



ARTICOLI



Il lavoro agile nel periodo del COVID-19: normativa e interpretazione

LA DISCIPLINA DELL'EMERGENZA.

In occasione della perdurante emergenza legata alla diffusione del contagio da COVID-19, il Governo ha emanato delle norme per favorire l'adozione del **lavoro agile**, introducendo delle semplificazioni rispetto alla disciplina prevista nella L. 81/2017, adottando una serie di provvedimenti normativi¹ nella forma del decreto. Questi hanno previsto l'introduzione di modalità di lavoro agile, quale strumento preordinato alla prosecuzione dell'attività lavorativa nell'osservanza di quel *distanziamento sociale*, indicato dalla scienza

medica quale efficace rimedio per contenere la diffusione del virus.

Già il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 febbraio 2020 prevedeva all'art. 2, una norma con finalità autorizzativa del *lavoro agile*, modalità di svolgimento dell'attività lavorativa che è stata ammessa, pur in difetto di accordi individuali, in un contesto procedurale connotato dalla semplificazione delle modalità di assolvimento degli obblighi di informativa di cui all'art. 2 della su citata L. n.81/2017, mediante il ricorso alla via telematica.

Il 1° marzo 2020 è stato adottato un nuovo Decreto che ha avuto ad oggetto le modalità di accesso allo **smartworking**,



¹ V. P. RAUSEI, LAVORO AGILE E CONTRASTO AL VIRUS COVID-19, in *Diritto e Pratica del Lavoro* n. 11/2020.

confermate anche dal Decreto del 4 marzo 2020. Quest'ultimo ha stabilito che, fino al termine del luglio 2020, i datori di lavoro avranno la facoltà di applicare la modalità del lavoro agile ad ogni rapporto di lavoro subordinato. Ciò anche in assenza degli accordi individuali e che l'obbligo di informativa sulla sicurezza dei lavoratori può essere assolto in modalità telematica anche ricorrendo alla documentazione presente sul sito INAIL.

Successivamente, il DPCM del 11 marzo 2020, nel disporre la chiusura di tutte le attività commerciali non essenziali, si è occupato nuovamente anche del suddetto strumento di lavoro. Il comma 6 dell'art. 1 infatti ha previsto –

sostanzialmente mutuando il contenuto dei Decreti precedenti – che, ferme restando le raccomandazioni ai datori di lavoro di promuovere la fruizione da parte dei lavoratori dipendenti dei periodi di congedo ordinario e di ferie (secondo quanto disposto dall'articolo 1, comma 1, lettera e), del D.P.C.M. del 08.03.2020) “e fatte salve le attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza, le pubbliche amministrazioni, assicurano lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile del proprio personale dipendente, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e individuano le attività indifferibili da rendere in presenza.”

Ai sensi del Decreto Legge del 17 marzo 2020, n. 18, e sino alla data del 30 aprile 2020, i lavoratori dipendenti disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità, hanno diritto di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, a condizione che essa sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Inoltre, ai lavoratori del settore privato con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile. Dunque si è prevista anche una procedura semplificata per il caricamento massivo delle comunicazioni di smartworking.



Il ricorso a tale modalità di prestazione dell'attività lavorativa è stato ribadito, anche a livello di atti organizzativi con valenza interna, dalla Circolare n. 1 del 2020 del Ministro della PA che prevede: “il ricorso, **in via prioritaria**, al lavoro agile come forma più evoluta anche di flessibilità di svolgimento della prestazione lavorativa, in un'ottica di progressivo superamento del telelavoro”. In ultimo, la Direttiva n. 2 del 2020 dello stesso Ministero ha ribadito il “ricorso al lavoro agile come **modalità ordinaria** di svolgimento della prestazione lavorativa”.

Nondimeno, la tecnica legislativa di tali interventi risulta essere non particolarmente brillante, facendo riferimento indifferentemente, da un lato, allo smartworking e al lavoro agile e, dall'altro, all'attività lavorativa, svolta dal proprio domicilio o a distanza, come se fossero modalità di esecuzione della prestazione lavorativa intercambiabili e sostanzialmente identiche. Ma, come si avrà modo di spiegare, così non è.

DIFFERENZE FRA SMARTWORKING E LAVORO A DISTANZA.

In realtà, gli istituti del **lavoro a distanza/telelavoro** e del **lavoro agile** non sono sovrapponibili, seppur le due diverse tipologie contrattuali siano spesso menzionate in maniera ambivalente. Diversa ne è anche la disciplina normativa, legislativa e contrattuale.

La definizione legislativa di **lavoro agile o smartworking** è contenuta nell'art.1 della L. 81/2017: « *modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa* ». L'introduzione di tale tipologia lavorativa risponde alla finalità di realizzare un migliore *worklife balance*², in quanto



consente al lavoratore di organizzare autonomamente le modalità temporali e spaziali della propria attività lavorativa e di conseguire un miglior bilanciamento fra vita privata e lavorativa.

Le prime legislazioni europee in tema di *smartworking* si possono rivenire nella *Flexible Working Regulation* del Regno Unito (risalente al 2014) e dell'Irlanda del Nord (dove fu introdotto nel 2015), nonché nella risoluzione del Parlamento Europeo del 13/9/2016 (principio generale n. 48)—e nella *Loi Travail* francese del 2017.

Nel nostro ordinamento questa figura è stata, in origine, frutto dell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Infatti, in

secondo cui l'evoluzione tecnologica e l'informatica hanno reso possibili nuove modalità di erogazione della prestazione lavorativa sganciate dalla localizzazione dell'azienda o dell'ufficio; tra le più note, il coworking o lo smartworking. Quest'ultimo, denominato anche lavoro agile, se, da un lato, rappresenta un modo nuovo di lavorare e collaborare all'interno di una organizzazione (azienda o pubblica amministrazione) dall'altro, è capace di offrire al lavoratore flessibilità e un miglioramento della qualità della vita”.

² V. M. SOFFIENTINI, *Lavoro agile e sicurezza dei dati*, in *Diritto e Pratica del Lavoro* n. 14/2020,

assenza di uno schema normativo predeterminato, era costruita autonomamente dalle parti e, nella prassi giudiziale, essa aveva superato il giudizio di meritevolezza, essendo volta a tutelare un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico (ex art. 1322, comma 2, c.c.)³. Ovviamente, la sua esecuzione soggiaceva, in aggiunta alla disciplina convenuta *inter partes*, al rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede nell'adempimento (ex artt. 1175 e 1375 c.c.).

Sono stati, dunque, gli accordi collettivi a elaborare una definizione di smartworking e a definire gli elementi costitutivi della



fattispecie, “che risulta essere composta generalmente da quattro elementi: il consenso del lavoratore, l'utilizzo di strumenti tecnologici, lo svolgimento della prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, l'assenza di vincoli temporali”. Sebbene questa fosse la fattispecie consolidata sul piano degli accordi collettivi, era possibile che le parti,

nell'esercizio della propria autonomia negoziale, optassero per una diversa articolazione dello smartworking, aggiungendo, ad esempio, la modulazione del tempo di lavoro ovvero eliminando lo svolgimento all'esterno dell'azienda, od ancora richiedendo entrambi gli elementi. Dunque, in assenza di una definizione di legge, è stata l'autonomia contrattuale delle parti a definire lo smartworking e gli elementi che ne compongono la fattispecie: tempo, luogo e strumenti tecnologici, ecc..

Sotto il versante del diritto positivo, l'iter di approvazione della normativa è stato avviato nel 2014 a seguito della presentazione della proposta di legge, preordinata a

assicurare maggiore flessibilità al mercato del lavoro. La stessa menziona la locuzione normativa - ripresa in sede di approvazione del Jobs Act - **lavoro agile** per indicare la tipologia di lavoro nota nel mondo anglosassone come *telecommuting* (telelavoro).

La legge n. 124 del 7 agosto 2015 (1 a cd. **Riforma Madia**) delegava il Governo alla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, prevedendo l'introduzione di nuove e più agili misure di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei propri dipendenti. La Direttiva

³ v. RICERCHE *Smart working e digitalizzazione del lavoro (I) Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dejure*.

n. 3 del PCM del 01/06/2017 dettava le linee guida per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'art. 14 della stessa Legge n. 124/2015, chiarendo come deve essere realizzato il **lavoro agile** dalle Pubbliche Amministrazioni. Infatti detti articoli hanno disposto l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di adottare misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del lavoro agile prevedendo che tale attività costituisca oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa ed individuale all'interno della stessa PA.

Il *Decreto Madia* ha dunque introdotto l'istituto con riguardo alle Amministrazioni Pubbliche⁴, stabilendo obiettivi programmatici e linee direttive, cui avrebbero dovuto attenersi le stesse. Successivamente è stato il turno della

Legge 81 del 2017 (v. artt. 18 – 24) che, mutuandolo da una prassi negoziale già abbastanza diffusa, ha introdotto l'istituto per tutte le ipotesi di lavoro subordinato, sia per le imprese, sia per le amministrazioni pubbliche.

La definizione legislativa si fonda, quale elemento saliente della normazione, su: 1) la volontarietà dell'istituto, rimesso ad un accordo fra le parti che sottoscrivono l'accordo individuale; 2) la flessibilità sotto il versante organizzativo; 3) il ricorso a strumentazioni che consentano di lavorare da remoto (quali ad esempio: pc portatili, tablet e smartphone).

La circolare INAIL n.48 del 02/11/2017 ha dettato istruzioni operative rispetto alle modalità di lavoro agile stabilendo, tra l'altro, che i datori di lavoro (privati o pubblici non statali) non hanno alcun obbligo di denuncia ai fini assicurativi se il personale dipendente, già assicurato per le specifiche attività lavorative in ambito aziendale, sia adibito alle medesime mansioni in modalità agile che non determinano variazione del rischio.

Ai *lavoratori agili* viene garantita la parità di trattamento - economico e normativo - rispetto ai loro colleghi che eseguono la prestazione con modalità ordinarie.

Il lavoro agile è connotato, quale elemento di novità, dalla circostanza che la prestazione lavorativa è eseguita in assenza di una postazione fissa: dunque, sia all'interno dei locali aziendali sia all'esterno. In ciò, il principale elemento di differenziazione rispetto alla tipologia del

⁴ V. R. SCHIAVONE, CORONAVIRUS: LE INDICAZIONI PER LE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, in *Azienditalia* n. 4/2020 che evidenzia come per contenere e gestire l'emergenza epidemiologica da Coronavirus, sono estati emanati diversi Decreti-Legge, alcuni D.P.C.M., nonché, con specifico riferimento alle PPAA, la direttiva n. 1/2020 recante indirizzi operativi di carattere anche precauzionale per le Amministrazioni Pubbliche al di fuori delle "aree rosse" definite inizialmente, al fine di garantire uniformità, coerenza ed omogeneità di comportamenti del datore di lavoro per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, e la circolare 4 marzo 2020, n. 1, relativa allo smartworking.

telelavoro, caratterizzato, invece, dalla circostanza che il dipendente conserva la propria postazione fissa, per quanto la stessa risulti dislocata in un luogo diverso dalla sede aziendale, in genere coincidente col domicilio del lavoratore. Inoltre, lo stesso soggiace, di norma, ad un orario ben definito.

Lo smartworking è, invece, svolto al di fuori del contesto fisico dell'azienda, solo per una parte del giorno, della settimana e/o del mese. Si svolge in luoghi sempre diversi, prevede viaggi e trasferte. Di norma, ha un orario flessibile.

Se il telelavoro si presenta come una mera variante tipologica della normale relazione di lavoro subordinato, sotto il profilo della dislocazione spaziale dell'attività lavorativa, lo **smartworking si presenta, invece, come un vero e proprio novello tipo legislativo, connotato da una certa autonomia decisionale del lavoratore**, o, comunque, da un apprezzabile allentamento del vincolo di subordinazione, ove presente. Un ulteriore elemento di differenziazione del lavoro agile rispetto al telelavoro è costituito dall'introduzione del *diritto alla disconnessione*. Infatti, negli accordi di lavoro agile stipulati tra aziende e dipendenti, devono essere stabilite misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Come già evidenziato, il Governo, in virtù della predetta normativa a carattere emergenziale, ha consentito l'attivazione semplificata dello strumento dello smartworking, anche in assenza di accordo individuale. In realtà, quella autorizzata è più spesso una fattispecie di telelavoro (nello specifico si tratterebbe di lavoro domiciliare o homework). Infatti, deve ritenersi che, nel caso in cui l'attività lavorativa sia semplicemente *prestata a distanza*, conservando le proprie caratteristiche di contenuto e il proprio inserimento in un contesto organizzativo gerarchizzato, si sia al di fuori del campo di applicazione dello smartworking.

Tale deve ritenersi anche l'attività di docenza, svolta al di fuori delle aule scolastiche, mutando della tradizionale relazione di lavoro subordinato solo il luogo di espletamento dell'attività lavorativa e conservandosi intatto il potere organizzativo e direttivo del dirigente scolastico. L'insegnante non ha alcuna autonomia sotto il profilo organizzativo, in particolare, dell'articolazione dell'orario di lavoro, conservando la sola facoltà di scegliere, nel rispetto dei programmi



ministeriali, il taglio da riservare ai contenuti conoscitivi da somministrare ai discenti. E, per questa ragione, nell'ipotesi di insegnamento a distanza, non ricorre alcun obbligo di comunicazione, diversamente da quel che accade per lo smartworking.

Quest'ultimo, come specificato dalla Legge n.81/2017, necessita di un accordo scritto tra datore di lavoro e dipendente contenente la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Detto accordo e le sue modificazioni devono essere trasmesse telematicamente (se stipulati successivamente alla data del 15 novembre 2017 come chiarisce l'art.23 L. 81/2017) sul portale **Clic-lavoro**, entro il giorno antecedente a quello di inizio della prestazione agile (art. 9-bis D.L. n.510/1996 convertito con modificazioni dalla Legge n. 608/1996 e smi). In mancanza, è prevista una sanzione amministrativa da 100 a 500 euro per ciascun lavoratore interessato. Il DPCM del 1° marzo 2020, in attuazione del D.L. n.6 del 23 febbraio 2020, per limitare il diffondersi del Coronavirus e salvaguardare la salute dei lavoratori, ha invece previsto una procedura telematica semplificata per il caricamento massivo delle comunicazioni di smartworking. Dunque fino al 31 luglio 2020, pur nel rispetto dei principi dettati dalle disposizioni contenute nella L. 81/2017, è previsto esclusivamente l'invio del file con i dati dei lavoratori interessati.

Nessun obbligo dichiarativo o informativo, invece, è previsto per il lavoro a distanza.

Alla luce di quanto fin qui esplicitato appare evidente che non sempre il nostro legislatore sembra consapevole di un generale dovere di civiltà giuridica che consiste nel *clare loqui*.

