è ancora in vigore in assenza di riferimenti temporali (cfr. art. 1 comma 4, d.l. 83/2020 cit e si legga oltre).

Tale norma deve essere letta in parallelo con l'art. 26 comma 2 del d.l. 18/2020 cit., (come modificato dal comma 1-*bis* dell'art. 26 del d.l. 104/2020, conv. mod. l. 126/2020), che ha previsto l'equiparazione del periodo di assenza dal servizio al ricovero ospedaliero, con effetti fino al 15 ottobre 2020 (espressamente previsto), per i dipendenti pubblici e privati considerati fragili (immunodepressi o con esiti di patologie oncologiche o con terapie salvavita, o disabili gravi *ex art.* 3, comma 3, l. 104/1992).

Il comma 2-*bis* dell'articolo 26 comma 2 in ultimo citato, a decorrere dal 16 ottobre e fino al 31 dicembre 2020, ha poi confermato per questi stessi lavoratori considerati fragili il diritto di svolgere la prestazione in modalità agile, «anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto». Si integra così con la previsione dell'art. 39 del d.l. 18/2020.

Il lavoro agile assurge, in queste disposizioni, a misura organizzativa nel solco dell'art. 2087 c.c., a tutela di soggetti in condizioni di salute tali da renderli eccessivamente esposti al rischio di contagio.

Una protezione invece ancorata all'art. 30 Cost., oltre che agli art. 32 e 35 Cost., si desume dall'art. 21-*bis* comma 1 del d.l. 104/2020, conv. l. 126/2020, che ha abrogato il consimile art. 5, d.l. 111/2020. La norma, efficace fino al 31 dicembre 2020 (comma 6) ma soltanto entro precisi limiti di spesa (comma 7), consente il lavoro agile ai genitori durante la totalità o una parte del periodo di quarantena obbligatoria del figlio convivente minore di anni quattordici, disposta dalla ASL territorialmente competente a seguito di contatti verificatisi all'interno del plesso scolastico o presso palestre, piscine, centri sportivi o circoli sportivi, pubblici o privati<sup>21</sup>. Se per le caratteristiche della prestazione ciò non sia possibile, allora uno dei genitori può sospendere il rapporto di lavoro sfruttando un congedo per un periodo pari alla durata della quarantena (commi 3 e ss.; cfr. par. dedicato ai congedi in questo volume), ma solamente a condizione che il contagio sia avvenuto «a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico».

È bene chiarire, con riferimento all'ipotesi in ultimo esaminata, che le misure del congedo e del lavoro agile (pur se non attivato ai sensi della norma in esame) sono alternative sia nel senso più scontato che non possono essere

---

<sup>21</sup> Il comma 2 equipara alla scuola e ai luoghi dell'attività sportiva anche le strutture regolarmente frequentate per seguire lezioni musicali e linguistiche.

attivate contemporaneamente, sia nel senso che una delle due può essere fruita da uno solo dei due genitori per ciascun figlio in quarantena minore di anni quattordici.

## 4.2. Le norme di sostegno alla diffusione del lavoro agile: l'organizzazione anti-pandemica degli uffici e le deroghe all'accordo e agli obblighi informativi

È bene ora entrare più nel vivo della regolazione emergenziale del lavoro agile.

Riprendendo l'affermazione contenuta nella direttiva n. 2/2020 sopra citata, il secondo periodo del comma 1 elegge il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, fino alla cessazione dell'emergenza epidemiologica (cfr. art. 1 comma 4, d.l. 83/2020, cit.), «modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa». Più di recente l'art. 26 comma 1-*quiquies*, lett. b, del d.l. 104/2020, conv. l. 126/2020, ha modificato la disposizione, per mitigarne il rigore, nel senso che «il lavoro agile è una delle modalità ordinarie» (cfr. oltre). Se ne deduce ad ogni modo un marcato favore verso il lavoro agile, rispetto ad altri possibili interventi. Viceversa, nel lavoro privato la “modalità agile” è stata, al più, fortemente raccomandata<sup>22</sup>.

Per dare concretezza all'affermazione, altrimenti retorica, circa il carattere ordinario del lavoro agile, il legislatore ha dapprima richiesto ai datori di lavoro pubblici, con disposizione che ha cessato di produrre effetti dal 15 settembre 2020 (art. 263, comma 1, ult. periodo, d.l. 34; v. oltre), di limitare la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza (lett. a)<sup>23</sup>. Ciò, in conformità al “Protocollo di accordo” del 3 aprile 2020 e alla direttiva n. 2/2020 del Dipartimento della funzione pubblica, poi aggiornata dalla direttiva n. 3/2020<sup>24</sup>.

Al lavoratore non era attribuito alcun diritto di non presentarsi fisicamente sul posto di lavoro, indipendentemente dall'individuazione delle attività

---

<sup>22</sup> Come sottolinea M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it, 2020, p. 426, 16.

<sup>23</sup> La circolare n. 2/2020 ha precisato anche che nella PA deve essere garantito, attraverso una rotazione tra i lavoratori insuscettibili di divenire agili, un contingente minimo di personale da porre a presidio di ciascun ufficio.

<sup>24</sup> Direttiva che identifica attività necessarie e indifferibili per l'utenza interna (es. retribuzioni) per l'utenza esterna (es. predilezione per gli appuntamenti telematici e garanzia della distanza *droplet* per appuntamenti indifferibili in presenza).

indifferibili. Al contrario, l'individuazione di attività indifferibili rappresentava in simili casi il necessario presupposto per la corretta attivazione della modalità agile. Insomma, per quanto le modalità possano essere semplificate da ciascuna amministrazione, è pur sempre necessario che il datore di lavoro autorizzi il lavoratore a svolgere attività fuori sede.

La lett. b dell'art. 87 comma 1 conferma poi che l'attivazione del lavoro agile può prescindere dal reciproco consenso delle parti<sup>25</sup> e dal rispetto degli obblighi informativi di cui agli artt. da 18 a 23 della l. n. 81/2017 (lett. b)<sup>26</sup>, precetti questi già contemplati dai primissimi interventi governativi di gestione dell'emergenza e ancora oggi in vigore, fino al 31 dicembre 2020. Si tratta infatti di disposizione che, seppur non presente nell'allegato 1 al d.l. 83 già menzionato, è richiamata nel successivo art. 263 del d.l. 34/2020, ma soprattutto è espressamente fatta salva dall'art. 90 comma 4 dello stesso d.l. in ultimo citato (a sua volta presente nell'elenco al punto 32).

Simili deroghe disarticolano dall'interno la fattispecie disegnata dal legislatore del 2017, incentrata proprio sulla presenza necessaria di un accordo tra le parti del contratto di lavoro subordinato. Così facendo si crea un modello alternativo, congegnato per l'emergenza e quindi strutturalmente provvisorio. Il lavoro agile somiglia, in questo modo, a una misura di carattere prevalentemente organizzativo e pertanto unilateralmente declinabile<sup>27</sup>. E si distingue ancora più nettamente dal telelavoro, la cui attivazione è rimasta volontaria, anche durante l'emergenza.

La disciplina derogatoria si applica a tutti i rapporti di lavoro subordinato, anche se nel periodo di prova.

Si registra nel complesso un notevole alleggerimento del carico amministrativo-burocratico derivante dai normali adempimenti<sup>28</sup>, anche a scapito di obblighi fondamentali per la sicurezza come appunto l'informativa dell'art. 22, l. n. 81/2017<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Sottolinea come, in questo modo, si perda un tratto identitario dell'istituto, B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit., p. 228. Il lavoro agile può essere quindi imposto. Per prassi si è affermato l'uso di raccogliere le adesioni informali del personale dipendente.

<sup>26</sup> La deroga sull'informativa riguarda, secondo la circolare n. 2/2020 della Funzione pubblica, l'art. 22, sull'informativa in materia di sicurezza, e le comunicazioni obbligatorie previste dall'art. 23, ancorché queste non costituiscano «obblighi informativi» in senso stretto.

<sup>27</sup> M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 2020, 426, pp. 16-17. Cfr. in tema anche L. ZOPPOLI-A. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss., ivi 339 s.

<sup>28</sup> In tema circolare INAIL 25 febbraio 2020, n. 6.

<sup>29</sup> Il punto 4 della direttiva n. 3/2020 prevede tuttavia che le PA continuino a diffondere celermente le informazioni sanitarie reperite e «realizzino un' incisiva ed efficace attività di informazione e formazione, con particolare riferimento al complesso delle misure adottate cui il personale deve attenersi».

Tra le conseguenze dirette dell'attivazione del lavoro agile v'è la perdita del buono pasto, salvo diversa determinazione delle singole amministrazioni, previo confronto con le organizzazioni sindacali. Parimenti non trovano applicazione gli altri istituti legati alla presenza fisica in servizio e quindi incompatibili con una prestazione non resa in presenza.

#### **4.3. (Segue). L'utilizzabilità degli strumenti nella disponibilità del lavoratore e la deroga all'art. 18 comma 2, l. 81/2017**

Al fine di ovviare in anticipo ai problemi organizzativi ed economici derivanti da una massiva "delocalizzazione" delle prestazioni di lavoro, per via dell'esigenza improvvisa di dotare molte migliaia di lavoratori di adeguati strumenti tecnologici e di telecomunicazione, il legislatore ha previsto, al comma secondo dell'art. 87, che «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione»<sup>30</sup>.

La norma evidenzia ancora la distanza, nella fase emergenziale, rispetto al telelavoro nel quale la postazione di lavoro, pur se "mobile"<sup>31</sup>, deve essere messa a disposizione, installata, collaudata, mantenuta dall'amministrazione interessata (art. 5, comma 2, d.P.R. n. 70/1999). Lo stesso vale per i collegamenti telematici necessari (art. 5, comma 3).

Onde non contrastare con la disciplina del lavoro agile, la norma in esame prescrive l'inapplicabilità dell'art. 18, comma 2, l. n. 81/2017, ai sensi del quale «il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa»<sup>32</sup>. Tale disposizione correttiva conferma che la "subordinazione agile" può portare con sé nuovi equilibri nella distribuzione delle responsabilità connesse all'adempimento della prestazione di lavoro e, quindi, all'uso degli strumenti, anche nella prospettiva della sicurezza sul lavoro<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Come già indicato, nella primissima fase dell'emergenza, dalla circolare n. 1 del 4 marzo 2020 del Dipartimento della Funzione pubblica (3. Misure di incentivazione), in linea con l'art. 14 della l. n. 124/2015 e con la direttiva n. 3/2017. Sugli acquisti tecnologici della PA cfr. art. 87-bis, d.l. n. 18/2020, cit.); art. 74, commi 3 e 4; e art. 75.

<sup>31</sup> Cfr. art. 5, comma 1, dell'accordo-quadro del 23 marzo 2000, in *Gazz. Uff.* n. 94 del 21 aprile 2000.

<sup>32</sup> In tema si legga A. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve*, cit., 593 ss.

<sup>33</sup> Secondo L. ZOPPOLI-A. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss., 340, una simile esenzione desta anche perplessità in ordine alla

Ad ogni buon conto, questa disposizione, priva di riferimenti temporali, resterà in vigore anche oltre il 31 dicembre 2020.

#### 4.4. Le tecniche di contenimento della pandemia alternative al lavoro agile

Il legislatore ha anche previsto, subordinatamente all'attivazione del lavoro agile, altre tecniche alternative di contenimento del virus capace di proliferare nei luoghi di lavoro (comma 3), adottabili quando ragioni organizzative interne o determinate caratteristiche della prestazione non consentano di attivare la modalità agile<sup>34</sup>.

Le PA che manifestino l'esigenza di continuare a distanziare i dipendenti possono ricorrere alle ferie pregresse, ai congedi (cfr. anche art. 23 ss., d.l. n. 18/2020, cit.) ovvero agli istituti di flessibilità oraria come la banca delle ore, la rotazione e altri istituti analoghi nel rispetto della disciplina collettiva<sup>35</sup>.

In ultima istanza, per i casi in cui non sia possibile né lavorare in modalità agile né utilizzare gli altri istituti richiamati, il legislatore autorizza l'esenzione del dipendente dal servizio, alla stregua di una *extrema ratio*<sup>36</sup>. Tale esenzione deve essere motivata in base all'effettiva impossibilità di far ricorso agli altri istituti, dando conto delle scelte compiute e della peculiare situazione del singolo lavoratore<sup>37</sup>.

Entrambe le misure citate sono applicabili fino al 31 dicembre in quanto l'art. 87 è integralmente fatto salvo dall'art. 90, comma 4, d.l. 34/2020, norma elencata al punto 32 dell'allegato 1 del d.l. 83/2020.

Infine, la circolare n. 2/2020 segnala anche l'opportunità di promuovere percorsi informativi e formativi in modalità *smart* per i lavoratori che diffi-

---

corretta esplicazione dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c. allorché, proprio in ragione dell'appartenenza degli strumenti al lavoratore, «il bisogno di tutela è destinato ad acuirsi».

<sup>34</sup> Si tratta di una impossibilità inerente alla prestazione e «in ragione dei suoi tratti ontologici», come rilevano L. ZOPPOLI-A. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 338.

<sup>35</sup> Per quanto riguarda le ferie, la circolare n. 2/2020 chiarisce che occorre fare riferimento alle ferie maturate e non fruito, quindi con esclusione delle festività soppresse non fruito e calcolate secondo le previsioni della contrattazione collettiva di comparto nell'ambito dell'esercizio delle prerogative datoriali.

<sup>36</sup> Cfr. anche i commi 6 e 7 dell'art. 87 che disciplinano la dispensa dal servizio, da una parte, e la licenza straordinaria, il congedo straordinario e la malattia, dall'altra, per Forze di polizia, Forze armate e Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

<sup>37</sup> La circolare citata precisa anche che il provvedimento di esenzione non potrebbe riguardare i dirigenti per via della funzione di coordinamento e direzione rivestita anche ai fini della gestione della fase emergenziale.

cilmente possono eseguire lavoro agile<sup>38</sup>. Si tratta di una alternativa che invece, come detto, è stata perseguita con maggior decisione per i lavoratori fragili (cfr. par. 4.2).

#### **4.5. Gli interventi successivi sull'organizzazione della PA con lavoro agile**

Il d.l. 19/2020, conv. l. 35/2020, che ha abrogato e sostituito funzionalmente il d.l. 6/2020, ha confermato i precedenti interventi prevedendo, tra le misure adottabili con successivi decreti, all'art. 1 comma 2, lett. s), «la limitazione della presenza fisica dei dipendenti negli uffici delle amministrazioni pubbliche ... salve le attività indifferibili e l'erogazione dei servizi essenziali prioritariamente mediante il ricorso a modalità di lavoro agile»; e, alla lett. ff), «la predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente».

Al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti già avviati, l'art. 263, comma 1, d.l. n. 34/2020, ha previsto norme di adeguamento dell'operatività degli uffici pubblici alle esigenze di cittadini e imprese, tenendo in considerazione anche il graduale riavvio delle attività private che sarebbe avvenuto tra la primavera e l'estate.

Innanzitutto, al fine di assicurare la massima gradualità nella ripresa delle attività e non pregiudicare la funzionalità dell'attività amministrativa, è stato stabilito, per l'adozione da parte delle pubbliche amministrazioni di forme organizzative più adatte alla situazione, il termine del 31 dicembre 2020<sup>39</sup>.

È evidente il collegamento tra le misure organizzative o gestorie e la diffusione del lavoro agile nella pubblica amministrazione. Infatti, la norma in questione stabilisce che le PA organizzino il lavoro dei dipendenti, e quindi l'erogazione dei servizi, in deroga alle disposizioni sulla conservazione delle sole attività imprescindibili e non procrastinabili e sulla esenzione dal servizio (art. 87, comma 1, lett. a, e comma 3, d.l. n. 18/2020, cit.), suggerendo l'adozione, anche cumulativa, di forme di flessibilità oraria attraverso una rivisitazione dell'articolazione dell'orario giornaliero e settimanale; ovvero «modalità di interlocuzione programmata», da intendere come calendarizzazione di appuntamenti, possibile «anche attraverso soluzioni digitali e non in

---

<sup>38</sup>Per quanto concerne gli effetti dell'esenzione, la legge equipara il periodo di non lavoro al periodo di servizio, senza computarlo nei quarantacinque giorni annuali di congedo straordinario (cfr. art. 37, comma 3, d.P.R. n. 3/1957, come sostituito dall'art. 3, l. n. 537/1993). Si precisa altresì che l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, che resta pertanto strettamente legata quantomeno al servizio effettivo.

<sup>39</sup>Inizialmente più ampio anche dello stato di emergenza fissato al 31 luglio 2020, poi al 15 ottobre 2020 (d.P.C.M. del 29 luglio 2020) e infine prorogato ancora fino al 31 gennaio 2021.

presenza»; o infine *l'applicazione del lavoro agile con le misure semplificate dell'art. 87, comma 1, lett. b), d.l. n. 18, cit.*

Lo stesso art. 263 precisa poi, con una norma-obiettivo, che simili alternative andranno perseguite almeno per il 50% del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità<sup>40</sup>, «e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente» (proposizione aggiunta dall'art. 31, comma 1-bis del d.l. 76/2020, conv. l. 120/2020).

Per consentire un costante adeguamento alla gestione evolutiva della pandemia, si prevede altresì che modalità, criteri e principi in materia di flessibilità e lavoro agile saranno fissati con successivi decreti del Ministro per la pubblica amministrazione<sup>41</sup>, «anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi», cioè diverse percentuali o più specifiche modalità (cfr. il decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione del 19 ottobre 2020: v. oltre).

Restano ferme le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro dettate anche dal già citato Protocollo condiviso del 14 marzo e da quello specifico del 3 aprile, cui le PA devono adeguarsi (art. 263, comma 2, cit.).

Le successive misure governative hanno confermato l'assetto descritto<sup>42</sup>. In particolare, l'art. 5, comma 3, del DPCM del 3 novembre 2020, prevede che,

---

<sup>40</sup> A ciò si aggiunga che il DPCM 24 ottobre 2020 ha previsto, all'art. 3 comma 4, che le PA dispongano la «differenziazione dell'orario di ingresso del personale» (raccomandata altresì per i datori di lavoro privati).

<sup>41</sup> Se ne occupa l'Ufficio per l'innovazione amministrativa, lo sviluppo delle competenze e la comunicazione («Servizio per l'innovazione e lo sviluppo delle competenze»), come previsto dall'art. 7 del d.m. 24 luglio 2020.

<sup>42</sup> Cfr art. 3 comma 3 del d.P.C.M. 13 ottobre 2020 (dal contenuto identico alla corrispondente disposizione del successivo d.P.C.M. 24 ottobre 2020); e il successivo decreto attuativo del Ministro della pubblica amministrazione del 19 ottobre 2020, che sancisce solennemente che «il lavoro agile nella pubblica amministrazione costituisce una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa». Tale decreto dettaglia altresì le peculiarità della modalità agile consegnata dal legislatore per la fase dell'emergenza (sempre senza accordo e con le semplificazioni, fino al 31 dicembre 2020) e conferma l'adozione per almeno il cinquanta per cento del personale, anche se «le pubbliche amministrazioni, tenuto conto dell'evolversi della situazione epidemiologica, assicurano in ogni caso le percentuali più elevate possibili di lavoro agile, compatibili con le potenzialità organizzative e con la qualità e l'effettività del servizio erogato». Lo stesso decreto detta poi alcune norme sullo svolgimento del lavoro in modalità agile (strumenti, fasce di contattabilità, riposo, disconnessione) e prevede infine ulteriori disposizioni di organizzazione (ad es. flessibilità oraria in entrata e in uscita; altre modalità organizzative come le riunioni a distanza) e monitoraggio. Ai sensi del comma 4 della disposizione in esame, «gli organi costituzionali e di rilevanza costituzionale, nonché le autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Commissione nazionale per le società e la borsa e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, ciascuno nell'ambito della propria autonomia, adeguano il proprio ordinamento ai principi di cui al presente articolo». Si legga anche il decreto del Ministro della PA del 4 novembre che disciplina le regole dell'Osservatorio sul lavoro agile nelle PA.

ferma la percentuale minima di cui all'art. 263 cit., le PA assicurino «le percentuali più elevate possibili di lavoro agile, compatibili con le potenzialità organizzative e con la qualità e l'effettività del servizio erogato con le modalità stabilite da uno o più decreti del Ministro della pubblica amministrazione». Il successivo comma 4, lett. a, stabilisce che ciascun dirigente pubblico «organizza il proprio ufficio assicurando, su base giornaliera, settimanale o plurisettimanale, lo svolgimento del lavoro agile nella percentuale più elevata possibile, e comunque in misura non inferiore a quella prevista dalla legge, del personale preposto alle attività che possono essere svolte secondo tale modalità, compatibilmente con le potenzialità organizzative e l'effettività del servizio erogato».

## 5. Le misure per la “scuola agile”

Meritano infine menzione le misure speciali per il settore scolastico, oggetto di particolare attenzione, anche mediatica, per via della difficoltà di rendere compatibili le contingenti esigenze di protezione sanitaria *ex art. 32 Cost.* e il buon funzionamento del sistema educativo *ex artt. 33 e 97 Cost.* In un primo momento, quando era nettamente preminente l'obiettivo di contenere «ogni diffusione del contagio», e quindi in corrispondenza con la sospensione delle attività didattiche in presenza, l'art. 2, comma 3, d.l. n. 22/2020, conv. con modif. nella l. n. 41/2020 (allegato), aveva imposto al personale docente la didattica a distanza, precisando che dirigenti e personale scolastico avrebbero dovuto lavorare in modalità agile con le forme semplificate dell'art. 87 del d.l. 18/2020 cit., attraverso apparecchiature informatiche e collegamenti telefonici e telematici. A tal fine si autorizzavano incrementi di spesa per l'acquisto di materiali informativi (cfr. comma 3-*bis*). Il comma 3-*ter* della norma in esame, introdotto in sede di conversione, rinviava poi a un apposito accordo contrattuale collettivo integrativo stipulato con le associazioni sindacali rappresentative sul piano nazionale per il comparto “Istruzione e ricerca”, al fine di regolare i diversi aspetti della prestazione lavorativa erogata a distanza, nei limiti della cornice legale del lavoro agile e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Più di recente, con l'obiettivo di assicurare il “rientro in classe” per l'anno accademico 2020/2021, l'art. 32, comma 4 del d.l. n. 104/2020 ha invertito in modo netto la rotta, stabilendo espressamente che al personale scolastico e al personale coinvolto nei servizi erogati dalle istituzioni scolastiche in convenzione o tramite accordi non si applichi il lavoro agile *ex art. 263*, d.l. n. 34/2020 cit. Ciononostante, restavano molti gli interrogativi aperti sulla ripartenza della



didattica dal vivo. Tale impostazione era stata confermata però assai di recente dall'art. 1 comma 6 lett. r) del D.P.C.M. del 13 ottobre 2020.

L'esplosione autunnale del contagio virulento ha determinato una nuova inversione di marcia. L'art. 1 comma 1, lett d), n. 6) del D.P.C.M. del 18 ottobre ha modificato le lett. r) citata del D.P.C.M. del 13 ottobre, distinguendo da una parte l'attività didattica ed educativa per il primo ciclo di istruzione e per i servizi educativi per l'infanzia, che avrebbe continuato a svolgersi in presenza; e dall'altra, le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado, abilitate invece, in contesti territoriali particolarmente rischiosi, ad «adottare forme flessibili nell'organizzazione della didattica» ex artt. 4 e 5 del d.P.R. 275/1999, anche attraverso la didattica digitale integrata e la modulazione dei turni di accesso e di uscita (turni pomeridiani ed ingresso dalle ore nove). L'aggravarsi del quadro epidemiologico, dopo appena sei giorni, ha convinto il Governo dell'opportunità di incrementare, per le medesime istituzioni scolastiche, «il ricorso alla didattica digitale integrata, per una quota pari almeno al 75 per cento delle attività, modulando ulteriormente la gestione degli orari di ingresso e di uscita degli alunni» (art. 1, comma 9, lett. s, D.P.C.M. 24 ottobre 2020). Tale quota è stata poi innalzata al 100% dall'art. 1, comma 9, lett. s, del DPCM del 3 novembre 2020.

## 6. Conclusioni

L'esperienza dell'emergenza sanitaria nelle pubbliche amministrazioni sta disvelando, meglio che in passato, vantaggi e limiti del lavoro agile.

Innanzitutto, snellire la disciplina del lavoro agile e, quindi, le procedure di attivazione ne ha sicuramente velocizzato la diffusione (cfr. in particolare art. 87, d.l. n. 18/2020, cit.), garantendo innanzitutto un sicuro argine alla trasmissione del virus e quindi una maggiore protezione collettiva dal rischio di contagio. E tuttavia le deroghe all'accordo e alle informative e la liberalizzazione della facoltà d'uso di strumenti di proprietà del lavoratore senza responsabilità datoriale, oltre a determinare una trasfigurazione dell'ipotesi normativa originaria (art. 18 ss., l. n. 81/2017, cui pure la legislazione emergenziale fa espresso riferimento) e forti dubbi sulla tenuta del principio sotteso all'art. 2087 c.c., cancellano, col patto di lavoro agile, «contenuti ed effetti esclusivi e del tutto peculiari, che [...] spiegano sin d'ora la ben maggiore diffusione» del lavoro agile rispetto al telelavoro<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in RIDL, 2017, p. 391.

Il lavoro agile dell'emergenza ha consentito in molti casi di assicurare la continuità del lavoro e dell'azione amministrativa. Tuttavia la pandemia ha messo a dura prova l'idea di un lavoro agile inteso come fonte di efficienza e dinamismo dell'attività amministrativa o di valutazione della performance individuale: a fronte di limitate capacità organizzative, tempi ristretti e scarse risorse, il lavoro agile è stato attuato talvolta senza verifiche circa l'effettiva utilità e produttività della prestazione resa a distanza o l'idoneità degli strumenti o senza chiarire modalità di coordinamento e modalità d'esercizio dei poteri datoriali o ancora senza fornire chiari obiettivi al lavoratore che risultano talvolta indispensabili perché il lavoro a distanza sia produttivo.

D'altra parte, durante la pandemia, sono emersi nuovi interrogativi sulla sostenibilità, non solo organizzativa ma anche sociale e psicologica, del lavoro agile forzatamente svolto "da casa" e, quindi, sulle condizioni di utilità del lavoro agile in riferimento all'obiettivo della conciliazione vita-lavoro<sup>44</sup>.

Ad ogni modo, al di là delle criticità emerse, gli ambiziosi progetti riorganizzativi imposti dall'art. 87 del d.l. n. 18/2020, cit., e dall'art. 263 del d.l. n. 34/2020, cit., hanno in poco tempo cambiato l'assetto degli uffici. La sfida resta però cambiare per il futuro la mentalità della pubblica amministrazione. Non bisogna d'altro canto dimenticare che le discipline esaminate sono intrinsecamente transitorie, avendo un limite temporale legato alla durata dell'emergenza e comunque allo stato fissato, per l'organizzazione anti-pandemica della PA, al 31 dicembre 2020.

A tal proposito non mancano misure occasionate forse dalla pandemia, ma con effetti più a lungo termine, che dimostrano come l'esperienza della pandemia, ancora in corso, abbia prodotto conseguenze sull'ordinario modo di organizzare e gestire il lavoro negli uffici pubblici<sup>45</sup>. Anche alla luce

---

<sup>44</sup> Non si deve inoltre trascurare la difficoltà di conciliare adempimenti familiari e lavoro nel contesto casalingo in cui molti dei lavoratori agili, pur se astrattamente liberi di scegliere tempi e luoghi del proprio lavoro, sono talvolta costretti a lavorare, come accaduto durante il *lockdown* che ha disvelato infatti nuove fragilità. Sul tema cfr. M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 6, p. 556 ss., ivi 567; S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al covid-19: prime osservazioni*, in *GCiv*, 2020, 18 marzo, p. 5. Si legga, con specifico riferimento al lavoro agile nelle PA, M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *LG*, 2020, 5, p. 511 ss. Cfr. anche M.C. CATAUDELLA, *Lo smart working "emergenziale" nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., p. 35 ss.; C. SPINELLI, *Le contraddizioni del lavoro agile nelle Pubbliche amministrazioni*, in *Italianieuropei*, 2020, p. 3. Cfr. anche l'analisi di R. CAPPETTA-M. DEL CONTE, *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in *Treccani.it*, 31 marzo 2020.

<sup>45</sup> Cfr. art. 4 bis dell'art. 263, sull'istituzione del c.d. Piano organizzativo del lavoro agile (POLA; art. 14, commi 1 e 3, l. 124/2015); e art. 31 del d.l. 76/2020 conv. l. 120/2020, sulla «semplificazione dei sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni e dell'attività di coordinamento nell'attuazione della strategia digitale e in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica»

di simili previsioni è altamente probabile – e per molti aspetti auspicabile – che l’esperienza fatta inciderà ancora sulle scelte organizzative future della pubblica amministrazione, rendendola forse in grado di utilizzare il lavoro agile, anche fuori dall’emergenza, con meno timore e maggiore consapevolezza<sup>46</sup>.

---

(cfr. i nuovi commi 3-bis e 3-ter dell’art. 12, d.lgs. 82/2005). In tema, sulle prospettive, cfr. M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego*, cit., 151 ss.

<sup>46</sup>Cfr. anche le riflessioni di M.D. FERRARA, *Oltre l’emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it, 2020, 426, p. 20.