

Virus in fabula
Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19

a cura di

Gian Paolo Dolso

Maria Dolores Ferrara

Davide Rossi

Il presente volume è stato pubblicato con il finanziamento del Fondo servizi studenti del Corso di studio in Giurisprudenza e con i Fondi del Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione dell'Università di Trieste.



EUT Edizioni Università di Trieste 2020

ISBN 978-88-5511-179-9 (print)
ISBN 978-88-5511-180-5 (online)

EUT - Edizioni Università di Trieste
Via E. Weiss, 21 – 34128 Trieste
eut@units.it
<http://eut.units.it>
<https://www.facebook.com/EUTEditioniUniversitaTrieste>

Virus in fabula
**Diritti e Istituzioni
ai tempi del covid-19**

a cura di Gian Paolo Dolso,
Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi



Edizioni
Università
di Trieste

INDICE

Introduzione. L'ordinato disordine del diritto ai tempi della pandemia di <i>Gian Paolo Dolso, Maria Dolores Ferrara, Davide Rossi</i>	9
--	---

PROFILI STORICI E IMPATTO SULLA SOCIETÀ

Eccezione, emergenze, digitalizzazione di <i>Mauro Barberis, Nicola Muffato</i>	15
Pandemia e numeri globali: la comparazione giuridica quantitativa ai tempi del covid-19 di <i>Marta Infantino</i>	29
<i>Caelum pestilens</i> . Riflessi delle pandemie antiche nel diritto romano di <i>Mario Fiorentini</i>	47
Il morbo e il veleno. Pandemie e violenza sociale nell'Italia del Risorgimento di <i>Pierpaolo Martucci</i>	61
Dall'eccezionalità all'ordinarietà, ossia quando la legislazione d'emergenza si consolida. Il caso del domicilio coatto di <i>Davide Rossi, Alessandro Agrì</i>	75
La rappresentanza politica: dall'accezione autoritaria della rappresentanza istituzionale fascista al voto repubblicano di <i>Nicoletta Laurenti Collino</i>	95

PANDEMIA E ISTITUZIONI

La normativa “speciale” sulla gestione della pandemia da covid-19 sotto il profilo dei rapporti tra competenze statali e regionali di <i>Paolo Giangaspero</i>	113
I poteri amministrativi al tempo del coronavirus: ordinanze di necessità ed urgenza di <i>Sandro De Gotzen</i>	131
Tra flessibilità e ortodossia economica: la valutazione di incompatibilità degli aiuti di stato al tempo dell'emergenza covid-19 di <i>Martina Previatello</i>	147
Il D.P.C.M. come inedito strumento di gestione statale dell'emergenza da covid-19 di <i>Antonio Mitrotti</i>	165
Le udienze civili in videoconferenza: un modello permanente? di <i>Lotario Dittrich</i>	183
Le udienze a trattazione scritta ai tempi dell'emergenza sanitaria di <i>Alessandra Frassinetti</i>	193
Il processo del lavoro alla prova dell'emergenza di <i>Luca Iero</i>	207
Il diritto dell'impresa e la sfida del covid-19 di <i>Massimo Bianca, Giulia Serafin</i>	225
Interventi a favore delle imprese per affrontare la crisi causata dalla pandemia da covid-19 di <i>Giuseppe Capurso, Marco Tronti</i>	239
Tutela della salute pubblica e controllo sociale: prove di legalità nel periodo dell'emergenza sanitaria di <i>Maria Cristina Barbieri</i>	249

EMERGENZA E DIRITTI

Emergenza sanitaria e libertà di circolazione di <i>Gian Paolo Dolso</i>	263
Violenza contro donne e minori al tempo del coronavirus: prime riflessioni e primo bilancio (provvisorio) di <i>Natalina Folla</i>	279

L'impatto dell'emergenza economica post covid-19 sui sistemi fiscali di <i>Dario Stevanato, Alessia Sbroiavacca</i>	295
Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità di <i>Maria Dolores Ferrara</i>	311
Brevi note in tema di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nel contesto dell'emergenza sanitaria da covid-19 di <i>Roberta Nunin</i>	329
Bisogni comuni e sostegno universale al reddito da lavoro di <i>Andrea Zubin</i>	343
Diritto alla riservatezza del paziente ed emergenza da covid-19 di <i>Angelo Venchiarutti</i>	357
Considerazioni sull'APP Immuni di <i>Giuseppe Citarella</i>	371

SEMINARIO DIDATTICO

La pandemia nelle aule triestine di <i>Paolo Ferretti, Davide Rossi</i>	385
Contributi degli studenti dei corsi di <i>Tutela costituzionale dei diritti fondamentali, Diritto del lavoro avanzato, Storia e tecnica delle codificazioni e costituzioni europee dell'Università degli Studi di Trieste, Anno Accademico 2019/2020</i>	389

OLTRE L'EMERGENZA: LAVORO, CONCILIAZIONE E AGILITÀ IN CONDIZIONI DI FRAGILITÀ

MARIA DOLORES FERRARA*

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

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

Sul piano normativo, poi, alla tempesta epidemica è seguita una vera e propria tempesta normativa, complessa e disorganica che si fa fatica a razionalizzare nella sua intrezza. L'eccezionalità deriva anche dai riflessi potenzialmente durevoli sugli archetipi normativi tanto da far temere i rischi di uno stato d'eccezione¹ in cui la soluzione del problema coincide con un nuovo posizionamento assiologico dell'ordine normativo. Oppure, preferibilmente, la pandemia può funzionare da vettore di mutamento², in grado di offrire soluzioni credibili per affrontare la nuova questione sociale post emergenza³.

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

* Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste.

¹ Cfr. G. Agamben, *L'invenzione di un'epidemia*, in *Quodlibet*, 26 febbraio 2020.

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

³ Cfr. O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, *Introduzione. Una zattera per ripartire (tutti insieme)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, Roma, 2020, p. 13.

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

In tempi di emergenza sanitaria parlare di diritti sembra una sfida difficile, rischiando piuttosto di trasformarsi in un elenco di necessarie restrizioni per la salvaguardia di finalità superiori. La panoplia di strumenti di diritto del lavoro ha provato a rafforzare, per taluni limitati profili, i lavoratori e le lavoratrici nel rapporto di lavoro e a sostenerne il reddito in caso di riduzione/cessazione dell'attività lavorativa⁴.

In relazione allo specifico oggetto di questo contributo, dunque, la scoperta del virus ha imposto la necessità di un supporto maggiore a seguito dei provvedimenti di sospensione delle attività scolastiche adottati dal Governo nelle prime fasi della pandemia.

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

Va detto che sono, ad oggi, intervenuti numerosi messaggi e circolari dell'Inps e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contenenti non solo indicazioni operative ma anche chiarimenti importanti su diversi profili tra cui i soggetti titolati, i requisiti, le incompatibilità.

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

Sin dai primi commenti è stato detto che il congedo è transitorio in quanto collegato alla sospensione dei servizi educativi/scolastici pubblici e privati⁵ e

⁴ Al momento in cui si scrive, le disposizioni inerenti al lavoro si rinvengono prevalentemente nel D.L. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. *Cura Italia*, conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27; nel D.L. 8 aprile 2020, n. 23, c.d. *Liquidità*, conv. in L. 5 giugno 2020, n. 40; nel D.L. 19 maggio 2020 n. 34, c.d. *Rilancio*, conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77; nel D.L. 16 giugno 2020, n. 52 e nel recente D.L. 30 luglio 2020, n. 83 che ha prorogato alcune norme collegate allo stato di emergenza.

⁵ Cfr. M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giusiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

che si ispira al modello del congedo parentale ma che da esso differisce per alcuni aspetti⁶. Da un lato, è identica l'età massima dei figli (12 anni)⁷, la possibilità di utilizzazione continuata o frazionata e la sua fruibilità in forma giornaliera od oraria⁸. Dall'altro, il congedo Covid differisce perché l'uso è alternativo da parte di entrambi genitori lavoratori conviventi e non cumulativo, sempre che nel nucleo familiare non vi sia altra persona beneficiaria di ammortizzatori a sostegno del reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o altro genitore disoccupato o non lavoratore. È diverso, inoltre, perché viene erogata un'indennità pari al cinquanta per cento della retribuzione, anche se per il relativo calcolo si rinvia alle modalità sancite per i congedi parentali dall'art. 23, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

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

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

Questo dato indirizza la riflessione su altri piani. Il congedo Covid, infatti, pare, soprattutto dopo le proroghe, assomigliare ad un sottotipo del congedo parentale⁹, affievolendosi la finalità di supplire alla chiusura delle scuole e confermandosi come misura di conciliazione vita/lavoro in un periodo in cui normalmente, anche in tempi non di crisi sanitaria, i genitori sono alle prese con la gestione della prole per effetto della pausa estiva. Si caratterizza, in particolare, per la spiccata natura assistenziale, data la sua temporaneità e il suo finanziamento, al pari dei *bonus* per *babysitter*/centri estivi. Quanto detto è confermato anche da altre considerazioni. Posto che il congedo Covid è incompatibile con la contemporanea (negli stessi giorni) fruizione del congedo parentale per lo stesso figlio da parte dell'altro genitore appartenente al nucleo familiare e che nei giorni in cui non si usufruisce del permesso straordinario è possibile fruire

⁶ Cfr. L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 160.

⁷ Tale limite di età non si applica in riferimento ai figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, L. n. 104/1992, iscritti a scuole di ogni ordine e grado o ospitati in centri diurni assistenziali (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020).

⁸ La frazionabilità oraria è stata espressamente sancita dalla legge di conversione, n. 77/2020, del decreto *Rilancio*.

⁹ In senso contrario, rimarkano la differenza rispetto al congedo parentale L. Calafà, *Conciliare nell'emergenza*, cit., 160 ss.; A. Donini, *Permessi e congedi*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2020, p. 395.

dei giorni di congedo parentale¹⁰, come anche chiarito dall'Inps¹¹, le domande di congedo parentale o di prolungamento del medesimo, presentate a partire dal 29 marzo 2020 per periodi ricadenti nell'arco temporale ricompreso dal 5 marzo 2020 al 31 luglio 2020 (termine oggi spostato al 31 agosto 2020), non sono oggetto di conversione/trasformazione d'ufficio in domanda di congedo Covid-19, sia in quanto da quella data è possibile esercitare l'opzione di fruire dell'uno o dell'altra tipologia di congedo sia alla luce dell'estensione del periodo di fruizione del congedo Covid e del possibile accesso al *bonus* alternativo per i servizi di *babysitter*/centri estivi.

La stessa alternatività tra i vari strumenti è stata oggetto di interpretazioni più elastiche in considerazione dell'allungamento del periodo di fruizione del congedo straordinario sì da rendere l'uso delle misure in continuità¹², ammettendosi, ad esempio, che in presenza di una o più domande di *bonus* per un importo pari o inferiore a 600 euro (o 1000 nel caso del *bonus* per il personale del settore sanitario, art. 25, co. 3, D.L. n. 18/2020) è possibile fruire di un massimo di 15 giorni di congedo Covid¹³. Dalla lettura dei chiarimenti dell'Inps in tema di compatibilità del congedo straordinario con gli ammortizzatori a sostegno del reddito, la malattia, il lavoro agile, le ferie, l'aspettativa non retribuita, il *part-time* e il lavoro intermittente¹⁴, si desume che il congedo straordinario pare una misura a sostegno del nucleo familiare nel tentativo di offrire soluzioni per conciliare il lavoro di cura con l'attività lavorativa in un momento in cui lo spazio e il tempo del lavoro sono stati fortemente destrutturati a causa dell'emergenza.

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

¹⁰ Messaggio Inps del 15 aprile 2020, n. 1621.

¹¹ Circolare 8 luglio 2020, n. 81.

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

¹³ Circolare Inps 8 luglio 2020, n. 81.

¹⁴ Messaggio Inps 15 aprile 2020, 1621 e circolare INPS 17 giugno 2020, n. 73.

Se configurato in tal modo, l'applicazione analogica della disciplina ordinaria risulta un'operazione più agevole e consente, quindi, di rinviare ad essa nel caso di lacune, come, ad esempio, in relazione alla questione della fruizione da parte dei genitori adottivi (non espressamente menzionati assieme ai genitori affidatari nell'art. 23, co. 7, D.L. n. 18/2020)¹⁵ e, soprattutto, con riferimento al regime del licenziamento causato dalla domanda o dall'utilizzo del congedo Covid. Non potendosi applicare l'art. 46 del D.L. n. 18/2020, in quanto il blocco si riferisce ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo¹⁶, si ritiene applicabile, in via analogica, la disciplina generale di cui all'art. 54, co. 6, D.Lgs. n. 151/2001, e il conseguente regime di nullità. In relazione all'astensione senza retribuzione in favore dei figli minori di sedici anni, la previsione del divieto di licenziamento, sancita espressamente dalla norma emergenziale, è stata invece giudicata pleonastica¹⁷, poiché l'esercizio di un diritto del lavoratore non può essere causa del licenziamento: in questo caso, il licenziamento sarebbe per giustificato motivo oggettivo a causa della prolungata assenza dal lavoro. Tuttavia, se si riferisce detto divieto alla richiesta di fruizione da parte del genitore del periodo di astensione e non alla mera assenza prolungata dal lavoro, la tutela di cui all'art. 24, co. 6, D.L. n. 18/2020, pare più assimilabile, per analogia, alla disciplina dei divieti contenuti nel decreto n. 151/2001 (art. 54), condividendone la medesima finalità e natura, con conseguente possibile qualificazione del licenziamento intimato in violazione del divieto stabilito dalla disposizione emergenziale come nullo in quanto discriminatorio e non per motivo oggettivo¹⁸. Questa interpretazione permette di superare, nel caso in esame, i problemi interpretativi sorti in merito al regime di tutela applicabile, nell'ambito di un contratto a tutele crescenti, per quanto concerne gli esiti della violazione del divieto di licenziamento per motivi oggettivi di cui all'art. 46, D.L. n. 18/2020. Nel caso di inosservanza del blocco dei licenziamenti, infatti, la nullità dell'atto non è espressamente contemplata dalla legge e, quindi, non potrebbe comportare l'applicazione della disciplina dei licenziamenti nulli *ex art. 2, D.Lgs. n. 23/2015*, ma si configurerebbe come una nullità di diritto comune con effetto,

¹⁵ Il riconoscimento è avvenuto con la circolare Inps del 25 marzo 2020, n. 45 che estende la misura ai genitori adottivi e ai genitori che hanno in collocamento temporaneo i minori.

¹⁶ M. Vitaletti, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, cit., p. 10.

¹⁷ P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 588.

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

ad esempio, di non poter accedere all'indennità minima di cinque mensilità e all'indennità sostitutiva di quindici mensilità di retribuzione¹⁹.

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

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

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

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

¹⁹ P. Passalacqua, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto rilancio*, cit., p. 585.

sonale sanitario e del comparto sicurezza, difesa, soccorso pubblico impiegato per le esigenze connesse all'emergenza epidemiologica.

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

2.1. *Tutela e cura dei soggetti fragili*

Se, da un lato, il virus ha funzionato come *marker* rivelatore di fragilità, dall'altro, esso ha svolto anche il ruolo di attivatore di rimedi (seppure temporanei) per attutirne l'impatto sui lavoratori più vulnerabili, tra cui le persone con disabilità e i malati cronici. Dalla mappatura delle norme adottate per fronteggiare la crisi sanitaria emergono due tipologie di intervento a sostegno dei lavoratori fragili: gli strumenti a garanzia delle esigenze di cura e le misure adottate nel rapporto di lavoro.

Per quanto concerne il primo profilo, sono state assicurate azioni *ad hoc* a garanzia delle esigenze di cura in favore dei soggetti che prestano assistenza a persone particolarmente fragili perché affette da grave disabilità o da gravi patologie con ridotta capacità lavorativa o immunodepresse. Oltre al sostegno della genitorialità, la legislazione emergenziale ha provato ad adattare gli strumenti ordinari alle necessità dei *caregiver*, innovando per taluni aspetti: il congedo Covid, di cui si è detto sopra, a prescindere dai limiti di età in caso di figli con disabilità grave accertata (art. 23, co. 5, D.L. n. 18/2020); l'estensione dei permessi retribuiti coperti da contribuzione figurativa di cui all'articolo 33, co. 3, L. n. 104/1992, pari a dodici giornate usufruibili nei mesi di marzo e aprile

2020 e di ulteriori complessive dodici giornate usufruibili nei mesi di maggio e giugno 2020 (art. 24, D.L. n. 18/2020); lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile per i familiari conviventi di soggetti che presentano disabilità grave accertata, gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, immunodepressione (art. 39, D.L. n. 18/2020); l'esclusione della giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2119 c.c. in caso di assenza dal posto di lavoro del genitore convivente con una persona con disabilità, previa comunicazione dell'impossibilità di accudire la persona a seguito della sospensione delle attività dei centri assistenziali fino alla data di sospensione di questi servizi (30 aprile) (art. 47, co. 2, D.L. n. 18/2020).

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

Nei numerosi provvedimenti emanati l'Inps²⁰ ha precisato il regime delle compatibilità tra i diversi rimedi in favore dei *caregiver*. Risulta possibile, per il genitore lavoratore dipendente, cumulare, nell'arco dello stesso mese, il congedo Covid con i permessi di cui all'art. 33, commi 3 e 6, L. n. 104/1992 (inclusi i relativi prolungamenti fissati dalle norme emergenziali), anche se fruiti per lo stesso figlio. Parimenti, è possibile utilizzare, nell'arco dello stesso mese, sia il congedo Covid sia i periodi di prolungamento del congedo parentale, fruiti anche dagli altri prestatori di assistenza, in presenza di una persona con disabilità grave accertata (art. 33 e art. 42, co. 5, D.Lgs. n. 151/2001). La cumulabilità può aversi anche nelle stesse giornate in relazione alla possibilità che a fruirne siano entrambi i genitori (es. è possibile servirsi del congedo Covid nelle stesse giornate in cui l'altro genitore presente nel nucleo familiare stia godendo, anche per lo stesso figlio, delle misure ordinarie di cura)²¹. Già nella circolare del 23 marzo 2020, n. 45, l'Inps ha ampliato la portata applicativa, in particolare, del regime emergenziale dei permessi *ex lege* n. 104/1992, ritenendolo esteso anche agli altri meccanismi a sostegno delle esigenze di cura delle persone con disabilità grave che rinviano, appunto, ai permessi dell'art. 33, co. 3, della legge del 1992, come, ad esempio, i permessi di cui può fruire personalmente il lavoratore gravemente disabile in alternativa alle ore di permesso giornaliero previste dal comma 2 dell'art. 33, L. n. 104/1992 (art. 33, co. 6, L. 104/1992)²².

Da questa ultima interpretazione data dall'Inps si ricava anche la fusione delle due prospettive di tutela sopra evidenziate, sicché la norma emergenziale, applicata estensivamente, non solo rafforza, seppure temporaneamente, le esi-

²⁰ Circolare Inps 25 marzo 2020, n. 45; messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621; circolare 8 luglio 2020, n. 81.

²¹ Messaggio Inps 15 aprile 2020, n. 1621.

²² Cfr. A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

genze di assistenza al lavoratore vulnerabile ma serve come misura per tutelare direttamente la sua persona.

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

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

Anche rispetto al sistema giuslavoristico emergenziale in favore dei soggetti vulnerabili si assiste ad un ulteriore distanziamento tra lavoro pubblico e lavoro privato, poiché i commi 2 e *2bis* dell'art. 24, D.L. n. 18/2020, hanno sancito che i permessi aggiuntivi di cui all'art. 33, L. n.104/1992, possono essere concessi al personale sanitario a condizione che il mancato svolgimento della prestazione lavorativa sia compatibile con le esigenze organizzative delle aziende sanitarie e degli enti del Servizio Sanitario Nazionale e del comparto. Parimenti accade per il personale delle Forze di polizia, delle Forze armate, della Polizia penitenziaria, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del Polizia locale, i quali possono fruire dei permessi aggiuntivi solo compatibilmente con le esigenze organizzative dell'ente e con le esigenze di interesse pubblico da tutelare. Pur se può tradursi in un bilanciamento impossibile²³, invero, la discrezionalità di giudizio riservata all'ente pare essere, in questo caso, direttamente collegata alle funzioni espletate dal personale ivi addetto e ai conseguenti obblighi derivanti dal rapporto organico sotteso alla relazione lavorativa volti a tutelare interessi non di singoli ma della collettività e non già connessa alla necessità di bilanciare diritti individuali costituzionalmente tutelati. A conclusioni diverse, invece, si può giungere se si considera la discrezionalità della medesima valutazione fatta dall'amministrazione in relazione ai permessi aggiuntivi fruiti personalmente dal lavoratore gravemente disabile (art. 33, co. 6, L. n. 104/1992), considerato che in questo caso le preminenti esigenze individuali di tutela della salute del lavoratore (le cui condizioni possono aggravarsi per effetto di un eventuale contagio) rispondono anche agli interessi della collettività di non compromettere l'organizzazione futura della

²³ A. Riccobono, *L'estensione dei permessi retribuiti per l'assistenza ai disabili nel decreto "Cura Italia"*, cit., p. 9.

funzione/servizio per effetto di un eventuale aggravamento della patologia a causa della possibile contrazione del virus.

La normativa emergenziale a sostegno dei soggetti fragili sembra, in definitiva, caratterizzarsi, ad avviso di chi scrive, per la sua dimensione conservativa della capacità lavorativa del soggetto e per la tendenza ad uniformare il trattamento riservato alla disabilità e alle patologie croniche che possono compromettere la capacità lavorativa. Ciò trova conferma nel riconosciuto diritto al lavoro agile in favore del lavoratore con disabilità grave e nella priorità di accesso a tale modalità per i lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa (art. 39, D.L. n. 18/2020), ma anche nell'equiparazione al ricovero ospedaliero, fino al 31 luglio 2020, dei periodi di assenza dei lavoratori con disabilità grave e dei prestatori per i quali è certificata una condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita (art. 26, co. 2, D.L. n. 18/2020)²⁴.

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

3. Il lavoro agile in situazioni di fragilità

A conclusione di questa analisi su alcuni risvolti della legislazione emergenziale in tema di cura e tutela delle condizioni di fragilità, va fatta qualche riflessione sull'uso del lavoro agile durante e dopo la pandemia²⁵. Si è sottolineato l'ampliamento degli scopi del lavoro agile per Covid-19, utilizzato non

²⁴ Cfr. G. Ludovico, *Malattia (per i quarantenati e per gli affetti) e infortunio sul lavoro*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 69.

²⁵ Cfr. B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2, 2020, p. 215 ss.

solo come strumento di tutela della salute e sicurezza ma anche a sostegno della continuità dell'attività lavorativa per far fronte alle rigide regole di distanziamento sociale e di restrizione della libertà di circolazione²⁶. È stato altresì evidenziata l'eccezionalità della sua regolazione e diversità rispetto al lavoro agile di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81²⁷.

Tuttavia, considerata la prospettiva di questo studio che intende esaminare l'impatto delle norme emergenziali sui modelli regolativi ordinari e la rispettiva reversibilità superata la fase della crisi sanitaria, la considerazione del lavoro agile per Covid come esperimento eccezionale e derogatorio può riservare qualche rischio.

A partire dal D.P.C.M. del 23 febbraio 2020, art. 3²⁸, e fino ai D.P.C.M. del 26 aprile 2020 (art. 1, lett. gg) e art. 2) e del 17 maggio 2020 (art. 1, lett. ll), il lavoro agile è stato considerato una modalità preferenziale/consigliata, fermo restando, ad avviso di chi scrive, il quadro regolativo ordinario. I D.P.C.M., infatti, pur nelle vesti tanto dibattuti di provvedimenti emergenziali, restano atti normativi secondari²⁹ che non possono derogare alla legge n. 81/2017. Del resto, nei diversi D.P.C.M. si fanno salvi, richiamandoli, taluni obblighi della legge n. 81/2017, tra cui gli obblighi informativi che possono essere resi anche in via telematica. La presunta unilateralità³⁰ riguarderebbe la scelta del *se* attivare il lavoro agile, mentre permarrebbe l'accordo per gli altri elementi (orario di lavoro, modalità, disconnessione, esercizio del potere direttivo e di controllo, ai sensi dell'art. 19, l. n. 81/2017), considerato che lo scopo della regolazione di emergenza è quello di velocizzare l'*iter* di accesso al lavoro agile³¹. Solo con

²⁶ Cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, op. cit., p. 132 ss.; M. Brolo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2020, p. 560 ss.; I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2020, p. 1.

²⁷ I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, cit..

²⁸ Ma anche D.P.C.M. del 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); del 8 marzo 2020, art. 2, lett.r); del 11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a); del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg) e art. 2, co. 2; del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg), e art. 2; del 17 maggio 2020, art. 1, lett. ll).

²⁹ Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 109.

³⁰ La legislazione emergenziale avrebbe, secondo altri, reso il lavoro agile sostanzialmente frutto del potere unilaterale del datore di lavoro; S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, 1 ss.; M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020, p. 1 ss.

³¹ Il lavoro agile "a ogni rapporto di lavoro" anche "in assenza di accordi individuali" è servito a rendere inefficaci le clausole dei contratti collettivi che, ad esempio, limitano o stabiliscono l'accesso a questa modalità in base alla qualifica, all'anzianità di servizio o alla tipologia contrattuale; così I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decreta-*

il decreto *Rilancio*, quindi nel maggio 2020, per il settore privato, l'art. 90, co. 4, ha trascritto nella fonte legislativa il principio più volte espresso nei D.P.C.M., ribadendo il rispetto delle disposizioni della legge n. 81/2017 e la possibilità di applicare questa modalità anche in assenza di accordi individuali, possibilità prorogata fino al 15 ottobre 2020 dal D.L. n. 83/2020 (art. 1, co. 3); nel precedente Decreto *Cura Italia* la modalità agile è stata individuata come diritto/priorità in relazione a particolari categorie fragili (art. 39, D.L. n. 18/2020) o come prassi preferenziale nel lavoro pubblico (art. 87, D.L. n. 18/2020).

Una tale ricostruzione serve appunto a ricondurre nel quadro della legge n. 81/2017 il massiccio uso al lavoro agile per Covid, soprattutto in prospettiva che ad esso le aziende continueranno a ricorrervi in modo preponderante ancora per diversi mesi, allo scopo di evitare che l'emergenza possa trasformarsi in una non auspicata deregolazione dell'istituto per effetto della possibile verticalizzazione del potere datoriale in merito ai diritti dei lavoratori coinvolti. Tale rischio è tutt'altro che remoto se si considera che, ad esempio, in una recente ordinanza si è negato il diritto ai lavoratori in *smart working* di usufruire dei buoni pasto valorizzando, tra l'altro, proprio la specialità/eccezionalità del lavoro agile per Covid rispetto al modello ordinario³².

Discorso a parte merita, invece, la riflessione sul lavoro agile nel lavoro pubblico³³ e a sostegno dei lavoratori fragili.

Nel primo caso, infatti, dopo la Direttiva della Funzione della Pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio 2020 (punto 3), in cui si è formulato l'invito alle pubbliche amministrazioni di potenziare il ricorso al lavoro agile senza distinzione di categoria, inquadramento e di tipologia, il D.L. 2 marzo 2020, n. 9 (art. 18, co. 5), ha trasformato tale modalità da sperimentale in ordinaria, eliminando dall'art. 14, co. 1, L. 7 agosto 2015, n. 124, le parole per "sperimentazione". A ben vedere, in questo modo si è sanata un'anomalia rispetto al lavoro privato più che enfatizzato l'eccezionalità del lavoro agile in periodo pandemico. A differenza del lavoro privato, nelle pubbliche amministrazioni questa modalità non è stata solo suggerita/consigliata ma è diventata modalità ordinaria di lavoro, con l'eccezione delle attività strettamente funzionali a gestire l'emergenza e di quelle da rendere

zione emergenziale, in *Gisutiziacivile.com*, 24 marzo 2020, p. 8. Sulla necessità dell'accordo in relazione al contenuto degli altri profili regolativi cfr. C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 141.

³² Trib. Venezia, sez. lav., 8 luglio 2020, secondo cui poiché il buono pasto non è un elemento della retribuzione, né un trattamento comunque necessariamente conseguente alla prestazione di lavoro in quanto tale, ma piuttosto un beneficio conseguente alle modalità concrete di organizzazione dell'orario di lavoro, esso non rientra nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito al lavoratore in *smart working* ex art. 20 L. n. 81 del 2017.

³³ Cfr. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 421/2020.

indifferibilmente in presenza, ciò dapprima con D.P.C.M. 11 marzo 2020 (art. 1, punto 6), anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi, e poi nel D.L. *Cura Italia* (art. 87), stabilendo procedure semplificate per l'acquisto dei mezzi informatici (art. 87*bis*). Per le pubbliche amministrazioni manca un richiamo generale alle disposizioni della legge n. 81/2017 e in aggiunta vi sono più deroghe, sia all'accordo, sia all'obbligo informativo, sia all'uso di dispositivi informatici personali. Il fatto poi che la stessa norma consideri il lavoro agile come prima scelta da compiere³⁴, poiché solo in caso di impossibilità le amministrazioni ricorrono agli altri istituti menzionati (ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e, in ultima istanza, esenzione dal servizio, art. 87, co. 3), rafforza l'intuizione che nel pubblico impiego il lavoro agile si palesa come uno strumento organizzativo oltre che una modalità di lavoro³⁵ e, come tale, dotato di un'indubbia natura unilaterale liberamente disponibile da parte degli enti.

Questa conclusione ha un impatto sull'istituto di notevole importanza, visto che il perdurare di talune condizioni organizzative fisiologiche anche dopo l'emergenza può legittimare la scelta (anche unilaterale) di continuare in questa modalità con possibili criticità per quanto concerne l'applicazione delle disposizioni legali riferite allo svolgimento della prestazione, come, ad esempio, i sistemi di controllo ma anche la misurazione e la valutazione della prestazione e degli obiettivi di *performance*. A riprova di ciò, lo stesso legislatore dell'emergenza, nella legge di conversione del decreto *Rilancio*, ha chiarito la modalità di ripresa delle attività in presenza degli uffici, imponendo alle pubbliche amministrazioni, fino al 31 dicembre 2020, di vagliare il ricorso al lavoro agile compatibilmente con le esigenze di flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata (anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza) al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti (art. 263, D.L. n. 34/2020). Dal 19 luglio, quindi, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 77/2020, viene superata, attraverso il meccanismo della deroga, la previsione dell'articolo 87, comma 1, lettera a), del D.L. n. 18/2020. La disposizione in esame consente, quindi, alle amministrazioni di prevedere il rientro in servizio anche del personale fino ad oggi non adibito alle attività indifferibili ed urgenti, anche ai fini del raggiungimento dell'obiettivo indicato nella norma di applicare il lavoro agile al cinquanta per cento del personale impiegato nelle suddette attività³⁶.

Il dibattito sullo *smart working* è destinato ad essere alimentato anche dopo l'emergenza soprattutto in relazione all'auspicata normalizzazione di tale strumento. Ma è indubbio che, passata l'emergenza, possano restare le tracce di una

³⁴ Sul lavoro agile come prima scelta si veda Trib. Grosseto, sez. lav., 23 aprile 2020.

³⁵ C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, cit., p. 147 ss.

³⁶ Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri del 24 luglio 2020, n. 3.

regolamentazione del lavoro agile pubblico sensibilmente diversa da quella del settore privato.

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

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

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

Si usa qui il concetto di atecnico di fragilità per includere diverse condizioni, dalla disabilità, all'immunodepressione, alla malattia oncologica, all'età, alla comorbilità, alla necessità di svolgere terapie salvavita o, infine, alle esigenze di cura in condizioni di emergenza.

Prima con il decreto *Cura Italia* e poi con il decreto *Rilancio*, infatti, si è delineato un sistema di accesso prioritario a questa modalità in talune condizioni³⁷.

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

Dal decreto *Cura Italia* al decreto *Rilancio* il riconoscimento del lavoro agile come diritto si estende alle finalità di assistenza ai figli (art. 90, co. 1, D.L. n. 34/2020) al fine di rispondere ai bisogni di cura in condizioni di emergenza che rendono appunto il soggetto fragile, misura, questa, rimasta, al momento in cui si scrive, l'unico strumento di conciliazione dopo il D.L. n. 83/2020. Come già anticipato, con questo ultimo provvedimento, l'Esecutivo ha sancito

³⁷ La natura di diritto è stata confermata dai primi giudici; cfr. le ordinanze ex art. 700 c.p.c. del Trib. Bologna, 23 aprile 2020, e del Trib. Grosseto, 23 aprile 2020; nel primo caso, la lavoratrice disabile, con figlia convivente disabile, era stata messa in cassa integrazione, mentre nel secondo caso il lavoratore, affetto da grave patologia, era stato posto in ferie.

la proroga dell'art. 90, co. 1, primo periodo, D.L. n. 34/2020, ossia del diritto, fino al 14 settembre 2020, dei lavoratori del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge n. 81/2017 (a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione e che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di ammortizzatori a sostegno del reddito o che non vi sia un genitore non lavoratore).

Ampliando la portata protettiva fissata dall'art. 39, D.L. n. 18/2020, il decreto *Rilancio*, sempre all'art. 90, co. 1, ha stabilito il diritto (e non solo la priorità) di accesso allo *smart working* in favore dei lavoratori e delle lavoratrici, del settore pubblico e privato, maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età, della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente. In tal caso, il diritto è subordinato alla valutazione del medico competente nell'ambito della sorveglianza sanitaria eccezionale che i datori di lavoro pubblici e privati devono garantire ai sensi dell'art. 83, D.L. n. 34/2020 e sempre se tale modo di lavorare sia adattabile alle caratteristiche della prestazione lavorativa. In tal caso, il diritto al lavoro agile delle persone vulnerabili risponde strettamente ad una logica di prevenzione e tutela della loro salute, subordinato appunto a tale valutazione, con un margine ampio di discrezionalità dovuto non solo alle incertezze della previsione legislativa in merito alle nozioni di età e comorbilità, ma soprattutto in relazione ai riflessi procedurali e all'impatto sulla riservatezza collegati al sistema di sorveglianza speciale³⁸.

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

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

Seppure i profili critici non mancano, l'esperienza di questi mesi può servire a riflettere sulla necessità di configurare il lavoro agile come diritto prioritario

³⁸ Cfr. C. Lazzari, *La sorveglianza sanitaria eccezionale nel sistema aziendale di prevenzione*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2, 2020, p. 11 ss.

in condizioni di particolare fragilità³⁹, se non proprio come accomodamento ragionevole nel caso delle persone con disabilità⁴⁰, considerato che gli obiettivi di conciliazione sono risultati, talvolta, sotto *stress* per effetto delle regole collettive in tema di *smart working* varate prima della pandemia, regolazione che spesso ha mostrato un approccio formalmente *care-neutral* per rivelarsi, invece, in taluni casi *care-blind*.

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

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

Da questa prospettiva occorre monitorare l'applicazione di questi rimedi per provare a superare gli svantaggi e i disagi causati dalla crisi sanitaria nei confronti delle donne⁴¹ e delle persone più vulnerabili su cui sono gravati maggiormente i costi della chiusura e della forte limitazione dei servizi pubblici (da quelli scolastici a quelli socio/sanitari/assistenziali).

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

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

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

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

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

³⁹ Cfr. le priorità sancite dall'art. 18, co. 3bis, L. 22 maggio 2020, n. 81.

⁴⁰ Cfr. le prime ordinanze dei Tribunali in tema di diritto al lavoro agile citate precedentemente.

⁴¹ M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, cit., p. 567 ss.

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

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

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

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

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

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

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