

Lo smart working e l'emergenza sanitaria

di Pasquale Monda*

SOMMARIO: **1.** La disciplina della l. 81/2017. **2.** Le principali novità del d.l. 34/2020. **3.** Il lavoro agile “semplificato” dell’art. 87 d.l. n. 18/2020. **4.** Qualche rapida riflessione conclusiva.

1. Il mio intervento proverà a ricostruire in che modo il lavoro agile da strumento nato nel 2017, per “incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”, diventa oggi il principale strumento per affrontare l'emergenza sanitaria da Covid-19.

A tal fine toccherò principalmente tre punti:

- 1) la nozione di lavoro agile introdotta nel 2017;
- 2) la disciplina sul lavoro agile nell'impresa contenuta nel d.l. 34/2020 (c.d. d.l. “rilancio”);
- 3) la disciplina sul lavoro agile nell'amministrazione contenuta nel d.l. n. 18 del 2020 conv. con l. n. 24/20.

Sulla disciplina del 2017 sarò essenziale, limitandomi a quei tratti che identificano il cuore del lavoro agile e che permettono di comprendere al meglio le novità della “disciplina emergenziale”.

L’art. 18, l. 81/17 è estremamente chiaro nel considerare il lavoro agile una *modalità di esecuzione del lavoro subordinato*, alternativa a quella in presenza, svolta in parte nei locali aziendali (c.d. prestazione interna) e in parte all'esterno dell'azienda (c.d. prestazione esterna).

La scelta di ricorrere al lavoro agile non è assunta unilateralmente dal datore di lavoro, ma è il frutto di un accordo tra quest'ultimo e il dipendente. All'accordo va prestata la massima attenzione, trattandosi dello strumento attraverso cui l'ordinamento consente a entrambe le parti di appurare la reciproca utilità nel passare al lavoro agile: il prestatore, dunque, potrà valutare se il lavoro agile risponde alle proprie esigenze, che non necessariamente coincidono con quelle aziendali e il cui unico interprete è il datore di lavoro. Sicché, solo se datore e prestatore di lavoro concordano sulla sua utilità, il rapporto di lavoro potrà svolgersi in modalità agile.

Per comprendere a tutto tondo la portata innovativa della disciplina in parola, occorre precisare che lo spazio conferito all'accordo va ben oltre l'*an* del lavoro agile e investe, limitatamente all'attività esterna ai locali aziendali, profili di primissimo piano riguardanti il *quomodo*: a) le modalità di esecuzione della prestazione; b) il controllo sul suo svolgimento; c) l'individuazione delle condotte lavorative che danno luogo a sanzioni disciplinari; d) l'individuazione sia dei tempi di riposo del lavoratore sia delle misure tecnico-organizzative per assicurarne la disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche. Novità, anch'esse, degne della massima attenzione soprattutto se si considera che gli ambiti indicati, quando il lavoro si svolge nei locali aziendali, sono soggetti al potere unilaterale del datore di lavoro.

Il lavoro agile, infine, non è reso appannaggio del solo mondo privato, giacché, pur con problemi che non è possibile qui affrontare, la legge 81 estende la relativa disciplina pure alle amministrazioni pubbliche.

2. Sulla scia di quanto detto, occorre adesso precisare in che modo la disciplina del 2017 venga piegata alle esigenze dell'emergenza sanitaria.

* *Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II.*

Quanto al lavoro privato, il primo comma dell'art. 90, d.l. 34/2020 è estremamente chiaro nell'affidare al lavoro agile il compito di conciliare le esigenze lavorative con le esigenze di vita familiare. Certo, la finalità non è nuova, essendo contemplata già dalla l. 81/2017, ma si inserisce in un quadro giuridico decisamente diverso da quello pre-emergenziale: un quadro fatto di misure - si pensi alla sospensione delle attività didattiche in presenza - che rendono il suddetto bilanciamento molto problematico, spingendo l'ordinamento ad approntare soluzioni che passano anche attraverso il lavoro agile.

Al riguardo, si dispone che “i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione”.

Per conciliare l'attività lavorativa con una specifica esigenza di vita familiare e fatte le dovute eccezioni, l'ordinamento sacrifica l'accordo sull'*an* del lavoro agile: il passaggio a simile modalità di svolgimento della prestazione, sussistendo i presupposti normativi, costituisce un diritto del dipendente a fronte del quale il datore, a questo sembra portare il dato letterale, non può eccepire alcunché, se non l'incompatibilità con le caratteristiche ontologiche della prestazione.

Insomma, l'ordinamento, per evidenti ragioni di effettività, non intende correre il “rischio” insito nell'accordo: il riferimento è alla possibilità del dissenso espresso dal datore, che viene privato, così, della facoltà di vagliare l'utilità del lavoro agile dalla prospettiva dell'organizzazione.

Per certi aspetti simile, è l'impostazione del quarto comma dell'art. 90.

Come noto, superato il rigido *lockdown*, le attività produttive potranno, sì, essere riavviate, ma in sicurezza (v. d.l. 33/2020). Ebbene, dal momento che siffatta sicurezza si sostanzia nell'evitare assembramenti, ben si comprende perché l'ordinamento interviene ancora sul lavoro agile: lo scopo è rendere i cicli produttivi sicuri, evitando, o comunque riducendo (ad es. mediante forme di turnazione rese possibile dall'alternanza lavoro interno – lavoro esterno), la presenza fisica del dipendente nei “locali dell'azienda”. A tale scopo si ripropone l'unilaterale passaggio al lavoro agile, ma, questa volta, valorizzando il ruolo del datore di lavoro: l'art. 90, infatti, dispone che “la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata dai *datori di lavoro privati* a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza *degli accordi individuali ivi previsti*” (mio il corsivo). L'ordinamento, quindi, conferma la sua intenzione di fare a meno dell'accordo, ritenendolo ancora una volta d'intralcio agli scopi perseguiti: nel caso specifico, il dissenso, cui l'accordo può condurre, potrebbe privare il datore di uno strumento importante per garantire l'osservanza dei vincoli necessari alla riavvio del ciclo produttivo.

Naturalmente, inoculando una marcata unilateralità nel lavoro agile, l'ordinamento esclude il ricorso all'accordo pure per negoziarne il *quomodo*. Ciò significa che, a prescindere dalle finalità considerate, sulle modalità di esecuzione della prestazione, sul controllo relativo al suo svolgimento, sull'individuazione delle condotte lavorative che danno luogo a sanzioni disciplinari e sull'individuazione sia dei tempi di riposo del lavoratore sia delle misure per assicurarne la disconnessione il potere del datore di lavoro si riespande, consentendogli, nel rispetto della disciplina generale, di assumere unilateralmente ogni decisione.

3. Venendo al lavoro pubblico, è utile chiarire subito che rispetto al lavoro privato l'ordinamento deve confrontarsi con un principio molto particolare ed espressione della peculiare natura dell'attività pubblica: il riferimento è alla continuità dell'azione amministrativa. Per esemplificare al massimo, tale principio, quale corollario del buon andamento, esprime la necessità che le funzioni istituzionali dell'amministrazione siano svolte in modo ininterrotto, al fine di garantire risposte continuative ai bisogni sociali per cui quelle stesse funzioni sono concepite: è questo che spiega la differenze di approccio al lavoro agile.

L'art. 87 del d.l. 18/20, infatti, dispone che, fino alla cessazione dello stato di emergenza ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile costituisce la modalità ordinaria per svolgere la prestazione: quindi, premesso che l'attività amministrativa deve proseguire e non potendo consentire assembramenti, l'ordinamento ne fa la regola generale per eseguire il contratto di lavoro. L'attività in presenza, invece, diventa un'eccezione, cui è possibile ricorrere solo nei casi di necessità e indefettibilità: su tali requisiti il d.l. 18 non si dilunga, ma, trattandosi di un'eccezione, è ragionevole ritenere che la necessità ricorra quando il medesimo lavoro agile sia impraticabile - ad esempio per ragioni legate alla natura della prestazione - e l'indefettibilità sussista quando la prestazione non sia rinviabile se non al prezzo di compromettere la continuità dell'azione amministrativa.

Ma non è tutto.

Al pari di quanto accade nel lavoro privato, pure per le pubbliche amministrazioni l'accordo perde ogni spazio: le amministrazioni - si legge nell'art. 87 - "prescindono dall'accordo". Ciò significa che anche nel lavoro pubblico il ricorso al lavoro agile e l'organizzazione della prestazione resa all'esterno diventano appannaggio del solo datore di lavoro con tutto quanto ne consegue. Questa unilateralità è collegata all'obbligo dell'amministrazione di proseguire la propria azione istituzionale e, altresì, all'obbligo di ricorrere in via generale al lavoro agile: è per rendere effettivi entrambi che l'ordinamento non concede alcuno spazio all'accordo tra datore e prestatore di lavoro. D'altronde, diversamente, dovrebbe ammettersi quella dilatazione dei margini di utilizzo del lavoro in presenza che si intende evitare.

4. Dalle brevi considerazioni fatte, emerge con estrema eloquenza che le misure sul lavoro agile sono forti ed espongono, in modo anche inconsapevole, gli interessi sottesi al rapporto di lavoro a una torsione la cui esatta portata non è semplice da definire. Ciò anche perché il venir meno dell'accordo non è l'unico esempio della suddetta torsione.

Vorrei provare a dimostrarlo con due rapidi esempi:

1) nel lavoro pubblico, per consentire lo svolgimento della prestazione in modalità agile, l'ordinamento consente che il mezzo tecnologico usato possa essere quello in possesso del prestatore se non fornito dall'amministrazione: laddove tale ipotesi dovesse verificarsi l'amministrazione è dispensata anche dal garantire il funzionamento corretto e la sicurezza della connessione tecnologica. Come tali deroghe impattino sul contratto di lavoro non è semplice da precisare se solo si considera che il datore di lavoro pubblico, proprio per

effetto del suddetto contratto, deve garantire comunque l'integrità psico-fisica del dipendente e non può certo disinteressarsi del corretto svolgimento della prestazione;

2) essendo ragionevole pensare che il lavoro svolto all'eterno dei locali aziendali o dell'amministrazione assuma una dimensione prevalente rispetto a quello "interno", c'è da chiedersi come questo impatti su *benefits*, non riconducibili nella nozione di retribuzione, ma che hanno comunque un peso sul complessivo trattamento retributivo del prestatore. Insomma, il quesito non semplice da risolvere sta nel precisare se la presenza e la disponibilità virtuale possano surrogare quella fisica.

Ben si comprendono, dunque, le ragioni che spingono a riflettere con attenzione sul "lavoro agile dell'emergenza": una riflessione che genera interrogativi complessi e degni della massima attenzione, perché riguardano la ragionevolezza stessa della disciplina. Tuttavia, nel confrontarsi con le misure di cui abbiamo brevemente parlato è opportuno non perdere mai di vista che si tratta di misure straordinarie e, dettaglio non trascurabile, temporanee: esse, infatti, sono dirette a gestire i problemi del fenomeno epidemiologico da COVID-19 almeno fino alla cessazione dello stato di emergenza. Certo, rimane l'incognita degli scenari futuri; l'auspicio è che, fatto un attento bilancio dell'esperienza maturata, si provi a riprendere un genuino dibattito sul lavoro agile: nessuno dubita che la realtà sarà diversa per la presenza di nuovi bisogni da considerare, ma la sfida sta nel fronteggiarli senza disperdere quel ricco patrimonio culturale e giuridico maturato in questi anni.

Riferimenti bibliografici

CASILLO R., *La subordinazione "agile"*, in *DLM*, 2017, p. 529 ss.;

FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018;

SENATORI I., *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020;

ZOPPOLI L. MONDA P., *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020.