

Il lavoro agile alla prova dell'emergenza sanitaria:

quel che resta dello *smart working*

Mariosario Lamberti

1. A seguito dell'emergenza sanitaria e delle fasi definite in sede governativa per contenere il rischio del contagio da coronavirus-Covid 19, a partire dallo scorso mese di marzo 2020, molti lavoratori dipendenti privati e pubblici si sono trovati a dover prestare la loro attività lavorativa in regime di lavoro agile, c.d. *smart working*. Il predetto termine viene, in realtà, utilizzato in maniera impropria per identificare il regime di una prestazione di lavoro resa esclusivamente a distanza, anzi, più precisamente, nella propria abitazione (trattandosi, a tutti gli effetti, più di *home working* che di *smart working*), quale conseguenza del blocco di tutte le attività produttive deciso, nella prima fase dell'emergenza, per evitare i rischi del contagio anche sui luoghi di lavoro, e poi proseguita, con modalità pressoché identiche, anche nelle successive fasi del periodo emergenziale¹.

L'esplosione dello *smart working* è avvenuta in perfetto parallelismo alla sua mutazione (di disciplina e di finalità)². Infatti, il lavoro forzosamente eseguito al proprio domicilio in pendenza dell'emergenza sanitaria e nelle varie fasi in cui risulta tuttora articolato ha senza dubbio realizzato una sensibile deviazione del lavoro a distanza dalla fattispecie legale di riferimento, il lavoro agile disciplinato dalla legge 22 maggio 2017, n. 81³ e dagli

1 **Nota di redazione.** Quanto riportato nell'articolo fa riferimento alla situazione legislativa vigente alla data del 31 ottobre 2020

2 Prima dell'emergenza epidemiologica, il ricorso allo *smart working* era piuttosto limitato, con una percentuale pari all'1,2% degli occupati. Una recente indagine promossa dalla Cgil e dalla Fondazione Di Vittorio (*Quando lavorare da casa è...SMART*, 18 maggio 2020, in <www.fondazionedivittorio.it>) stima che il numero dei lavoratori agili sia passato da circa 500mila prima della pandemia a circa 8 milioni durante l'emergenza sanitaria.

3 Sul lavoro agile nella legge n. 81/2017 cfr. Spinelli Carla, *Tecnologie digitali e lavoro agile*. Bari: Cacucci, 2018; Fiorillo Luigi, Perulli Adalberto (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*. Torino: Giappichelli, 2018; Zilio Grandi Gaetano, Biasi Marco (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*. Padova: Cedam 2018; Martone Michel, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, «Diritto, lavori, mercati» (2018), 2, p. 293 ss.; Tiraboschi Michele, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, «Diritto delle relazioni industriali», (2017), 4, p. 921 ss.; Santoro Passarelli Giuseppe, *Lavoro eteroorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, «Diritto delle relazioni industriali», (2017) n. 3, p. 771 ss.

accordi collettivi e individuali intervenuti in proposito.

Ciò ha reso lo *smart working* diffusosi durante l'emergenza epidemiologica più una forma avanzata di telelavoro, trattandosi di attività lavorativa svolta dapprima esclusivamente e poi prevalentemente negli ambienti domestici, quindi integralmente al di fuori dei locali aziendali, con l'utilizzo esclusivo di strumentazione tecnologica.

La metamorfosi del lavoro agile è comprovata dalla scomparsa di alcune delle sue caratteristiche coessenziali previste dall'art. 18, comma 1, legge n. 81/2017, cadute sotto i colpi dell'emergenza sanitaria: la volontarietà, l'accordo individuale quale fonte primaria di disciplina, l'alternanza tra prestazione in sede e prestazione a distanza (non coincidente necessariamente con il proprio domicilio), l'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, ma entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, il possibile utilizzo di strumenti tecnologici, le sue stesse finalità⁴.

Sono risultate cambiate, dunque, innanzitutto, le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro agile: in quanto regolarmente ed integralmente svolta a distanza durante il *lockdown*, anche sotto questo profilo essa si differenzia dal lavoro agile di cui all'art. 18, comma 1, legge n. 81/2017, a norma del quale il lavoro agile si svolge "in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa".

Ma modificate sono anche le sue finalità: dalle finalità di "incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" di cui all'art. 18, legge n. 81/2017 si è passati alle finalità prevalentemente sanitarie di protezione del contagio da Covid-19 nelle svariate misure introdotte nel 2020. Finalità sanitarie che si riflettono in maniera significativa sulla "volontarietà" del ricorso al lavoro agile e che, infatti, ne impongono o quantomeno ne raccomandano l'adozione, in tutto il periodo temporalmente definito dal governo, per contrastare il contagio e, successivamente, per ridurre la diffusione e gestire le assenze dei lavoratori, nell'ambito di un graduale ritorno al lavoro con alternanza della prestazione in sede e presso il proprio domicilio.

2. Proprio a seguito dell'enorme diffusione del lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria,

4 Tra i numerosi primi commenti al lavoro agile del periodo emergenziale cfr. Brollo Marina, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, «Il lavoro nella giurisprudenza», 2020, 6, p. 551 ss.; Caruso Bruno, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2020, I, 2, p. 215 ss.; Alessi Cristina, Vallauri Maria Luisa, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di Bonardi Olivia, Carabelli Umberto, D'Onghia Madia, Zoppoli Lorenzo. Roma: Ediesse, 2020, p. 131 ss. Da ultimo, v. il recente volume di Dagnino Emanuele, Menegotto Marco, Pelosi Lorenzo Maria, Tiraboschi Michele, *Guida pratica al lavoro agile. Seconda edizione aggiornata alla legge 13 ottobre 2020, n. 126*. Bergamo: Adapt University Press, 2020.

rileva ancor più identificare i requisiti indispensabili per poter definire un'attività da remoto *smart working*. Come indicato⁵, essi possono essere considerati: la natura dell'attività lavorativa, che deve poter essere svolta per via informatica e telematica; la tecnologia, e cioè la disponibilità da parte del lavoratore di un personal computer e di una buona connessione della rete, nonché l'accessibilità da remoto del software gestionale e dei data-set aziendali; la misurabilità della prestazione di lavoro non più sull'estensione temporale dell'attività svolta, ma sul conseguimento di obiettivi verificabili; la disponibilità di un luogo adatto dove svolgere la propria attività.

L'assenza di alcuni dei richiamati requisiti conferma che lo *smart working* del periodo emergenziale costituisce più una forma di lavoro da remoto che una prestazione di lavoro agile, realmente legata al raggiungimento di obiettivi aziendali misurabili. Per effetto della disciplina derogatoria in vigore sino al 31 dicembre 2020, rilevano la richiamata mancanza di alcuni profili di disciplina contenuti nella legge n. 81/2017, ma anche le inedite funzioni attribuite al lavoro agile, quale strumento di tutela di alcuni lavoratori, compresi i lavoratori c.d. fragili, e di gestione delle assenze dal lavoro.

Infatti, per il settore privato è stato disposto che, fino alla cessazione dello stato di emergenza, e, dunque, sino al 31 dicembre 2020 (cfr. d.l. 7 ottobre 2020, n. 125) la modalità di lavoro agile può essere applicata dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge n. 81/2017, anche in assenza degli accordi individuali, adempiendo agli obblighi di informativa in via telematica (cfr. da ultimo art. 90, comma 4, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. decreto rilancio, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77). Per il settore pubblico, invece, si è previsto che il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, prescindendo dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi di cui alla legge n. 81/2017 (art. 87, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. decreto cura Italia, convertito in legge 24 aprile 2020, n. 27).

Inoltre, come accennato, il lavoro agile è stato altresì individuato sia quale misura di tutela di lavoratori con particolari condizioni personali o familiari, sino a costituire un vero e proprio diritto alla prestazione in modalità agile, azionabile anche in giudizio, sia attribuendo una sola priorità nell'accoglimento della relativa richiesta. Le disposizioni in

⁵ Ichino Pietro, Intervento al *Webinar Lo smart working tra pubblico e privato*, 16 settembre 2020, in <www.pietroichino.it>

materia sono state più volte modificate, anche a seguito della proroga dello stato di emergenza sanitaria sino al 30 gennaio 2021, contribuendo a definire un quadro normativo piuttosto complesso.

Innanzitutto, hanno diritto a svolgere la prestazione in modalità agile, sempre che risulti compatibile con le caratteristiche della prestazione, i lavoratori dipendenti pubblici e privati disabili, affetti da particolari patologie o immunodepressi (c.d. fragili), o con familiari disabili o immunodepressi (art. 39, commi 1 e 2 *bis*, d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020). Mentre ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, è invece riconosciuta la sola priorità nell'accoglimento delle proprie istanze relative allo svolgimento del lavoro agile (art. 39, comma 2, d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020).

Per i lavoratori c.d. fragili, sia pubblici che privati, bisogna anche tener conto di quanto previsto dal comma 2-*bis* dell'art. 26, aggiunto dalla legge n. 126/2020 di conversione del d.l. n. 104/2020, che ha modificato la disciplina in materia di quarantena già prevista dall'art. 26, d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, prevedendo per essi il lavoro agile quale strumento di gestione delle assenze dal lavoro⁶.

Limitatamente al settore privato, il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, in assenza degli accordi individuali di cui alla legge n. 81/2017, è stato altresì riconosciuto, fino al 30 giugno 2021, anche ai genitori lavoratori dipendenti che hanno almeno un figlio in condizioni di disabilità grave, a condizione che l'attività lavorativa non richieda necessariamente la presenza fisica e che non vi sia altro genitore non lavoratore (art. 21-*ter*, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, c.d. decreto Agosto, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126).

Disposizioni specifiche sono state anche dettate in favore dei lavoratori dipendenti genitori di figli minori di 14 anni, dapprima riconoscendo il loro diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali, fino alla cessazione dello stato di emergenza, 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, fermo restando il rispetto

⁶ In proposito, si dispone che i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione e da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità grave, svolgono la prestazione in modalità agile (di norma dal 16 ottobre al 31 dicembre 2020), anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definiti dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale da remoto.

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, aggiungendo anche che “La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro” (art. 90, commi 1 e 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020).

Tale diritto ha mantenuto validità sino al 14 settembre 2020, data fissata per la riapertura delle scuole, che ha fatto venir meno la *ratio* di una previsione adottata proprio per consentire ai genitori di conciliare la cura di figli, tenuti a casa, con la prosecuzione dell’attività lavorativa. A seguito della riapertura delle scuole, il diritto del genitore lavoratore dipendente sia privato che pubblico a lavorare in modalità agile è stato, invece, collegato a tutto o parte del periodo corrispondente alla quarantena del figlio, convivente e minore di anni 14, disposta dal dipartimento di prevenzione dell’Asl territorialmente competente, a seguito di contatto verificatosi all’interno della scuola (e non solo), per periodi compresi entro il 31 dicembre 2020 (art. 21-*bis*, comma 1, d.l. n. 104/2020, convertito in legge n. 126/2020)⁷.

3. Lo scollamento rispetto al modello introdotto e disciplinato nel nostro ordinamento dalla legge n. 81/2017 è, dunque, ampio e significativo e, se riguarda senza alcun dubbio il lavoro agile svolto nella prima fase dell’emergenza sanitaria, interessa anche il lavoro agile svolto in parte a casa e in parte in presenza nelle successive fasi di graduale ripresa delle attività produttive, che, come indicato, è ancorato a specifiche e differenti finalità rispetto a quelle proprie della legge n. 81/2017.

Inoltre, esso quasi certamente è destinato a ripercuotersi anche sul lavoro agile del periodo successivo all’emergenza sanitaria (il cui termine, in origine fissato al 31 luglio 2020, poi prorogato al 15 ottobre 2020, è stato, da ultimo, prorogato al 31 gennaio 2021), che continuerà ad essere utilizzato, a quanto pare con percentuali crescenti e inimmaginabili prima della diffusione della pandemia, sia nel privato che nel pubblico.

In proposito, si tratterà di definire se ritornare alla disciplina contenuta nella legge n. 81/2017, che, come indicato, attribuisce centralità assoluta all’accordo individuale, o, invece, procedere ad una revisione della legge, affidando ruoli e competenze alla

⁷ La disposizione richiamata, a seguito delle modifiche apportate dall’art. 22, comma 1, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. decreto ristori), è ora applicabile anche ai genitori di figli minori di 16 anni ed è estesa ai periodi nei quali ai suddetti figli sia stata sospesa l’attività didattica in presenza.

contrattazione collettiva (nazionale o aziendale)⁸. Ciò anche al fine di regolamentare alcuni aspetti tuttora controversi, come il c.d. diritto alla disconnessione, i tempi di riposo o le modalità di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro: aspetti affidati dagli artt. 19 e 21, legge n. 81/2017 all'accordo individuale e, dunque, non disciplinati nella fase emergenziale in corso.

Il ruolo della contrattazione collettiva, assente nella legge n. 81/2017, potrebbe essere recuperato proprio allo scopo di non vanificare lo sforzo fatto nell'emergenza sanitaria, nel quale il lavoro a distanza unilateralmente imposto (impropriamente chiamato *smart working*) è cresciuto in maniera esponenziale, disponendosi l'espressa deroga alle pattuizioni individuali previste dalla legge.

In tale direzione prospettica, la contrattazione collettiva, specialmente di livello decentrato⁹, potrebbe consentire di sfruttare le potenzialità dello *smart working* e ridurre le criticità emerse durante la pandemia, svolgendo la funzione di predisporre una disciplina cornice da specificare poi nei differenti accordi individuali relativi al lavoro agile.

Marirosario Lamberti

Professore associato di Diritto del lavoro,
Università degli Studi di Napoli Federico II

mlambert@unina.it

8 Sulle prospettive del lavoro agile cfr. di recente Martone Michel (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*. Piacenza: LaTribuna, 2020.

9 Cfr. in proposito Del Conte Maurizio, *Lavoro agile, procedura snella senza accordo tra le parti*, «Il Sole 24Ore Focus», 23 maggio 2020, che per il futuro invoca il ruolo dell'autonomia individuale e della contrattazione collettiva, meglio se aziendale, osservando in proposito che poiché «La cifra caratteristica della legge sul lavoro agile del 2017 è stata quella di aver disegnato una regolazione leggera, per punti cardinali», la legge dovrà essere utilizzata soltanto come *extrema ratio* per dirimere questioni non risolte dalla contrattazione.