

## La proroga delle discipline emergenziali in materia di diritto al lavoro agile (artt. 28-*bis* e 42, comma 3-*bis*, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)

*di Emanuele Dagnino\**

**Abstract** – Il contributo fornisce una analisi critica delle proroghe operate dalla l. n. 85/2023, di conversione del d.l. n. 48/2023, in materia di diritto al lavoro agile per i lavoratori fragili e con oneri di assistenza. Dopo aver brevemente inquadrato estensione e modalità della proroga, il contributo si concentra su alcuni limiti del regime vigente.

**Abstract** – The contribution provides a critical analysis of the extensions made by Law No. 85/2023, converting Law Decree No. 48/2023, on the right to agile work for frail and care-burdened workers. After briefly framing the extent and modalities of the extension, the contribution focuses on some of the limitations of the current regime.

**Sommario:** 1. Fine dell'emergenza non della pandemia: ancora un rinvio al lavoro agile post-pandemico (in senso pieno). – 2. Tempistiche, destinatari e modalità applicative del diritto al lavoro agile prorogato. – 3. Oltre le buone intenzioni: permanenti criticità del regime di tutela dei lavoratori fragili. – 4. Bibliografia essenziale.

### 1. Fine dell'emergenza non della pandemia: ancora un rinvio al lavoro agile post-pandemico (in senso pieno)

Nonostante l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) abbia dichiarato la fine dell'emergenza pandemica lo scorso 5 maggio 2023 e nonostante il governo italiano abbia progressivamente eliminato o, quantomeno, allentato le normative per il contenimento della pandemia <sup>(1)</sup>, una delle principali misure adottate sul fronte lavoristico – quella del lavoro agile – rimane, e rimarrà ancora almeno nel breve periodo, in parte regolata dalle discipline emergenziali.

Con due emendamenti introdotti in fase di conversione del d.l. n. 48/2023, il legislatore ha deciso di rinviare per l'ennesima volta la transizione al lavoro agile post-pandemico limitatamente ad alcune categorie di lavoratori che presentano particolari condizioni di vulnerabilità o più incisive esigenze di cura e assistenza. La scelta di

---

\* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto *Liveable – Labour as a Driver of Sustainable Development*, CUP E93C21000350001, finanziato dal programma PRIN 2020.

<sup>(1)</sup> Da ultimo è di inizio luglio 2023 la decisione del Ministro della salute di eliminare l'isolamento dei soggetti positivi al Covid-19, decisione che mentre si scrive deve ancora essere formalmente attuata.

mantenere una specifica attenzione verso tali categorie non deve stupire e, anzi, deve essere considerata come pienamente in linea con l’attuale fase di evoluzione della situazione pandemica: come sottolineato da OMS Europa nel lanciare il proprio piano di transizione nel giugno scorso, il superamento della fase emergenziale non deve essere inteso come termine della pandemia da Covid-19, continuando la malattia a circolare e a fare vittime soprattutto tra i soggetti vulnerabili (*With the international public health emergency ending, WHO/Europe launches its transition plan for COVID-19*, in who.int, 12 giugno 2023).

In quest’ottica, anticipando quanto si avrà modo di argomentare nel proseguo, deve ritenersi pienamente condivisibile la volontà di assicurare, quantomeno a tali lavoratori, una misura particolarmente incisiva nel ridurre i rischi di contagio. Maggiori dubbi, però, si devono sollevare rispetto alle modalità prescelte dal legislatore nel reiterare le discipline emergenziali relative al diritto al lavoro agile sia con riferimento alle tempistiche della nuova proroga, sia con riferimento alla gestione del lavoro agile all’interno del rapporto di lavoro. A pesare, in questo senso, è stata proprio la tecnica normativa della proroga dei termini delle misure che ha precluso un più meditato intervento di rimodulazione delle sue modalità applicative.

## **2. Tempistiche, destinatari e modalità applicative del diritto al lavoro agile prorogato**

La proroga del diritto al lavoro agile è disposta, con due termini finali differenti, ad opera dell’art. 28-bis e del comma 3-bis, dell’art. 42 del d.l. n. 48/2023, come convertito dalla l. n. 85/2023.

Con le disposizioni dell’art. 28-bis si provvede, come da rubrica dell’articolo, alla *proroga del termine per il lavoro agile per i lavoratori dipendenti pubblici e privati affetti dalle patologie e condizioni individuate dal decreto del Ministro della salute 4 febbraio 2022*, tramite sostituzione del precedente termine del 30 giugno previsto dall’art. 1, comma 306, della l. n. 197/2022 con quello del 30 settembre (comma 1) e contestuale individuazione dei fondi necessari a copertura degli oneri derivanti da tale misura. Nello specifico, il richiamato comma 306 prevede che i lavoratori pubblici e privati nelle condizioni previste dal decreto ministeriale <sup>(2)</sup> – ossia, senza entrare nel dettaglio, «pazienti con marcata compromissione della risposta immunitaria» (a.1), pazienti con specifiche condizioni di comorbidità (a.2), soggetti esenti da vaccinazione over 60 o che presentano particolari fragilità) – devono vedersi assicurato lo svolgimento della prestazione in modalità agile, anche laddove questo comporti l’adibizione a mansioni riconducibili alla stessa categoria o area di inquadramento, ferma restando la garanzia della retribuzione in godimento e le eventuali condizioni migliorative disciplinate dalla contrattazione collettiva applicabile.

Il successivo comma 3-bis dell’art. 42 del d.l. n. 48/2023, invece, proroga il termine finale di applicazione dell’art. 90, commi 1 e 2, del d.l. n. 34/2022, convertito con l.

---

<sup>(2)</sup> La titolazione del Decreto si riferisce, coerentemente con la normativa di riferimento, a «patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità», cosicché a questi limitati fini si è introdotta una diversa nozione di malato cronico rispetto a quella adottata dal legislatore ai fini del diritto al part-time di cui all’art. 8 del d.lgs. n. 81/2015.

n. 77/2020, operando sul termine del 30 giugno 2023 precedentemente previsto dall'art. 10, comma 2, d.l. n. 24 del 2022, come convertito dalla l. n. 52/2022, ed estendendolo fino al 31 dicembre 2023. Se con il comma 2 si chiarisce la possibilità che il lavoro agile si svolga con strumenti propri del lavoratore, è il comma 1 che è dedicato alla tutela di lavoratori fragili e di altri lavoratori con specifiche esigenze di cura. Quanto ai secondi, si tratta dei genitori che siano lavoratori dipendenti nel settore privato e che hanno diritto a svolgere la prestazione in modalità di lavoro agile se entrambi sono impegnati in attività di lavoro, qualora abbiano un figlio sotto i 14 anni e qualora la modalità di lavoro agile sia compatibile con la prestazione. Quanto ai lavoratori fragili, permane, invece, un secondo canale per chi non rientra nella platea dei destinatari prevista dal decreto del 4 febbraio 2022: fermo restando il regime di compatibilità con la prestazione lavorativa e laddove così valutato dal medico competente, hanno diritto allo svolgimento della prestazione in lavoro agile «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» (art. 90, comma 1, secondo periodo).

Per entrambe le categorie individuate, l'accesso al lavoro agile può essere gestito in via unilaterale senza stipulazione dell'accordo individuale «fermo restando il rispetto degli obblighi informativi prevista dagli artt. da 18 a 23 della l. 20 maggio 2017 n. 81».

### **3. Oltre le buone intenzioni: permanenti criticità del regime di tutela dei lavoratori fragili**

Lasciando da parte l'utilità della reiterazione della previsione relativa all'utilizzo di strumenti propri (c.d. BYOD) a fronte di una lettera della legge che già lo ammette (art. 18, comma 4, l. n. 81/2017) e, comunque, di una disposizione – l'art. 90, comma 2 – sprovvista di un termine finale, è sul lavoro agile come diritto a tutela di lavoratori vulnerabili che è opportuno concentrare l'attenzione in queste note conclusive.

In primo luogo, parlando di vulnerabilità alcuni dubbi sorgono con riferimento all'estensione fino al dicembre 2023 del diritto al lavoro agile per genitori con figli di meno di 14 anni. Non che non si supporti una estensione dei diritti per favorire il work-life balance dei genitori, anche oltre i limiti del diritto di priorità oggi previsto dall'art. 18, comma 3-bis della l. n. 81/2017 <sup>(3)</sup>; più semplicemente, perché una tale iniziativa non sembra più riscontrare i presupposti applicativi che sussistevano nella fase dell'emergenza pandemica, soprattutto se – come pare – anche le ultime misure di contenimento relative all'isolamento verranno meno in un prossimo futuro. Se,

---

<sup>(3)</sup> A seguito dell'intervento operato dal d.lgs n. 105/2022 di attuazione della Direttiva (UE) 2019/1158, l'art. 18, comma 3-bis, primo periodo, recita: «I datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici e dai lavoratori con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

come sarebbe auspicabile, si vuole puntare sull'estensione del diritto al lavoro agile non è, quindi, è attraverso un intervento sulla disciplina ordinaria del lavoro agile che tale politica dovrebbe essere attuata.

Inoltre, sempre con riferimento all'estensione della normativa emergenziale, appare ormai difficilmente sostenibile la sospensione – invero soltanto eventuale – della stipulazione dell'accordo individuale, espressamente prevista dall'art. 90, comma 1, del d.l. n. 34/2020 e così interpretata – almeno dal Ministero, probabilmente in quanto adibizione unilaterale <sup>(4)</sup> – nel caso dell'art. 1, comma 306, della l. n. 197/2022. Se, infatti, con riferimento alle fasi più acute della pandemia la compressione della garanzia di consensualità relativa ai contenuti dell'accordo che conformano la prestazione di lavoro agile trovava valido fondamento nell'esigenza di evitare qualsiasi aggravio burocratico rispetto ad una quanto più rapida adibizione al lavoro agile, tale fondamento si è andato via via erodendo nel corso della lunga transizione al post-pandemia e sarebbe auspicabile, anche nel caso di diritto al lavoro agile per ragioni connesse al rischio di contagio, riportare in pieno vigore tali previsioni di tutela.

Infine, è la stessa coesistenza tra diverse categorie di fragilità che meriterebbe una più approfondita rimediazione. Da un lato, un nucleo di persone, individuate dalla Circolare del ministero della salute, con una estensione delle potenzialità applicative del loro diritto al lavoro agile più esteso – anche tramite modifica delle mansioni – ma con una durata ad oggi più limitata; dall'altro una platea di destinatari rimessa alla valutazione del medico competente che per periodo più esteso possono ancora godere del diritto di lavorare in modalità agile, ma solo in caso di prestazione compatibile.

Il doppio regime è foriero di alcune criticità.

Con riferimento all'estensione temporale del regime emergenziale due aspetti sollevano perplessità.

Da un lato l'individuazione di termini finali completamente sconnessi dalle previsioni di permanenza e pericolosità del virus che secondo l'OMS sono ben più estesi dei limiti previsti dalle proroghe. Dall'altro, e in connessione con quanto appena detto, la previsione di due limiti diversi a fronte del diverso regime di accesso al lavoro agile potrebbe portare ad esiti incoerenti con le esigenze di tutela dei lavoratori fragili, se consideriamo che a partire dal 1° ottobre 2023 i beneficiari del diritto al lavoro agile inclusi nel decreto del ministero, potrebbero sì essere ricondotti alla categoria di lavoratori fragili per autonoma scelta del medico competente – circostanza, peraltro, non scontata – ma comunque perdere il diritto al lavoro agile perché ristretto alle mansioni di inquadramento.

È, poi, in senso più generale, proprio questo diverso regime di tutela, in uno con le tensioni sottese alle diverse tecniche di individuazione dei beneficiari – burocratica, la prima; rimessa ad una figura, il medico competente, la cui centralità è stata rilanciata proprio dalla disciplina emergenziale la seconda – a presentare delle criticità. Una coesistenza difficile che introduce una classifica di fragilità e categorie più o meno rigide e di applicazione omogenea in ragione delle due tecniche sopra indicate (massima

---

<sup>(4)</sup> Pur in assenza di un esplicito riferimento all'assenza dell'accordo individuale, il Ministero individua i soggetti che beneficiano del diritto al lavoro agile senza esigenza di accordo individuale ai fini delle comunicazioni obbligatorie di cui all'art. 23, comma 1. Cfr. *Legge 3 luglio 2023, n. 85: proroga dei termini in materia di lavoro agile*, 4 luglio 2023, in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it). L'interpretazione non sembra pienamente in linea con i canoni ermeneutici generali.

omogeneità e minima flessibilità nel caso del decreto; ampia flessibilità e potenziale disomogeneità la seconda).

Per concludere, si può osservare come la breve disamina restituisca un quadro in chiaroscuro e un cantiere ancora aperto, che non ha finora saputo sfruttare la pur meritorea emersione e attenzione verso la categoria dei lavoratori fragili per una coerente evoluzione normativa in materia.

#### 4. Bibliografia essenziale

Sulla disciplina del **lavoro agile nel periodo emergenziale** si vedano, tra i molti e senza pretesa di esaustività, M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 6, pp. 553-570; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working*, in *RIDL*, 2020, 2, pp. 215-249; P. ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in *MGL*, 2020, 4, pp. 771-793; M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello "smart working"*, in *MGL*, 2020, 3, pp. 615-640; M. DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *ADL*, 2021, 3, pp. 549-569.

Sulla emersione della **categoria dei lavoratori fragili** e sul **riconoscimento di un diritto al lavoro agile** si vedano M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, n. 3, pp. 405-429; R. BONO, *Un virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del Covid*, in *RGL*, 2021, 1, pp. 429-447; A. CARACCILOLO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in M. BROLLO ET AL. (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, ADAPT University Press, 2022, pp. 127-145; M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in G.P. DOLSO, M.D. FERRARA, D. ROSSI (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT, 2020, p. 311-327; M. TURRIN, *La tutela dei lavoratori fragili nel diritto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 e oltre*, in *LDE*, 2021, 2, pp. 1-26.

Sulla **giurisprudenza in materia**, tra gli altri, E. FIATA, *Pandemia, "smart working" e lavoratori fragili: è davvero un diritto?*, in *ADL*, 2021, 2, pp. 452-462; C. SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in *RGL*, 2021, 1, pp. 92-103; C. LAZZARI, *Ancora su lavoratori fragili e smart working*, in *giustiziacivile.com*, 2021/2; M.L. VALLAURI, *Quando l'assegnazione al lavoro agile è un diritto*, in *Labor*, 2021, 4, pp. 484-492; T. MASERATI, *Il rifiuto ingiustificato è discriminatorio? Su sindacato giudiziale e limiti al potere direttivo nel lavoro agile "emergenziale"*, in *DRI*, 2020, 4, pp. 1163-1169; L. VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *LG*, 2020, 12, pp. 1193-1199.