

IL PATTO DI LAVORO AGILE NELLE PP.AA. VERSO IL POST-EMERGENZA *

MARINA BROLLO **

Abstract: Il saggio affronta la complessa evoluzione del lavoro agile nelle pp.aa., tra emergenza e "nuova" normalità. In particolare, l'A. ricostruisce e dipana le incongruenze e antinomie relative alla questione dei cd. lavoratori fragili nella (e oltre la) pandemia.

Abstract: *This essay deals with the complex evolution of remote work in the public sector, between the emergency and the "new" normality. In particular, the A. reconstructs and unfolds the inconsistencies and antinomies related to the issue of the so-called vulnerable workers in (and beyond) the pandemic.*

Sommario: 1. L'accesso alle modalità agili: premesse generali. – 2. Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: la disciplina "speciale" ordinaria. – 3. La traiettoria "a fisarmonica" della disciplina emergenziale. – 3.1. La deroga alle disposizioni vigenti: il *boom* del lavoro agile. – 3.2. Il rientro anticipato nell'ordinaria specialità: lo *sboom* del lavoro agile. – 4. L'eredità della pandemia: l'accesso prioritario alle modalità agili per i lavoratori "fragili". – 4.1. Le condizioni di "fragilità". – 4.2. La promozione (temporanea) dell'accesso alle modalità agili. – 5. Innovazioni verso la normalità *post-pandemica*. – 5.1. Le nuove priorità per l'agilità (c. 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 18, l. n. 81/2017). – 5.2. La comunicazione semplificata (c. 1 dell'art. 23, l. n. 81/2017). – 5.3. Il nuovo protagonista: la contrattazione collettiva.

1. L'accesso alle modalità agili: premesse generali

Il lavoro agile (anche) nel settore pubblico costituisce un istituto costantemente in evoluzione in quanto al centro di una serie intrecciata di trasformazioni, a partire da quella digitale sino a giungere a quella ambientale. Me ne occupo con riguardo

* Il presente contributo è realizzato nell'ambito del progetto "WORKING POOR N.E.E.D.S.: NEwEquity, Decent work and Skills", CUP G24I19002630001, programma PRIN 2017 ed è destinato alla pubblicazione in BOSCATI-ZILLI (a cura di), *CLIP – Conversazioni di lavoro e impiego pubblico. Il reclutamento nella P.A. – vol. 1. Dall'emergenza alla nuova normalità*, in corso di stampa per i tipi di Wolters Kluwer Italia, 2022.

** Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Udine.

particolare all'accordo individuale, quale patto accessorio al contratto "stipite" di lavoro subordinato, e alle ricadute normative dell'emergenza sanitaria.

Per dar atto dell'importanza strategica dell'istituto, segnalo che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza permette di immettere nelle Pubbliche Amministrazioni (quantità e qualità di) risorse umane non indifferenti: con nuovi "profili professionali"¹, con nuove competenze – a partire, per il lavoro agile, da quelle digitali, che potrebbero essere individuate come "fattore abilitante" e "prerequisito"² – nonché con esigenze di formazione "specifiche" riconducibili, per esempio, nel Piano strategico ministeriale "Ri-formare la PA. Persone qualificate per qualificare il Paese"³. Il tutto per accompagnare un percorso di cambiamento, *in primis* avente carattere organizzativo, e supportare trasversalmente le grandi transizioni (digitale e verde) che si aspettano e le correlate missioni previste dallo stesso PNRR.

A conti fatti, il Piano colloca il «lavoro da remoto» nel prisma degli strumenti utili al Paese. E fa bene in quanto tale modalità di lavoro incrocia, fin dalla fase della sua sperimentazione *pre-Covid-19*, i temi cruciali del lavoro pubblico, della riorganizzazione⁴ e della misurazione e della valutazione della *performance* individuale e organizzativa⁵.

Come noto, ai sensi della legge che lo ha introdotto nel nostro ordinamento (Capo II della l. 22 maggio 2017, n. 81), il lavoro agile va stabilito «mediante accordo tra le parti» aggiuntivo al contratto di lavoro subordinato. Il c. 1 dell'art. 18 lo definisce come un "istituto" scaturito dal contratto sottostante – una mera «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le par-

¹ L'art. 1 «Definizione dei profili professionali specifici nell'ambito della pianificazione di fabbisogni di personale», d.l. 30 aprile 2022, n. 36, conv. in l. 29 giugno 2022, n. 79, recante Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, relativo «alla definizione dei nuovi profili professionali individuati dalla contrattazione collettiva, con particolare riguardo all'insieme di conoscenze, competenze e capacità del personale da assumere anche per sostenere la transizione digitale ed ecologica della pubblica amministrazione e relative anche a strumenti e tecniche di progettazione e partecipazione a bandi nazionali ed europei, nonché alla gestione dei relativi finanziamenti».

² Su cui v. DE FALCO, *Le competenze digitali per la trasformazione smart del lavoro pubblico*, in corso di pubblicazione.

³ Cfr. <https://www.governo.it/it/media/ri-formare-la-pa-persone-qualificate-qualificare-il-paese/19448>.

⁴ Per tutti, BUTERA, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, in *SO*, 2020, I, 142 ss.

⁵ Cfr. ANGELETTI, *Misurare il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: profili, problemi e prospettive*, in <https://www.rivistaitalianadipublicmanagement.it/misurare-il-lavoro-agile-nelle-amministrazioni-pubbliche-profilo-problemi-e-prospettive/>; ANGELETTI-NIGRO, *Lavoro agile e performance nelle pubbliche amministrazioni*, in CNEL, *Relazione 2021 al Parlamento e al Governo sui livelli e la qualità dei servizi offerti dalle Pubbliche amministrazioni centrali e locali alle imprese e ai cittadini*, 2022, 128, www.cnel.it.

ti» – configurando una modalità “diversa”, con una (parziale) variabilità spazio-temporale di svolgimento della prestazione lavorativa.

In estrema sintesi, la flessibile agilità – anche per la sua stretta interazione tra tecnologie, organizzazione e prestazione di lavoro – costituisce una delle nuove forme di lavoro, idonee a incidere sulle categorie tradizionali del diritto del lavoro, sino al punto di candidarsi quale mezzo per ripensare la configurazione del rapporto di lavoro subordinato⁶, avvicinandosi – nella sua versione “genuina” – per molti aspetti ai margini dell’autonomia.

Riguardo alla tempistica dell’accesso, l’accordo di lavoro agile, quale patto accessorio, è stipulabile, ai sensi del c. 2 dell’art. 19, l. n. 81/2017, a tempo indeterminato o a termine, con differenti regole di recesso dall’accordo correlate a tale durata. Di fatto, la sottoscrizione di un patto di agilità – sempre necessaria nella disciplina “ordinaria” – può essere effettuata in concomitanza (patto “iniziale”) con l’assunzione originaria del dipendente, generativa del rapporto di lavoro, oppure durante svolgimento del contratto di lavoro (patto “successivo”). Pertanto, la natura del lavoro agile resta, in ogni caso, “trasformativa” dell’esecuzione del sottostante rapporto di lavoro subordinato, ed è questa la differenza principale con il telelavoro.

Il legislatore ordinario non prevede regole diverse, allorché il patto accessorio di lavoro in modalità agile sia inserito al momento della stipulazione del contratto di lavoro subordinato, ovvero in un momento successivo. Piuttosto, è lo stesso accesso (iniziale o successivo) alla modalità agile che conosce significative differenze di disciplina tra settore pubblico e privato, che risalgono sino al sistema delle fonti regolative del lavoro agile, a mano a mano che lo stato di emergenza epidemiologica nel nostro Paese evolve verso la nuova normalità (par. 3 ss.).

Il lavoro agile costituisce uno strumento innovativo di flessibilità organizzativa (anche estrema) buona per datore e lavoratore, «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», con la precisazione che il primo concetto, nel settore pubblico, viene declinato nel senso di efficienza amministrativa.

Oltre a queste finalità complementari, individuate espressamente dal legislatore, con la massiva (e forzata) sperimentazione pandemica, sono emerse progressivamente ulteriori finalità, anche pubbliche⁷. *In primis*, durante la crisi da Covid-19, il lavoro da remoto (*rectius* da casa) è diventato – per effetto del diritto dell’emergenza pandemica (e al prezzo di una mutazione funzionale e dei suoi tratti identita-

⁶ SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 771 ss.; PERULLI, *La “soggettivizzazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, 111 ss.; CASILLO, *La subordinazione “agile”*, in *DLM*, 2017, 529 ss.

⁷ Da ultimo, per un’analisi interdisciplinare, frutto di una *call for paper* riservata ai giovani studiosi, v. BROLLO-DEL CONTE-MARTONE-SPINELLI-TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Modena, 2022.

ri) – la misura prioritaria sia per tutelare la salute e la sicurezza (non solo dei lavoratori, ma anche pubblica), sia per garantire la continuità dell’attività produttiva e dell’azione amministrativa.

La modalità di lavoro a distanza, inoltre, potrebbe arricchire il tradizionale scambio tra lavoro e retribuzione, con l’innovativo inserimento di distinti interessi per la sostenibilità del lavoro: aziendali e personali, i secondi di regola silenziati nel rapporto di lavoro sottostante. Tale possibilità potrebbe godere di una peculiare capacità di attrazione, di *retention* delle risorse umane e di loro fidelizzazione, grazie anche alle possibilità di bilanciamento tra lavoro e vita privata, nonché consentire strategie di reclutamento dell’aspirante dipendente⁸, specie se giovane e in possesso di nuove professionalità, con profili tecnologici e digitali⁹. E, ancora, l’intensificazione del ricorso al lavoro a distanza potrebbe diventare un provvedimento utile per contrastare la crisi energetica, esplosa a seguito della guerra in Ucraina.

Fra le premesse comuni al lavoro agile nel settore pubblico e privato, sull’istituto rilevano, infine, due considerazioni correlate alla scelta del nome.

Primo, quello attribuito dal legislatore, lavoro agile, spesso è oscurato (nel dibattito pubblico, nella contrattazione collettiva e financo nelle fonti amministrative) da quello – anglofono, ma tutto italiano, orecchiato da una filosofia aziendale-organizzativa – di *smart working*, che veicola l’idea di connettività e di interazione telematica tra persone e strutture e che, soprattutto, suona evocativo di speranze di modernità olistica. Solo che la pluralità di nomi per descrivere la stessa cosa confonde e può alimentare incertezze, se non, addirittura, illusioni.

Secondo, il nostro legislatore ha inteso disciplinare un’inedita forma di lavoro da remoto, quella del lavoro agile, per differenziarla dalla disciplina del precedente modello normativo di telelavoro¹⁰, che ha avuto scarsa diffusione in Italia nel lavo-

⁸ Le indagini del centro ricerche AIDP, secondo quanto riportato dalla stampa (in <https://www.aidp.it/ricerche/>), segnalano che la possibilità di lavorare da remoto è diventata una precondizione per accettare o continuare un incarico per la maggioranza dei neoassunti e dei dipendenti. Sulle contraddizioni e complessità della c.d. “fuga” dal lavoro pubblico rinvio a BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Grande dimissione: fuga dal lavoro o narrazione emotiva? Qualche riflessione su letteratura, dati e tendenze*, in *WP ADAPT*, n. 6/2022, spec. 15 ss.; Cfr. inoltre On. GIOVANNINI, *Audizione avanti alle Commissione Trasporti sulle problematiche della motorizzazione civile*, 27 maggio 2022, in https://www.camera.it/leg18/1132?shadow_primapagina=14272. Il Report ISTAT, *Cittadini e lavoro a distanza nella PA durante la pandemia*, 30 maggio 2022, segnala l’alta percezione di un impatto positivo che la diffusione del lavoro a distanza negli uffici pubblici ha avuto sull’ambiente e sulla vivibilità delle città (73,2%), così come per una quota più bassa, ma comunque maggioritaria (57,5%), il lavoro a distanza ha migliorato le condizioni di lavoro dei dipendenti della Pubblica Amministrazione.

⁹ Da ultimo, per riflessioni sul ritardo digitale della pubblica amministrazione e sul ruolo delle competenze digitali quali “fattori abilitanti”, anche per “non lasciare indietro nessuno” (come richiesto dall’Agenda 2030), rinvio a DE FALCO, *Le competenze digitali*, cit.

¹⁰ Le fonti del telelavoro nel settore pubblico sono: l’art. 4, l. 16 giugno 1998, n. 191, c.d. Bassanini-ter, il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 e l’accordo quadro 23 marzo 2000, cui *adde* altri frammenti normativi (per il lavoro a distanza), anche con deroghe per i rapporti di telelavoro alla disciplina generale (per

ro, sia pubblico, sia privato. Solo che il tentativo di voltar pagina ha generato un groviglio di difficile composizione – messo a dura prova dall’esperienza pandemica (par. 4) – con sovrapposizioni, lacune e deviazioni rispetto alla cornice normativa dell’accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002¹¹.

Vent’anni dopo, nell’ambito del programma per il dialogo sociale europeo 2022-2024, al cospetto del telelavoro di c.d. terza generazione e di spinte centrifughe (esemplare quella italiana), il 28 giugno 2022 le parti sociali hanno opportunamente previsto non soltanto una revisione del citato accordo quadro, quanto un rafforzamento dello stesso sul piano giuridico, attraverso l’adozione, da parte delle istituzioni europee, di una futura direttiva¹². Il tutto, con presumibili ricadute in termini di riconduzione a unità delle variegate forme di lavoro a distanza o da remoto¹³, come peraltro auspicato dal gruppo di studio “Lavoro agile” nella relazione di accompagnamento al Protocollo Orlando del 7 dicembre 2021¹⁴. Insomma, per affermare la continuità ventennale dell’istituto, riecheggia la nota formula per cui “*il telelavoro è morto, viva il telelavoro!*”¹⁵.

es. in materia di orario di lavoro: art. 17, c. 5, d.lgs. n. 66/2003; ovvero di esclusione dal computo dei requisiti numerici previsti per l’applicazione di particolari normative e istituti: art. 23, d.lgs. n. 80/2015). Inoltre, si rammenta l’Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002 (ex art. 139 TCE, oggi art. 155 TFUE) che prevede un rinvio alla contrattazione collettiva (art. 4). Per tutti, v. GAETA-PASCUCCI, POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole 24 Ore, 1999; e, più in generale, GOTTARDI, *Telelavoro*, in *DDP comm*, 2003, 911 ss.

¹¹ Per tutti: TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 4, 2017, 962 ss.

¹² La direttiva potrebbe inglobare anche la previsione della Risoluzione 2019/2181(INL) anch’essa volta a promuovere il diritto alla disconnessione per garantire ai lavoratori “un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali”, comprensivo del diritto “di richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro” (art. 3 della proposta di direttiva allegata alla Risoluzione).

¹³ Si rinvia a DAGNINO-TIRABOSCHI, *L’accordo tra le parti sociali europee per una direttiva condivisa sul telelavoro: una occasione per riportare il dibattito italiano sullo smart working sul giusto binario*, in *Boll Adapt*, 26, 2022.

¹⁴ Cfr. <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Relazione-finale-Gruppo-di-Studio-Lavoro-agile-e-Protocollo.pdf>.

¹⁵ ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro: vent’anni (e due pandemici) attorno alla prestazione resa fuori dai locali dell’organizzazione*, in *ADL*, 4, 2022.

2. Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: la disciplina “speciale” ordinaria

Il legislatore, con il c. 3 dell’art. 18, ha sagomato la nuova disciplina del lavoro agile nel lavoro pubblico, avendo come modello generale di riferimento quella del settore dell’impiego privato, racchiusa nel Capo II della l. n. 81/2017, ma lo ha sottoposto a una tecnica piuttosto “recessiva” delle regole comuni.

La disciplina di riferimento “originaria” (poi diventata “ordinaria”) – di cui alla l. n. 81/2017 – risulta applicabile in una variante di “specialità”, dovendo essere «compatibile» rispetto a un triplice filtro: *a)* ovviamente con le norme (e l’ambito di applicazione) del d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni; *b)* con «le direttive emanate ai sensi dell’art. 14», l. n. 124/2015 (a partire dalla famosa direttiva della Ministra Madia, n. 3/2017, e dalle correlate linee guida del Presidente del Consiglio dei ministri) orientate verso la promozione dell’originaria finalità della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti; *c)* nonché «con le disposizioni specificamente adottate per tali rapporti»¹⁶.

Le direttive *sub b)* e *c)*, in teoria, veicolano l’obiettivo-sfida parallelo, di favorire l’innovazione, organizzativa e digitale, all’interno della pubblica amministrazione e, per questa via, aumentarne l’efficienza e l’efficacia dell’azione amministrativa, *ex artt.* 97 e 98 Cost.¹⁷, riproponendo in sostanza i due obiettivi-chiave dell’art. 18, l. n. 81/2017, calati nel diverso contesto ontologico del lavoro pubblico.

In pratica, il ricorso al lavoro agile ha privilegiato, nella fase sperimentale *ante* Covid-19 (maggio 2017-gennaio 2020), le esigenze “solidaristiche” di conciliazione dei dipendenti e, per questa via incentrata sulla soddisfazione e sul be-

¹⁶ Sul punto, sin d’ora, si consiglia la lettura di: BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, in *WP Adapt*, 10, 2021; ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP D’Antona. IT*, n. 421/2020; ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, in GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Modena, 2018, 356 ss.; ESPOSITO, *Smart working e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, Piacenza, 2020, 150 ss.; TOPO-PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull’università*, in questa *Rivista*, 2, 2021, 295 ss.; SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in ZILIO GRANDI-BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 490 ss.; TALAMO, *Diversamente agile? Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO-PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 357 ss.; CATAUDELLA, *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell’emergenza epidemiologica*, LPO e-book, 2020, 35 ss.

¹⁷ CALAFÀ, *Marginalità apparente: l’innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII Legislatura*, in *RGL*, 2018, 3, 477; ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, cit., 356.

nessere dei dipendenti che lavorano da remoto, il vantaggio comune del miglioramento delle *performance* soggettive. Invece – si anticipa – nella fase emergenziale (febbraio 2020-ottobre 2021), la modalità agile, dapprima, ha garantito la mera continuità dell’azione amministrativa. Solo più tardi sono emerse le esigenze di programmazione di obiettivi di sviluppo delle condizioni tecnico-organizzative per una implementazione diffusa ed efficace dello *smart working* a regime, nella fase *post* pandemica (dal novembre 2021), che tenga conto sia dell’obiettivo fondamentale del buon andamento della PA, sia della ripresa economica e ambientale.

I contenuti delle direttive, inoltre, fanno emergere un ruolo centrale di soggetti peculiari del lavoro pubblico: *in primis*, la dirigenza e, poi, i Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni (CUG), gli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) e anche l’Osservatorio nazionale del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni¹⁸. Tali soggetti, e i frutti del loro ruolo attivo, accentuano la specialità del lavoro agile nell’impiego pubblico.

Si segnala che, a tutt’oggi, la direttiva-madre n. 3 del 2017, emanata a ridosso della l. n. 81/2017, costituisce la principale fonte di regolamentazione (e di indicazioni operative, puntuali, per l’implementazione progettuale) del lavoro agile nel pubblico impiego¹⁹, anche per i suoi tratti di innovazione: per esempio, con riferimento al c.d. *co-working*, per cui la prestazione da remoto può essere resa anche presso altra sede territoriale (diversa da quella di assegnazione) della propria amministrazione.

Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni, come da tradizione, è poi escluso dagli incentivi di carattere fiscale e contributivo ai quali fa riferimento il c. 4 dell’art. 18, l. n. 81/2017.

A conti fatti, la tecnica adottata dal legislatore del 2017 se, per un verso, testimonia e conferma il carattere di (perdurante) “specialità” della disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per l’altro verso, mostra come i tratti di divaricazione appaiano per lo più contenuti. Seppur tale specialità alimenta diverse criticità per il lavoro agile: dal suo ambito di applicazione (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 165/2001)²⁰, al sistema delle fonti regolative e ai rapporti in-

¹⁸ Istituito dall’art. 263, d.l. n. 34/2020, definito con il decreto del Ministro per la PA del 4 novembre 2020, con la nomina dei membri con i decreti del Ministro per la PA 20 gennaio 2021 e 9 marzo 2022.

¹⁹ Sia permesso rinviare a BROLLO, *Verso il lavoro “anytime, anywhere”?*, in *Il Liber Amicorum in onore di Giuseppe Santoro Passarelli*, 2018, Torino, 917-923.

²⁰ Da qui la *querelle* sull’accesso al lavoro agile per le società partecipate e a controllo pubblico risolto da ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, cit., 371, nel senso di applicare della disciplina privatistica. Per un cenno alla questione dei lavoratori pubblici non privatizzati rinvio a BROLLO, *Innovazioni nella didattica del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2, 2020, 345-368.

tercorrenti fra di esse, a partire dal complesso rapporto tra la direttiva n. 3/2017 e la coeva l. n. 81²¹, non sempre allineati.

Per il nostro profilo di indagine, sono rilevanti le eguaglianze e le differenze per quanto concerne l'individuazione delle posizioni di lavoro agile all'interno delle amministrazioni.

Anzitutto, l'accesso alle modalità agili per i dipendenti pubblici sconta – come per quelli privati – la verifica, a cura del datore di lavoro, della compatibilità (almeno in parte, in concreto o in astratto, previa formazione) delle mansioni con la remotizzazione della prestazione medesima²². Grava, quindi, sul datore/dirigente sia l'onere di provare l'oggettiva impossibilità di ricorrere al lavoro agile, sia – anche alla luce della recente novella degli artt. 9 e 41 Cost. – la compatibilità dell'attività in presenza (anche) con la protezione della salute e dell'ambiente.

Come nel settore privato, il datore deve privilegiare alcune categorie di lavoratori che si trovano in condizioni di svantaggio personale, familiare e sociale, previste vuoi dalla legge (v. il nuovo c. 3-*bis* dell'art. 18, l. n. 81/2017: § 5.1), vuoi dalla contrattazione collettiva.

Inoltre, il datore pubblico, *ex d.lgs. n. 165/2001*, deve garantire gli obblighi di non discriminazione e il rispetto del principio di parità di trattamento (art. 45, c. 2), nonché di criteri obiettivi, trasparenti e verificabili per assegnare particolari condizioni di impiego, quali le posizioni di lavoro agile (art. 7, c. 1). Da qui, la necessaria adozione di regolamenti/atti interni (sollecitati già dalla direttiva n. 3/2017) per l'organizzazione degli uffici e dei servizi²³.

Di più – a differenza del privato – nel settore pubblico la possibilità di ricorrere al lavoro agile diventa sempre più vincolata, per via legale, non soltanto al rispetto di forme di partecipazione sindacale (*ex* nuovo testo dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 165/2001), ma anche alla conclusione di un accordo collettivo (v. par. 4.1)²⁴, nonostante nella precedente tornata, la prima *post* l. n. 81/2017, abbiano dedicato pochissima attenzione al tema del lavoro agile (presente essenzialmente nel contratto di comparto per l'istruzione).

²¹ RICCIO, *Lavoro agile e telelavoro* in BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 2021, 353 ss.; SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 21 ss.; SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, cit., 471 ss.

²² Per tutti: RICCIO, *Lavoro agile e telelavoro*, cit., 361.

²³ ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, cit., 374; SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, cit., 491.

²⁴ Già ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, cit., 371; SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 21 ss.; cfr. anche TAMPIERI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: opportunità o illusione?*, in *GC*, 2018, 8; VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *QRGL*, 2019, 4, 174.

L'intreccio di fonti e di vincoli ai poteri datoriali, inevitabilmente, comprime il ruolo e gli spazi dell'accordo individuale nella disciplina del lavoro pubblico²⁵, favorendo la standardizzazione (se non un vero e proprio "appiattimento" molto burocratizzato) dei contenuti degli accordi di lavoro agile conclusi presso una data amministrazione, a scapito della personalizzazione dell'obiettivo della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei pubblici dipendenti.

3. La traiettoria "a fisarmonica" della disciplina emergenziale

Nel contesto della crisi da Covid-19, la normativa emergenziale e i protocolli anti-contagio hanno conferito un ruolo chiave al lavoro da remoto in tutti i settori – anche oltre la subordinazione – imponendo un accelerato impulso a una diffusione esponenziale, purtroppo realizzata, specie nel settore pubblico, «nella stragrande maggioranza dei casi, in forme largamente improvvisate, senza cioè una adeguata formazione e preparazione culturale», manageriale e digitale²⁶.

Nell'ambito della subordinazione, il legislatore lo ha promosso con una deroga vistosa al regime di volontarietà, intaccando l'architrave della modalità di lavoro («anche in assenza degli accordi individuali») riconducendo l'accesso, generalmente, allo *ius variandi* latamente inteso, e con alcune semplificazioni della disciplina ordinaria di cui alla l. n. 81/2107, peraltro – soltanto nel pubblico – senza richiamare i principi espressi dagli artt. 18-23 della citata legge (art. 87, c. 1, d.l. n. 18/2020, c.d. "Cura Italia", conv., con modd., in l. n. 27/2020).

In sintesi, il legislatore emergenziale ha identificato un modello di lavoro agile diverso da quello idealtipico ordinario: nel pubblico, specie per le sue modalità di esecuzione e, a monte, per la sua (mancata) progettazione²⁷. Ne è risultata una versione del lavoro agile efficacemente definita "edulcorata" o "emergenziale"²⁸ e, soprattutto, distante dalla filosofia aziendalistica dello *smart working*. Di fatto, l'e-

²⁵ ZOPPOLI L., *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e "gli altri"*, in *LDE*, 1, 2022.

²⁶ Così, BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione*, cit., 4 e 13; SACCONI-TIRABOSCHI, *Lavoro agile: un decalogo per il post-emergenza*, in *Boll. Adapt.*, 4, 2021, 4.

²⁷ BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione*, cit., 11.

²⁸ Per la prima definizione v. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 47 ss.; per la seconda, fra gli altri, sia permesso rinviare a BROLLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in GAROFALO-TIRABOSCHI-FILI-SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Modena, 2020, 195 ss. Cfr. inoltre ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP D'Antona. IT*, n. 430/2020.

sperienza è stata molto simile a quella del vecchio “tele-lavoro”, seppur il tradizionale collegamento con il telefono sia stato sostituito da altri strumenti digitali e la distanza sia stata “forzata” e “da casa”, per le note motivazioni sanitarie.

Il lavoro agile pandemico è figlio di una stratificazione normativa (di tipo alluvionale, fitta e complicata) di provvedimenti, per lo più nella veste di decreti d’urgenza²⁹, con molteplici modifiche “a fisarmonica” (a seconda dell’andamento della curva epidemiologica), con un’efficacia giuridica limitata: a volte, nello spazio (con il sistema delle zone colorate) e, sempre, nel tempo, nonché con una crescente divaricazione di regolamentazione tra settore pubblico e privato in prossimità della fine dell’emergenza.

A ridosso della transizione, dall’emergenza alla fase *post*, si registra anche un disallineamento tra la durata delle deroghe e dello stato di calamità. L’efficacia giuridica (limitata nel tempo) delle norme derogatorie si differenzia tra lavoro pubblico e lavoro privato, risultando soltanto in minima parte coincidente con il perdurare dello stato di emergenza pandemica.

3.1. La deroga alle disposizioni vigenti: il boom del lavoro agile

Nei mesi iniziali dello stato di emergenza – proclamato in ragione del rischio sanitario (a partire dal 31 gennaio 2020) e più volte prorogato (sino al 31 marzo 2022) in base a reiterate Delibere del Consiglio dei ministri – le eccezioni e le deroghe alla disciplina ordinaria della l. n. 81/2017 sono risultate (con lievi differenze) sostanzialmente coincidenti tra lavoro pubblico e privato, forse in quanto entrambe dettate principalmente allo scopo di protezione della salute pubblica.

Successivamente, di proroga in proroga, le differenze si sono moltiplicate³⁰, alimentando l’impressione che l’impatto del Covid-19 sconti le perduranti diversità ontologiche di contesto fra settore privato e pubblico, con una conseguente e crescente differenziazione delle regole (specie di ricorso) sul lavoro agile.

Nel pubblico, il lavoro agile, dall’iniziale inerzia e resistenza, alla sperimentazione forzata, diventa addirittura tendenzialmente obbligatorio per effetto dell’art. 87, c. 3, d.l. n. 18/2020, a meno che “non sia possibile”. Il c. 1 dello stesso articolo

²⁹ A partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 per cui il lavoro agile “è applicabile in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato nell’ambito di aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti”. Per un’interessante analisi economica si rinvia a GIUZIO-RIZZICA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, Banca d’Italia, Note Covid-19, 22 gennaio 2021.

³⁰ ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP D’Antona*, It. n. 421/2020, 1 ss.; ID., *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e “gli altri”*, cit.

(accompagnato dalla direttiva n. 2 del 2020 della Ministra Dadone) – “in deroga” rispetto alle previsioni dell’art. 18 della l. n. 81/2017 – eleva il lavoro agile a «modalità ordinaria» e unilaterale (senza la stipula dell’accordo individuale) di svolgimento della prestazione lavorativa per gran parte del personale “*smartabile*”. Inoltre, visto il *lockdown* durato alcuni mesi, normalmente esso viene svolto presso il domicilio del lavoratore, senza rientri in ufficio, assumendo la forma di *homeworking* o telelavoro a domicilio.

L’esplosione del lavoro agile è accompagnata da una fitta rete di orientamenti ministeriali (direttive e circolari), a volte recepiti ed elevati al rango di fonte dai decreti d’urgenza³¹; addirittura stabilendo d’imperio percentuali minime piuttosto alte di *smart working* per ogni amministrazione, ma prescindendo dalle “condizioni abilitanti”, con una sottovalutazione delle tecniche di regolazione e del coinvolgimento del sindacato. E, ancora, sono mancati: l’accompagnamento a un efficace processo di innovazione digitale, anche solo in termini di dematerializzazione dei documenti e interoperabilità delle banche dati; la formazione dei lavoratori e l’acquisizione delle professionalità necessarie per riorganizzare i processi amministrativi e migliorare l’efficienza dei servizi pubblici.

A conti fatti, la PA è stata prudente e lenta nell’avviare il lavoro da remoto (direttive nn. 1-3 dei primi mesi del 2020), per convertirsi poi, date le circostanze straordinarie dell’emergenza, a una vera e propria esplosione di utilizzo, essendo questa opzione improvvisata per dirigenti e dipendenti, anche per sopperire alla mancanza, nel pubblico, di un sistema di integrazione salariale in caso di eventi transitori non imputabili al datore o ai lavoratori. Così si usa lo strumento del lavoro agile con molte tribolazioni: senza programmazione, senza definizione dei *target* e degli obiettivi, senza valutazione della *performance* dei singoli lavoratori, senza formazione, ecc.³².

Si evidenzia, tuttavia, che l’estesa diffusione ha scontato un potenziale inespreso, che disvela la forza frenante del contesto organizzativo, digitale, demografico e culturale delle amministrazioni. Come noto, è proprio nel settore pubblico – nonostante la rilevanza di servizi connessi alla presenza (*in primis*, la sanità) – che si registra il balzo più consistente nel ricorso allo *smart working* “semplificato” rispetto alle basse percentuali relative al periodo *pre*-pandemico. Meno nota è la circostanza per cui il ricorso all’istituto è rimasto, comunque, al di sotto delle stime del PNRR sul suo potenziale di utilizzo³³.

³¹ Per un sintetico riepilogo si rinvia al sito “Forum Pa” in <https://www.forumpa.it/riforma-pa/smart-working/smart-working-cose-come-funziona-la-normativa-e-i-vantaggi-per-le-pa/>.

³² Per tutti, cfr. BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, cit., 5 ss.

³³ Anche se i dati sui risultati del reale andamento dell’esperienza di lavoro agile nella fase emergenziale (con particolare riguardo al presunto aumento della produttività) risultano incompleti,

Non a caso, per facilitare il ricorso al lavoro agile e favorire la diffusione dei servizi in rete, il legislatore – spesso con provvedimenti d’urgenza (a partire dal d.l. n. 18/2020, art. 75) – ha autorizzato le pubbliche amministrazioni a provvedere all’acquisto di beni e servizi informatici e/o di connettività con procedure semplificate. Inoltre, per attivare in tempi rapidi il lavoro agile, la normativa prevede la possibilità per i dipendenti di utilizzare, per scopi lavorativi, i dispositivi informatici di loro proprietà (la pratica è nota come “BYOD” acronimo di “*bring your own device*”), adeguandoli alle esigenze di sicurezza, con qualche dubbio sul regime fiscale degli eventuali rimborsi anche delle varie spese sostenute dal lavoratore nel proprio domicilio (energetiche, telefoniche, ecc.)³⁴.

Nel consolidarsi delle riaperture e del *post lockdown*, nel susseguirsi della normativa d’urgenza con l’avvio e successivo consolidamento della campagna di vaccinazione, nonché sull’onda di vivaci polemiche circa le inefficienze e criticità strutturali dei servizi pubblici resi da remoto, il nuovo Ministro per la Pubblica amministrazione, Brunetta, postula un vero e proprio cambio di passo per il lavoro agile nel settore pubblico. Per un verso, nell’autunno del 2020, prevede un “ritorno” allo svolgimento della prestazione lavorativa in ufficio, riportando gradualmente il lavoro agile “a una delle” modalità ordinarie (d.l. n. 104/2020, conv. con l. n. 126/2020), e, nell’autunno del 2021, richiede la presenza fisica del lavoratore quale modalità ordinaria (v. *infra*). Per l’altro verso, Brunetta decreta sia la fine anticipata del “tele-lavoro” emergenziale, sia una diversa “ripartenza” del lavoro agile, implementando la dimensione di progettazione organizzativa, a livello sistemico, tenendo conto del legame tra questa nuova modalità di lavoro e la *performance* individuale e organizzativa. Per supportare le Pubbliche Amministrazioni, nel passaggio del lavoro agile dalla fase emergenziale a quella ordinaria, e accelerare il rinnovamento organizzativo è previsto il “Piano Organizzativo del Lavoro Agile”³⁵, da redigere annualmente dall’amministrazione «sentite le organizzazioni sindacali».

Quest’ultima, invero, si rivela una falsa partenza, dato che il POLA (redatto da

spesso a causa della mancanza di strumenti di misurazione e verifica *ex post* della *performance* lavorativa: BRUNETTA-TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, cit., 5 ss. V., tuttavia, DIPARTIMENTO FUNZIONE PUBBLICA, *Smart working, prima indagine sulla qualità del lavoro agile in 34 amministrazioni centrali*, 2021. Per un futuro monitoraggio sulle dimensioni, quantitative e qualitative, del lavoro agile nelle PP.AA. si rinvia al sito <https://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile> e al già citato Osservatorio.

³⁴ DE MARCO, *Retribuzione e premialità del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 121 ss.

³⁵ Per tutti, ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L’ossificazione delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, in questa *Rivista*, 1, 2021, 3 ss. Cfr. anche SPARACO, *La PA sotto la lente dello “smart working” in pandemia: evidenze e lezioni apprese*, in *OGP*, 2021.

poche amministrazioni e con contenuti abbastanza soddisfacenti)³⁶ è stato assorbito, ex d.l. n. 80/2021 (conv. in l. n. 113/2021), nel *mare magnum* del nuovissimo PIAO, cioè “Piano Integrato di Attività e Organizzazione”, di durata triennale (ma da aggiornare annualmente), all’insegna di una programmazione responsabile delle funzioni amministrative e dei livelli *standard* della prestazione da remoto, con una visione unitaria della strategia organizzativa.

Dalla ri-progettazione dell’organizzazione dovrebbe emergere una mappatura delle attività “smartabili”, quale fondamentale presupposto per un ampio e corretto utilizzo del lavoro agile. Il Piano, inoltre, reca l’ambizione di una transizione amministrativa, nel senso di rimuovere il tradizionale principio (o pregiudizio culturale) del c.d. “presenzialismo”, e la correlata “ossessione del controllo” sulla quantità del lavoro, a favore della qualità e del paradigma del ragionamento per obiettivi (anziché per adempimenti), vera essenza dello *smart working*.

Nella primavera del 2021, è il d.l. n. 56³⁷ che aggiunge nel quadro normativo delle diversità pubblico-privato un importante tassello, destinato a operare oltre l’emergenza: in concomitanza con il riavvio dei rinnovi contrattuali, la legge rinvia la definizione della nuova disciplina “speciale” del lavoro agile nei «contratti collettivi del pubblico impiego», nazionali e integrativi, in piena sintonia con il “Patto per l’innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale” appena siglato (il 10 marzo 2021).

La «scelta» di coinvolgere «le parti sociali nella strutturazione dei modelli di lavoro agile, così da abilitare uno sforzo collettivo al fine di operare il necessario cambiamento dei modelli organizzativi e della cultura del lavoro nella pubblica amministrazione»³⁸ coltiva le indicazioni desumibili dal testo unico del pubblico impiego, d.lgs. n. 165 del 2001, e dalla direttiva Madia, n. 3 del 2017, arricchendo le fonti del lavoro agile nel settore pubblico, anche a costo di affievolire la rilevanza del contratto individuale a pochi aspetti di dettaglio e attinenti alle esigenze “operative personali” di conciliazione vita-lavoro o all’eventuale meccanismo “BYOD”³⁹. Inoltre, la scelta anticipa e ricalca la strategia coltivata, nel settore privato, dal Ministro Orlando con la firma del “Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile” del 7 dicembre 2021⁴⁰.

³⁶ V. i risultati della “Ricerca sulla qualità dei POLA 2021-2023” a cura del Centro di Ricerca sul Valore Pubblico (CERVAP) del Dipartimento della Funzione Pubblica in https://www.funzione pubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Report_DFP-CERVAP_30-4-2021.pdf.

³⁷ L’art. 1, d.l. n. 56/2020, modifica l’art. 263, d.l. n. 34/2020, il cui contenuto è poi rifluito, con marginali modifiche, nell’art. 11-*bis*, introdotto dalla l. 17 giugno 2021, n. 87.

³⁸ BRUNETTA, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione*, cit., 15.

³⁹ D’AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 47, sul punto 60 ss.

⁴⁰ Per un commento si rinvia al *Focus* coordinato da ALBI, *Nuove riflessioni sul lavoro agile dopo il protocollo del 7 dicembre 2021*, in *LDE*, 3, 2021.

Sempre nella cornice primaverile del 2021, va aggiunta la coeva decretazione emergenziale che estende ai lavoratori del pubblico impiego, per un verso, l'obbligo del possesso del c.d. *green pass* ovvero l'obbligo vaccinale, a seconda del comparto di appartenenza⁴¹ e, per altro verso, una più specifica disciplina del diritto alla disconnessione da riconoscere “nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati”⁴².

3.2. Il rientro anticipato nell'ordinaria specialità: lo sbloom del lavoro agile

La vera svolta, all'insegna del titolo di un noto programma televisivo di qualche anno fa, nel senso di “indietro tutta”, con la fine del lavoro agile “unilaterale” e il ritorno in ufficio, prende avvio, in modo assai tortuoso, all'interno della fase di stato di crisi emergenziale.

Il ritorno alla normalità, disciplinato dal decreto del Ministro Brunetta dell'8 ottobre 2021 e corredato dalle “Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche” adottate il 30 novembre 2021⁴³ ha una data precisa, stabilita, dal d.P.C.M. 23 settembre 2021, nel 15 ottobre 2021. La vicenda ha alimentato un vivace dibattito, anche politico, in quanto l'inversione è stata realizzata nel contesto dell'emergenza pandemica (all'epoca prevista fino al 31 dicembre 2021), nelle more dell'entrata in vigore delle regole dei contratti collettivi di comparto 2019-2021 e del nuovo PIAO⁴⁴.

Dal 15 ottobre 2021, si recupera, in via anticipata rispetto al settore privato, sia l'accordo individuale tra le parti (con l'ordinaria procedura di comunicazione, ex art. 23, l. n. 81/2017: ma v. par. 5.2), sia l'originaria funzionalità del lavoro agile, di norma, quale strumento di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. In pratica, si procede al ripristino dello svolgimento della prestazione lavorativa “in presenza”, quale modalità ordinaria di lavoro per «consentire alle amministrazioni pubbliche di operare al massimo delle proprie capacità» e per offrire «il massimo supporto alla ripresa delle attività produttive e alle famiglie», con particolare riferimento alle attività connesse all'attuazione del PNRR (d.P.C.M. 23 settembre 2021).

Dalla seconda metà di ottobre 2021, nel settore pubblico, da un lato, ritornano in

⁴¹ Per tutti v. l'attenta analisi di BOSCATI, *L'obbligo di vaccinazione introdotto dal d.l. n. 44/2021 tra principi costituzionali ed applicazione concreta*, in *DML*, 2, 2021, 329 ss.

⁴² Art. 2, c. 1-ter, d.l. 13 marzo 2021 n. 30, convertito in l. 6 maggio 2021 n. 61.

⁴³ Per un primo commento, rinvio a VERZARO, *Il lavoro agile oltre l'emergenza nel sistema delle fonti multilivello*, in *LG*, 2022, 475 ss.

⁴⁴ Da ultimo, il d.P.R. n. 81 del 24 giugno 2022 (“*Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione*”), individua tra i Piani assorbiti anche il POLA (art. 1, c. 1, lett. e).

vigore le disposizioni della previgente disciplina, a partire dalla necessità di un patto accessorio di lavoro agile, di cui all'art. 18, c. 1, l. n. 81/2017⁴⁵; dall'altro lato, l'accesso al lavoro agile è soggetto al rispetto di un rilevante elenco di "condizionalità", fissato dall'art. 1, c. 3, d.m. 8 ottobre 2021 (che recupera diverse previsioni della direttiva n. 3 del 2017), relativo ai contenuti del citato patto individuale, tra cui segnalò l'alternanza, con una prevalenza, per ciascun lavoratore, della modalità di prestazione in presenza rispetto a quella da eseguire da remoto, un'adeguata rotazione, ecc.

La rassegna delle condizioni per autorizzare lo *smart working* svela la preoccupazione che l'agilità, se non adeguatamente programmata, perseguita e attuata rispetto alla produttività del lavoro pubblico, possa incidere sull'efficacia e sull'efficienza dell'azione amministrativa, ritenuta essenziale e imprescindibile per il nuovo ruolo della PA per garantire la ripresa e la resilienza del Paese nella fase di transizione verso la normalità *post-pandemica*.

Il brusco "*dietro-front*" sull'utilizzo del lavoro agile, pertanto, potrebbe essere giustificato dall'esigenza di un impiego (anche dei *manager*) preparato e responsabile di questa modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa, senza ricadute negative sulla quantità e qualità dei servizi pubblici. In altri termini, il ripescaggio di un minimo di negoziazione tra datore e lavoratore nel patto di agilità dovrebbe sollecitare «una pianificazione organizzativa adeguata, sia macro, preventiva, sia micro, esecutiva»⁴⁶.

Quindi, il lavoro agile – con una metafora musicale – dopo le discese ardite e le (brusche) risalite, potrebbe entrare in una fase di trasformazione migliorativa delle sue ali per tornare a volare (potenzialmente) in alto. Questo traspare nella circolare "congiunta" (a firma dei Ministri della Pubblica amministrazione, Renato Brunetta, e del Lavoro, Andrea Orlando) del 5 gennaio 2022, relativa al «Lavoro agile nella pubblica amministrazione e nel lavoro privato», se si legge in controluce la «necessità di utilizzare ogni strumento utile a diminuire le possibilità del diffondersi del *virus*, ivi incluso il ricorso al lavoro agile, che pure non è stato mai interrotto, ma che invece è stato disciplinato da un quadro regolatorio, sia nel pubblico che nel privato, differenziato ma esaustivo» da ritagliare e modulare su processi specifici e su persone/professionalità concrete.

⁴⁵ Viceversa, per i (soli) datori di lavoro del settore privato, la sospensione degli accordi individuali (e la semplificazione delle comunicazioni) supera non solo la prima fase *post-emergenziale* (dal 30 giugno fino al 31 agosto 2022, *ex c. 2-bis*, art. 10, d.l. n. 24, conv. in l. n. 52/2022), ma alimenta nel punto 11, dedicato al "lavoro agile", del recente "*Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2/ COVID-19 negli ambiti di lavoro*" (30 giugno 2022), un auspicio delle Parti sociali, "in coerenza con l'attuale quadro del rischio di contagio", di ulteriore proroga del ricorso al modello di lavoro agile "emergenziale", disciplinato dall'art. 90, c. 3 e 4, d.l. n. 34 del 2020. Vedi, tuttavia, le recenti innovazioni esaminate nel § 5.

⁴⁶ Così ESPOSITO, *Smart working e pubblico impiego*, cit., 150. V. anche SPINELLI, *Il lavoro agile post pandemico*, cit., 6 ss.

A conti fatti, l'esperienza pandemica lascia un segno indelebile di differenziazione, figlia del diverso contesto pubblico/privato giuridico-organizzativo-manageriale, per cui, avvicinandosi al *post-emergenza*, la disciplina del regime ordinario "speciale" del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni risulta caratterizzata da una divaricazione tra pubblico e privato nelle fonti e nella regolamentazione del lavoro a distanza più accentuata rispetto a quella *pre-pandemica*.

4. L'eredità della pandemia: l'accesso prioritario alle modalità agili per i lavoratori "fragili"

La disciplina emergenziale, con le sue deroghe alla disciplina (speciale) ordinaria, ha lasciato un segno, duplice e profondo, sulle modalità di accesso al lavoro agile: ha cancellato, in una logica semplificatoria, la necessità del patto accessorio con il riconoscimento di una prerogativa unilaterale del datore, arricchendo il ruolo della dirigenza pubblica; ha promosso il ricorso al lavoro da remoto quale strumento di prevenzione e di contenimento del contagio, specie per talune categorie di soggetti in condizioni di debolezza, purtroppo diffuse, ma spesso dimenticate, se non a rischio discriminazioni⁴⁷.

La normativa pandemica, da un lato, riconosce al datore un potere eccezionale (esercitato dal dirigente) di pretendere, in via unilaterale (cioè senza il consenso del lavoratore), dai dipendenti pubblici lo svolgimento della prestazione in modalità agile, addirittura quale modalità ordinaria, con un lavoro svolto, anche regolarmente, a distanza e con strumenti propri. Dall'altro lato, disciplina, in chiave protettiva, la pretesa di accesso a tale modalità (se compatibile) a favore di una nuova categoria di lavoratori fragili.

Nel pubblico (a differenza del privato), la prima deroga emergenziale, *pro-datore*, è spirata prima della fine dello "stato di emergenza", ripristinando l'obbligo ordinario per il ricorso alla modalità agile di sottoscrizione di un accordo individuale, seppur con contenuti inevitabilmente "schiacciati" verso la standardizzazione (par. 4.2).

La seconda deroga emergenziale, *pro-lavoratore*, non giunge sino alla soglia di riconoscere un vero e proprio diritto dei dipendenti pubblici "a svolgere la prestazione secondo i propri timori, desideri o necessità, dovendosi, in tutti i casi, ponderare la remotizzazione del lavoro nelle pp.aa. con l'efficienza del servizio, *ex artt.* 97 e 98 Cost."⁴⁸. L'agevolazione del lavoro agile per i fragili è stata (come nel pri-

⁴⁷ BONO, *Un virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del covid*, in *RGL*, 2021, 429 ss.

⁴⁸ Così ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro*, cit., considerando l'"agilità alla stregua di interesse le-

vato) applicata oltre l'emergenza, seppur): ora sembra spirata al 30 giugno 2022 (par. 4.2). Ma sul punto le proroghe tardive, con effetti retroattivi, sono già diventate una prassi, pertanto, in prima battuta, mi concentro su questo lascito pandemico che potrebbe riemergere e persino diventare disciplina a regime, specie se la promozione del lavoro agile per i fragili riesce a allentare gli effetti collaterali di tipo economico.

4.1. Le condizioni di "fragilità"

Con il diritto dell'emergenza, è emersa in chiave protettiva, (anche) nel lavoro pubblico, una nuova categoria di lavoratori⁴⁹ definiti dal legislatore, per il fattore di rischio sanitario-occupazionale, come "fragili".

Nel contesto della pandemia, il concetto di fragilità si pone al confine tra la vulnerabilità per cause di natura sanitaria e il rischio di esclusione socio-lavorativa⁵⁰, includendo sia condizioni specifiche di salute, sia condizioni che connotano una vulnerabilità sociale. La fragilità viene, quindi, intesa in senso ampio, includendo le ipotesi di esposizione al rischio di contagio dei dipendenti pubblici correlate alle caratteristiche di salute – per comorbilità, stato immunitario, condizione metabolica, assunzione di farmaci, età – del possibile ospite del *virus* (stesso lavoratore o figli con disabilità⁵¹).

In pratica, i lavoratori fragili non sono impossibilitati a svolgere la prestazione

gittimo di diritto privato, di lunga fascinazione nel diritto del lavoro e accolto dalla giurisprudenza" ivi citata.

⁴⁹ Tenendo conto dei dati della fragilità, il riferimento andrebbe declinato al femminile. In Italia, infatti, fra i quasi 13 milioni di persone (più del 20% della popolazione residente) con disabilità, con limitazioni funzionali lievi o con malattie croniche, risaltano le anziane over 65 e principalmente le donne, spesso soggette a discriminazioni multiple (come recita l'art. 6 della Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità dedicato proprio alle «Donne con disabilità»). Inoltre, la pandemia (e ora il long covid) si sono abbattuti con forza superiore sulle donne, per le quali la chiusura delle scuole, delle strutture di assistenza diurna e spesso del lavoro ha comportato una segregazione domestica, insieme alle persone da accudire, spesso nella triplice veste di lavoratrici da remoto, educatrici di ogni ordine e grado e colf a tempo pieno: DE FALCO, *Con gli occhi delle donne (con disabilità) nel mondo del lavoro*, 8 marzo 2022, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/con-gli-occhi-delle-donne-con-disabilita-nel-mondo-del-lavoro/>.

⁵⁰ Sulle questioni definitorie rinvio allo stimolante saggio di CARACCIOLLO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLLO-DEL CONTE-MARTONE-SPINELLI-TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica*, cit. cui *adde* GIOLO-PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2021.

⁵¹ Da ultimo, la legge riconosce una priorità nell'accesso al lavoro per i genitori lavoratori pubblici, con "almeno un figlio in condizioni di disabilità grave" (ex l. n. 104/1992) o con figli "con bisogni educativi speciali" (BES), (art. 5-ter, d.l. n. 1/2022, conv., con modd., in l. n. 18/2022) che si aggiunge, con sovrapposizioni, al c. 3-bis dell'art. 18, l. n. 81/2017.

lavorativa, ma presentano, durante l'emergenza, maggiori difficoltà e rischi rispetto ai colleghi, a causa di patologie pregresse o in corso. Per queste caratteristiche, la nozione e le tutele risultano sincronizzate sulla durata dell'emergenza pandemica, ma con criticità che meritano una segnalazione.

I confini della nuova categoria di lavoratori fragili appaiono incerti, con conseguenti difficoltà di applicazione e relativi disagi. Dapprima, l'art. 26, c. 2, d.l. n. 18/2020 riconduce alla nozione di fragili i seguenti "dipendenti pubblici" (nonostante la rubrica menzioni solo i privati): a) "in possesso del riconoscimento di disabilità, con connotazione di gravità", ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/1992; b) "in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali" attestante una "condizione di rischio derivante da immunodepressione"; c) ovvero "da esiti da patologie oncologiche"; d) o dallo "svolgimento di relative terapie salvavita".

Sin dalla sua apparizione, la nozione alimenta incertezze e nuovi dilemmi⁵², anche con sovrapposizioni parziali con altre norme (sempre a termine)⁵³, ma è a ridosso della fine dello stato di emergenza che la situazione diventa ingarbugliata.

L'art. 17, c. 2, d.l. n. 221/2021 (conv., con modd., in l. n. 11 del 2022) rinvia a un successivo decreto il compito di "individuare le patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali ricorre la condizione di fragilità". Il decreto 4 febbraio 2022 – interministeriale (concertato tra i Ministri della Salute, del Lavoro e delle Politiche sociali, della Pubblica Amministrazione) – individua le condizioni di fragilità "in presenza delle quali (...) la prestazione lavorativa è normalmente svolta in modalità agile", con parziali differenze rispetto ai previgenti elenchi⁵⁴ e affida la certificazione al medico di famiglia (e non più ai "competenti organi medico-legali").

⁵² Sullo sfondo, per effetto della diffusione pandemica del lavoro agile, si segnala una nuova questione cruciale per la tenuta della principale tutela dei lavoratori disabili, ex l. n. 68/1999: l'inclusione o l'esclusione dei lavoratori in modalità agile dal computo dell'organico aziendale ai fini dei vincoli numerici previsti da leggi e contratti collettivi. Nel silenzio della legge n. 18/2017, l'art. 23, d.lgs. n. 80/2015 sancisce, invece, l'esclusione dei "lavoratori ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative ed istituti", inclusi quelli della l. n. 68/1999. L'interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 9 giugno 2021, n. 3, correttamente propende per l'inclusione, ma lo fa con una argomentazione opinabile: CARACCILO, *Il computo del lavoratore smart ai fini del collocamento obbligatorio dei disabili*, in *DRI*, 4, 2021, 1198-1208.

⁵³ Rispettivamente con il c. 1 dell'art. 39, stesso decreto n. 18/2020 (disabili e dipendenti familiari di disabili, ex l. n. 104/1992) e con l'elenco previsto dal secondo periodo del c. 1, art. 90, d.l. n. 34/2020 ("lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria" eccezionale di cui all'art. 83 del medesimo decreto).

⁵⁴ Circolare della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della Salute n. 45886 dell'8 ottobre 2021.

Con l'emanazione di tale decreto, si passa dal concetto di "lavoratori fragili" (ex art. 26, d.l. n. 18/2020) alla nuova "condizione di fragilità", che risulta indifferente alla collocazione del lavoratore nel settore privato o pubblico, ma permane il dubbio se le (condizioni di) fragilità includano soltanto le patologie del nuovo elenco, ovvero se a esse si aggiungano quelle ex art. 26, c. 2, d.l. n. 18/2020⁵⁵.

L'Inps, con una serie ravvicinata di messaggi⁵⁶, precisa che il decreto ha modificato i criteri per l'individuazione delle categorie di lavoratori fragili, e che rilevano le sole categorie *ivi* individuate, ma lo fa con riguardo al riconoscimento della tutela previdenziale dell'equiparazione dell'assenza dal lavoro al ricovero ospedaliero (e ai relativi limiti di spesa), mentre la promozione del lavoro agile non presenta questo tipo di ricadute finanziarie.

A ogni modo, il decreto del febbraio 2022 prevede due distinti gruppi di lavoratori in condizioni di fragilità. Il primo, "indipendentemente dallo stato vaccinale", ricomprende sia i "pazienti con marcata compromissione della risposta immunitaria" (per esempio: per trapianto, attesa di trapianto, patologia oncologica entro sei mesi dalla sospensione delle cure, ecc.), sia i pazienti che presentino "tre o più delle condizioni patologiche" individuate nello stesso decreto (per esempio: cardiopatia ischemica, ictus, obesità, ecc.). Nel secondo gruppo rientrano, invece, i soggetti che, al contempo, siano "esenti dalla vaccinazione per motivi sanitari" e che abbiano almeno una delle seguenti condizioni: "età superiore a 60 anni" o le condizioni di elevata fragilità ai fini della "dose booster" di vaccino *anti-virus*⁵⁷.

4.2. La promozione (temporanea) dell'accesso alle modalità agili

Le diverse ipotesi di fragilità sono accomunate dall'agevolazione (temporanea) nell'accesso al lavoro agile (pandemico e ordinario), quale strumento di prevenzione (per sé o per i figli disabili) del rischio di contrarre il *virus*.

Invero, la promozione del lavoro agile per i lavoratori fragili potrebbe essere ricondotta al macro-obiettivo ordinario di agevolare la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro, ma aggiunge un di più dato dalla sua funzione di prevenzione e di protezione, nonché di inclusione socio-lavorativa dei soggetti con diversità dovute a condizioni personali (di salute propria o dei figli). In tale ottica, la protezione speci-

⁵⁵ La proroga del c. 2 dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, è confermata al 31 marzo 2022 dal d.l. n. 221/2021 e la norma è citata (assieme al c. 2-*bis*) nelle premesse del decreto interm. 4 febbraio 2022.

⁵⁶ Rispettivamente nn. 679, 1126, 1349 del 2022 e, da ultimo, n. 2622 del 30 giugno 2022, per lo più incentrati sulle tutele previdenziali (e sui relativi limiti di spesa) dei lavoratori "fragili".

⁵⁷ Elencate nell'Allegato 2 della Circolare della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della Salute n. 45886 dell'8 ottobre 2021, ma suscettibili di aggiornamento "sulla base delle evidenze disponibili".

fica dovrebbe resistere oltre il periodo circoscritto dell'emergenza pandemica quale declinazione, in concreto, dell'effettività del diritto al lavoro per i soggetti in condizioni di svantaggio⁵⁸. Invece, il mosaico delle proroghe legali è complicato, lacunoso e pur sempre a termine (v. *infra*).

In sintesi, il lavoro agile, cui i lavoratori fragili possono essere destinatari privilegiati, diviene, nel contesto della pandemia, uno strumento poliedrico che consente di soddisfare interessi diversi: individuali e collettivi, privati e pubblici, di salute e di lavoro. Il tutto, però, con la consapevolezza che il lavoro da remoto è uno strumento ambivalente in quanto idoneo ad agevolare sia l'inclusione sia l'esclusione dei lavoratori e delle lavoratrici. Per il lavoratore (a maggior ragione se in condizioni di svantaggio) può rappresentare sia un'opportunità, cioè una circostanza favorevole, per cui i lavoratori fragili potrebbero trarre un miglioramento del benessere dal lavoro, con una potenzialità inclusiva⁵⁹; sia una circostanza sfavorevole, specie con riguardo ai rischi di isolamento o di vero e proprio *stress*-lavoro correlato.

Allo stesso modo, i lavoratori fragili potrebbero trarre un miglioramento del benessere dal lavoro a distanza, vuoi nella modalità agile con un'alternanza dentro l'ufficio-fabbrica, vuoi nella modalità di telelavoro sempre da luoghi esterni all'azienda.

Con la fine dello stato di crisi sanitaria (e successivo periodo di *post-emergenza*), si assiste a una mancata reiterazione, per via legale, di diverse protezioni per i lavoratori fragili⁶⁰, nonostante (o a causa) del "*dietro-front*" nei confronti del lavoro agile. Nel settore pubblico, tuttavia, affiora sottotraccia una diffusa prassi amministrativa, con "indicazioni operative" di auto-regolamentazione, di proroga di fatto del diritto al lavoro agile per i lavoratori fragili⁶¹.

⁵⁸ Illuminante la lettura di TAFARO, *Brain Computer-Interface e rilevanza giuridica degli atti "senza movimento": atti neuronali e smart working*, in *LG*, 4, 2021, 353 e ss.

⁵⁹ Emblematica delle ambiguità, ad esempio, appare la significativa riduzione degli infortuni *in itinere* (specie per le donne, tradizionalmente più colpite da questa tipologia infortunistica), come attesta il recente Rapporto della Fondazione Studi dei consulenti del lavoro, coordinato da Dini, "*Salute e sicurezza sul lavoro dopo l'emergenza Covid*" (reperibile *on line* sul sito), 9 ss. Lo stesso Rapporto, tuttavia, opportunamente segnala che "il tema della salute e sicurezza dei lavoratori agili resta una questione aperta" (p. 19), con l'emergere di nuove criticità legate specialmente all'ambiente e alle postazioni di lavoro domestico e con l'esigenza di iniziative di prevenzione collegate al tecnostress e all'isolamento. Tra queste ultime si segnala la programmazione di corsi di formazione *ad hoc*, meglio se in presenza.

⁶⁰ Per un riepilogo delle principali misure, non più vigenti, in tema di diritto al lavoro agile per diverse categorie di soggetti, rinvio al seguente elenco: <https://temi.camera.it/leg18/temi/lavoro-agile.html>.

⁶¹ Fra gli altri, v. lo stesso Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'Interno, dell'Istruzione, della Difesa, ecc., cui va aggiunta la dichiarazione del Ministro Brunetta secondo cui in base alla circ. 5 gennaio 2022, le pp.aa. potrebbero "attribuire lo *smart working* senza costi" (audizione del 20 aprile

Ciò premesso, procedo con la rassegna delle ipotesi di agevolazioni legali del lavoro agile per i lavoratori fragili, vigenti (con proroghe “a geometria variabile”) nella prima fase *post-emergenza*, cioè dopo il 31 marzo 2022⁶².

Continua ad applicarsi fino al 31 luglio 2022⁶³ la “sorveglianza sanitaria eccezionale” (ex art. 83, c. 1-3, d.l. n. 34 del 2020, conv., con modd., in l. n. 77 del 2020), con possibilità di lavoro agile. Nel contesto di tale sorveglianza, il lavoro da remoto – con una prestazione lavorativa anche totalmente da casa – costituisce (nell’ipotesi di “idoneità” al lavoro) una delle auspicabili⁶⁴ “soluzioni cautelative” per la salute dei lavoratori in condizioni di fragilità, cioè maggiormente esposti, per patologie preesistenti⁶⁵, a rischio di contagio da *virus* da Sars CoV-2 e successive varianti. In tal caso, quindi, la misura è decisa non dalle parti del rapporto di lavoro, bensì di norma dal medico competente⁶⁶.

Ma la nuova data spartiacque per il lavoro agile, pubblico e privato, è senza dubbio il 30 giugno 2022. Sul piano legale, risulta non prorogato dopo tale scadenza⁶⁷ – “salva la disciplina dei contratti collettivi nazionali” (v. par. 5.3) – il “titolo prioritario per l’accesso al lavoro agile” (art. 5-ter, d.l. n. 1/2022, conv., con modd., in l. n. 18 del 2022) per (entrambi) i genitori lavoratori con “almeno un figlio in condizioni di disabilità grave” o “con bisogni educativi speciali” (BES). Se così è, pare utilizzabile soltanto l’accesso preferenziale ordinario alla modalità agile per i genitori lavoratori con figli in condizioni di disabilità (ai sensi dell’art. 3, c. 3, l. n. 104/1992), ex c. 3-bis dell’art. 18, l. n. 81/2017 (v. il par. 5.1).

Sembra arrestarsi alla faticosa data del 30 giugno 2022⁶⁸, il cammino della norma di riferimento principale: l’art. 26, d.l. n. 18/2020, in virtù del quale i lavoratori, pubblici (e privati), in condizioni di fragilità (v. par. 4.1), “svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile” (c. 2-bis).

2022 presso la Commissione parlamentare per la semplificazione) ma, si aggiunge, non le misure alternative per il caso di incompatibilità.

⁶² Sulla vicenda, sia permesso rinviare, in modo più approfondito, a BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 3, 2022.

⁶³ Ai sensi dell’art. 10, c. 2, d.l. n. 24/2022, conv., con modd., in l. n. 52/2022.

⁶⁴ La Circ. Inail n. 44 dell’11 dicembre 2020 raccomanda di riservare “il giudizio di non idoneità temporanea solo ai casi che non consentano soluzioni alternative”.

⁶⁵ Con una valutazione che tiene conto dell’età o della condizione 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.

⁶⁶ Comunicato Inail del 26 maggio 2022 che rinvia, per le indicazioni operative, alla cit. Circ. Inail n. 44 del 2020.

⁶⁷ Dopo l’ultima proroga ai sensi dell’art. 10, c. 5-quinquies, d.l. n. 24/2022, conv., con modd., in l. n. 52/2022.

⁶⁸ Dopo l’ultima proroga ai sensi dell’art. 10, c. 1-bis e 1-ter, d.l. n. 24/2022, conv., con modd., in l. n. 52/2022.

Nel modello emergenziale, la previsione era stata accolta come la legittimazione di un vero e proprio diritto dei lavoratori fragili all'agilità, anche contro la volontà del datore/dirigente. Solo che, ancor prima di mostrarsi nel d.l. n. 18/2020, lo stesso diritto svelava la sua esilità: il c. 2 dell'art. 26, infatti, riconosce(va) che ci sono casi in cui la prestazione lavorativa non può "essere resa in modalità agile". Allo stato, la situazione di inagibilità della prestazione risulta molto diffusa dato che "riguarda oltre ¾ degli impieghi"⁶⁹. A tal fine, il c. 2 *bis* dello stesso art. 26, prevede(va) sia una ulteriore dose di flessibilità, pro-lavoratore, forzando il perimetro della flessibilità delle mansioni, allo scopo di rafforzarne la compatibilità con l'agilità⁷⁰, sia che l'agibilità della prestazione potesse essere realizzata, al posto della prestazione di lavoro in modalità agile, "con lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto", a partire dalle competenze digitali.

La normativa era stata poi accompagnata dalla giurisprudenza cautelare, con numerose decisioni⁷¹, pronunciate all'esito di ricorsi in via d'urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*), di condanna del datore di lavoro a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile.

Se così è, aleggia un cruciale dilemma: la protezione del lavoro agile per i dipendenti in condizioni di fragilità rileva soltanto durante la pandemia o va oltre, in vista di una "normalizzazione" (loro e della situazione)? Tenuto conto che è illusorio immaginare una cessazione immediata delle esigenze di protezione, dato che il

⁶⁹ Così ZILLI, (*Di nuovo*) senza copertura INPS la quarantena covid per chi non è smart, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/di-nuovo-senza-copertura-inps-la-quarantena-covid-per-chi-non-e-smart/>.

⁷⁰ Ai sensi del c. 2-*bis*, art. 26, d.l. n. 18 del 2020, la richiesta del lavoratore fragile di uno svolgimento della prestazione in modalità agile doveva essere soddisfatta dal datore verificando ulteriori opzioni organizzative rispetto alle attuali flessibilità dello *jus variandi* ordinario "anche" attraverso la sua adibizione "a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria" (operaio, impiegato, quadro o dirigente) "o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti", con una inedita promozione del ruolo delle parti sociali.

⁷¹ A partire da Trib. Grosseto 23 aprile 2020 e Trib. Bologna 23 aprile 2020, in *Labor*, 4, 2020, 531, con nota di ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, e in *LG*, 2020, 1193, con nota di VALENTE, *Emergenza COVID-19 e diritto soggettivo allo smart working*. Per continuare, con particolare attenzione al tema della compatibilità delle mansioni, Trib. Mantova 26 giugno 2020, Trib. Roma 20 giugno 2020 in *LG*, 2021, 294, con nota di MAGGIO, *L'accesso alla tutela d'urgenza in periodo di emergenza sanitaria da Covid-19 per lo svolgimento della mansione in smart working*, e in *RIDL*, II, 2020, 704, con nota di PERUZZI-PIGNATELLI, *Diritto al lavoro agile e compatibilità con la prestazione al tempo dell'emergenza Covid-19*; Trib. Roma 26 ottobre 2020, in *Gc.com*, 5 febbraio 2021, con nota di LAZZARI, *Ancora sui lavoratori fragili e smart working*; Trib. Roma 21 gennaio 2021, in *Labor*, 2021, n. 4, 486, con nota di VALLAURI, *Quando l'assegnazione al lavoro agile è un diritto*. In tema v. anche D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza nell'emergenza: osservazioni a margine dei provvedimenti giudiziari*, in MAZZOTTA (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pisa, 2021, 97; GALARDI, *Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia*, in *Oss. Cost.*, 2, 2021, 110.

virus e le sue varianti circolano ancora ed è verosimile che la pandemia diventerà un'infezione endemica⁷², sarebbe opportuno che l'emersione giuridica della fragilità (e delle sue tutele) non evaporasse *tout court* assieme alla fine dell'emergenza sanitaria.

5. Innovazioni verso la normalità *post-pandemica*

La traiettoria verso la nuova normalità, procede, per un verso, nell'attesa dell'allungamento della coda emergenziale, per altro verso, nel consolidamento di alcuni tratti innovativi della disciplina pandemica.

Sul primo versante, l'ennesima proroga della tutela agile per i lavoratori fragili è auspicata dalle Parti sociali nel punto 12 del nuovo “*Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2/ COVID-19 negli ambiti di lavoro*”, siglato proprio il 30 giugno 2022, incrociandone la firma con la scadenza delle proroghe.

È vero che il Protocollo aggiorna i precedenti accordi su espresso invito dei (soli) Ministri del lavoro e delle politiche sociali, e della salute, nonché richiama la circolare n. 1 del 2022 del Ministro Brunetta, tuttavia pare avere l'obiettivo di garantire l'efficacia delle misure precauzionali – incluso il lavoro agile, quale “strumento utile per contrastare la diffusione del contagio da Covid-19, soprattutto con riferimento ai lavoratori fragili, maggiormente esposti ai rischi derivanti dalla malattia” (punto 11) – in tutti gli “ambienti di lavoro non sanitari” (come recita *l'incipit*). E comunque, le Parti sociali auspicano, nel citato punto 12, l'ulteriore proroga dei c. 1-*bis* e 1-*ter*, d.l. n. 24/2022, conv., con modd., in l. n. 52/2022, cioè delle norme che hanno traghettato oltre l'emergenza proprio il nucleo centrale dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, relativo alla protezione del lavoro agile per i lavoratori fragili non solo del settore privato (come recita impropriamente la rubrica, con riferimento alle disposizioni del c. 1), ma anche di quello pubblico (come si evince dal testo del c. 2 e 2-*bis*).

Sul secondo versante, la speranza è che lo stillicidio di proroghe faccia maturare la consapevolezza di una preziosa eredità della disciplina (transitoria) emergenziale, da stabilizzare rispetto alla futura messa a regime della disciplina (finalmente) nor-

⁷²La letteratura medica segnala strascichi persistenti di c.d. “*long Covid-19*” sia nella forma sintomatica persistente (tra 4 e 12 settimane dopo l'evento acuto), sia nella forma di sindrome post-Covid (oltre le 12 settimane), con casistiche molto variabili e sintomi molto eterogenei che possono interessare molteplici organi o apparati: problematiche di tipo respiratorio, debilitazioni, astenia, cervello annebbiato, riabilitazioni, ecc., come risulta dalle Linee guida NICE, Rapporto ISS, “*Principi di gestione del Long-COVID*”, in www.iss.it/presidenza. Dai *setting* analizzati nella letteratura medica risulta che l'essere donna costituisce un fattore di maggior rischio, specie in relazione alla c.d. *fatigue* e *ansia*.

male del lavoro agile, quale formidabile leva non soltanto di innovazione digitale e organizzativa, ma anche di inclusione dei soggetti svantaggiati, di miglioramento del benessere personale e organizzativo, nonché della qualità della prestazione lavorativa e dei servizi offerti agli utenti, cioè anche agli stessi lavoratori.

Vediamo, allora, quali passi avanti ha fatto il legislatore *post*-pandemico e chi potrà essere il *designer*, nel settore pubblico, delle modalità di lavoro a distanza che verrà.

5.1. Le nuove priorità per l'agilità (c. 3-bis e 3-ter dell'art. 18, l. n. 81/2017)

Il 30 giugno 2022 è (anche) la data del d.lgs. n. 105/2022, di attuazione della direttiva UE 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (e di abrogazione della direttiva 2010/18/UE del Consiglio), che consolida la promozione “selettiva” della modalità di lavoro agile per quei dipendenti che presentano un fattore di rischio occupazionale a causa delle esigenze (come reca l'intitolazione dello stesso decreto) di “equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza” (c.d. *care givers*).

L'art. 4, c. 1, lett. b), n. 1, del d. lgs. n. 105/2022 riscrive, integralmente e in via stabile, il c. 3-bis dell'art. 18, l. n. 81/2017, correggendo – per la seconda volta⁷³ – l'iniziale atteggiamento neutrale del legislatore del 2017 rispetto al dichiarato obiettivo di “agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”⁷⁴. Per effetto della novella, il datore/dirigente è tenuto a riconoscere, “in ogni caso” di scelta di stipulazione “di accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile”, una “priorità” di accesso alle richieste formulate dalle seguenti figure di lavoratori: a) genitori con figli fino a dodici anni di età; b) genitori con figli, “senza alcun limite di età”, in condizioni di disabilità, ai sensi dell'art. 3, c. 3, l. n. 104/1992; c) disabili in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, c. 1, l. n. 104/1992; d) c.d. “*caregivers*”, ai sensi dell'art. 1, c. 255, l. n. 205/2017.

La novella del 2022, coltivando la traiettoria euro-unitaria verso un'equa ripartizione delle responsabilità di cura genitoriale e di assistenza, individua nel lavoro a distanza una delle forme di flessibilità da privilegiare nella prospettiva della *work life balance* per entrambi i genitori-lavoratori e per i prestatori di assistenza.

⁷³ La prima modifica è intervenuta *ex c.* 486 dell'art. 1, l. n. 145/2018 (c.d. legge di bilancio per il 2019). Nella versione originaria, in vigore fino al 12 agosto 2022, il c. 3-bis dell'art. 18 prevedeva la priorità – oltre ai genitori-lavoratori con figli disabili – (soltanto) per le madri “lavoratrici” nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità (di cui all'art. 16, d.lgs. n. 151/2001), con una disposizione spesso ricopiata dai contratti collettivi del settore privato.

⁷⁴ Cfr. i rilievi critici di TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP D'Antona.IT*, n. 419/2020.

Il legislatore – consapevole della debolezza della tecnica – rafforza le richieste di lavoro agile formulate “dalle lavoratrici e dai lavoratori” aggiungendo due nuovi periodi al c. 3-*bis*, art. 18, l. n. 81/2017, in virtù dei quali: *i*) il dipendente che richiede di fruire del lavoro a distanza “non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro”; *ii*) “qualunque misura” adottata in violazione della disposizione “è da considerarsi ritorsiva o discriminatoria e, pertanto, nulla”.

Di più, per dare maggior valore al rispetto del principio della parità di genere e agli strumenti di trasparenza⁷⁵, accompagna il c. 3-*bis* dell’art. 18, l. n. 81/2017, con un nuovo c. 3-*ter*. Per effetto della novella, “il rifiuto, l’opposizione o l’ostacolo alla fruizione del lavoro agile”, secondo quanto disposto dal c. 3-*bis*, impediscono, nell’arco di un biennio, al datore di lavoro il conseguimento della certificazione della parità di genere⁷⁶.

Sempre il 30 giugno 2022, sul sito della Funzione pubblica è stato pubblicato un promemoria per ricordare che – in virtù della menzionata circolare “congiunta” Brunetta-Orlando del 5 gennaio 2022 – per i lavoratori fragili del pubblico, a legislazione vigente, permane un regime “flessibile” di accesso al lavoro agile su iniziativa della singola amministrazione, naturalmente salvaguardandone l’efficienza. Nell’ambito dell’organizzazione di ciascuna amministrazione sarà il dirigente responsabile a individuare le misure organizzative che si rendono necessarie, anche derogando, ancorché temporaneamente, al criterio della prevalenza dello svolgimento della prestazione lavorativa in presenza.

5.2. La comunicazione semplificata (c. 1 dell’art. 23, l. n. 81/2017)

Sul fronte del consolidamento, per via legale, delle innovazioni emergenziali segnalò che la semplificazione della procedura di comunicazione dell’agilità – ammessa in via eccezionale durante la pandemia – viene resa ora ordinaria, riducendo un adempimento burocratico *pre-Covid*⁷⁷ del datore di lavoro che in certe situazioni può divenire pesante.

⁷⁵ Per tutti, si rinvia a ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini, 2022, in corso di pubbl.

⁷⁶ Sulla certificazione della parità di genere, il nuovo c. 3-*bis*, richiama l’art. 46-*bis*, d.lgs. n. 198/2006, (cui *adde* la l. n. 162/2021) o “analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti”.

⁷⁷ Di cui al c. 1 dell’art. 23, l. n. 81/2017, che rinvia(v) all’art. 9-*bis* del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, conv., con mod., in l. 28 novembre 1996, n. 608 e succ. modd. che richiede(va) di inserire una ridotta di dati molto complessa, incluso il caricamento dell’accordo individuale di agilità, come fosse un nuovo specifico contratto di lavoro subordinato.

Come noto (§ 3.1), la decretazione pandemica per agevolare la diffusione rapida e ampia del lavoro a distanza, quale strumento di prevenzione e di protezione della salute individuale e collettiva, ne ha consentito l’attivazione in assenza dell’accordo individuale e con una procedura di comunicazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali “semplificata”: in via telematica, in forma massiva e ovviamente senza l’allegazione del patto di agilità.

Con il comune ritorno all’accordo individuale di lavoro agile – previsto, dal 1° settembre 2022, anche nel settore privato⁷⁸ – l’obbligo di comunicazione diventa semplificato in via stabile, con decorrenza dalla stessa data. Più in dettaglio, la conversione in legge (n. 122/2022) del c.d. decreto “Semplificazioni” (d.l. n. 73/2022) ha aggiunto l’art. 41-*bis* che prevede: nella lett. *a*), una modifica del c. 1 dell’art. 23, l. n. 81/2017, riducendo la comunicazione a pochi elementi⁷⁹ (condivisi con l’INAIL); nella lett. *b*), l’aggiunta nella rubrica del cit. art. 23 il riferimento ai nuovi “Obblighi di comunicazione”, resi più snelli. La norma del 2022 prevede, inoltre, in caso di mancata comunicazione dei dati secondo le modalità semplificate, una sanzione amministrativa da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato (*ex art.* 19, c. 3, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

La novella dell’art. 23, l. n. 81/2017, quindi, contempla – a far data dal 1° settembre 2022 – uno snellimento della procedura comunicazione degli accordi di lavoro agile a vantaggio dei datori di lavoro, senza intaccare la sicurezza del lavoratore e in accordo con i contenuti del “Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile”, sottoscritto alla presenza del Ministro del lavoro e delle politiche sociali il 7 dicembre 2021, con il quale le Parti sociali hanno inteso definire un efficace quadro di riferimento per la corretta applicazione del lavoro agile.

Invero, la novella del ’22 richiama genericamente “il datore di lavoro”, senza uno specifico riferimento all’applicabilità della riforma alla pubblica amministrazione, peraltro già rientrata, dal 15 ottobre 2021, nel regime (speciale) ordinario di pattuizione e di comunicazione (*v. par.* 3.2)⁸⁰. Tuttavia, la sua formula generica, sommata al criterio generale di “compatibilità” indicato nel c. 3 dell’art. 18, l. n. 81/2017 (*v. par.* 2) e alla mancanza di disposizioni specifiche, depongono a favore della tesi che le nuove regole sugli “obblighi di comunicazione” sono comuni, cioè sono applicabili in capo anche agli enti che compongono la pubblica amministrazione anch’essi datori di lavoro.

⁷⁸ Per effetto della scadenza della deroga al patto individuale del 31 agosto 2022 prevista dal d.l. n. 24/2022, conv., con modd., in l. n. 52/2022, e non ulteriormente prorogata.

⁷⁹ Precisamente, per ogni “stipulazione o modifica” dei patti di lavoro agile: nome e cognome del lavoratore, data di inizio e data di fine della disposizione in lavoro agile; senza necessità di caricare l’accordo sottoscritto tra le parti (in formato esclusivamente pdf/A).

⁸⁰ Sul punto il d.m. n. 149/2022 (*v. infra*) precisa che restano valide le comunicazioni già effettuate secondo le modalità della disciplina previgente (art. 1, c. 3).

Dal 1° settembre 2022, quindi, i datori, privati e pubblici, comunicano in via telematica al Ministero del lavoro e delle politiche sociali i (soli) nominativi dei lavoratori e la data di inizio e di cessazione delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo le modalità operative prontamente individuate dal Ministro Orlando, con il decreto 22 agosto 2022, n. 149, per gli accordi individuali “stipulati o modificati”⁸¹. Sebbene la comunicazione obbligatoria telematica non richieda l’invio, in allegato, del patto di agilità, questo dovrà essere conservato per 5 anni dalla sottoscrizione⁸².

5.3. Il nuovo protagonista: la contrattazione collettiva

Infine, nella traiettoria del lavoro agile che verrà (e delle correlate innovazioni organizzative, digitali e amministrative) sta entrando in gioco un protagonista sinora rimasto (per lo più) in panchina nel settore pubblico: la contrattazione collettiva, nazionale e integrativa, che potrebbe determinare un nuovo inizio.

L’impegno a dare accesso privilegiato al lavoro agile per i prestatori “in condizioni di particolare necessità” è previsto nei primi due contratti collettivi 2019-2021, Funzioni centrali e Sanità⁸³, con un modello già divenuto uno *standard*, presumibilmente replicabile agli altri comparti.

Il lavoro agile viene, per la prima volta (anche a livello europeo), regolamentato in modo generalizzato nei contratti collettivi nazionali del pubblico impiego, ma con un doppio binario: vuoi di “lavoro agile”, vuoi di “lavoro da remoto” (che include il telelavoro domiciliare e altre forme di lavoro a distanza, come il *coworking* o “il lavoro decentrato da centri satellite”); in entrambi casi verso la comune destinazione di un “lavoro a distanza”.

A una prima lettura, “la formula contrattuale si rivela, paradossalmente, più standardizzata per il lavoro agile”⁸⁴ suscitando l’impressione che il secondo binario possa risultare a scorrimento più rapido. Tuttavia, l’accesso prioritario ai soggetti svantaggiati è regolamentato, in modo vago, nel contratto collettivo soltanto in relazione alla tipologia di lavoro agile (art. 37 Funzioni centrali, art. 77 Sanità). Il CCNL, “mantenendo fermi i diritti di priorità sanciti dalle normative tempo per tempo vigenti”, impegna l’Amministrazione – “previo confronto” con i soggetti

⁸¹ Segnalo, tuttavia, che il tipo di modello di comunicazione semplificata dei dati essenziali (allegato I al cit. d.m. n. 149/2022) non privilegia la soluzione, più semplice, di un elenco massivo dei lavoratori in modalità agile.

⁸² Così, l’art. 2, c. 1, d.m. n. 149/2022 alla luce di quanto previsto dal c. 1 dell’art. 19, l. n. 81/2017.

⁸³ Contratto collettivo nazionale di lavoro del personale del comparto “Funzioni Centrali” del 9 maggio 2022, titolo V, artt. 36-41; Contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto Sanità del 15 giugno 2022, titolo VI, artt. 76-82.

⁸⁴ Così ZILLI, *Dal telelavoro... al telelavoro*, cit.

sindacali titolari della contrattazione collettiva integrativa aziendale – “a facilitare l’accesso”, individuando meri criteri di priorità, per le figure di lavoratori in difficoltà.

Se così è, la differenziazione per via negoziale delle ipotesi di agevolazione dell’agilità verrà declinata nell’ambito di prossimità della contrattazione integrativa (territoriale o di amministrazione), in cui dovrebbe esserci una maggior consapevolezza delle necessità tecniche delle attività, delle condizioni di particolare necessità della persona che lavora, nonché della loro scopertura rispetto ad altre misure protettive.

La sfida sarà quella di rendere il lavoro a distanza un vantaggio reciproco, per dipendenti e pubblica amministrazione e, quindi, quale opportunità da cogliere. A tal fine, *in primis*, sarà opportuno verificare, per entrambe le tipologie, se le maggiori resistenze al cambiamento e alle transizioni derivino dal centro o dalla periferia della galassia pubblica, e, quindi, agevolare nelle aree critiche una diffusione e condivisione di buone prassi. E questo potrebbe essere uno dei compiti per i componenti del cruciale Osservatorio nazionale del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni.