IANUS
Diritto e Finanza
UNIVERSITÀ DI SIENA 1240
Quaderni
https://www.rivistaianus.it
ISSN: 1974-9805
Quaderni - 2020

L'EMERGENZA COME OCCASIONE PER RIPENSARE L'UTILIZZO DEL LAVORO AGILE

Carole Macchione

L'EMERGENZA COME OCCASIONE PER RIPENSARE L'UTILIZZO DEL LAVORO AGILE

Carole Macchione

Dottoranda di Ricerca in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Siena

Tra le misure di contrasto alla diffusione del virus Covid-19 il legislatore ha prontamente individuato e diffuso l'utilizzo del lavoro agile che, fino a pochi mesi prima, risultava essere una modalità di lavoro diffusa solo in determinate realtà aziendali, in prevalenza quelle maggiormente innovative e di medio-grandi dimensioni[1]. Tale istituto, che è stato normato nel 2017 con la legge n. 81, ha infatti conosciuto una larga diffusione solamente in questa fase di pandemia, subendone peraltro significative modifiche in termini di configurazione e finalità.

Per riflettere su quali potrebbero essere gli effetti dell'emergenza sulla disciplina del lavoro agile appare necessario partire dal dato normativo – nonché dalle intenzioni originarie del legislatore – per poi capire in che modo si è intervenuti per modificarne la fisionomia in un'ottica di adattamento alla situazione di straordinarietà attuale.

Innanzitutto, il lavoro agile, più conosciuto con la locuzione *smart working,* deve intendersi quale particolare modalità di esecuzione della prestazione nel rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti individuali, la cui principale finalità è quella di *«incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»* (art. 18, l. n. 81/2017). La particolarità di tale modalità di lavoro sta nella possibilità riconosciuta al lavoratore di rendere la prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, con una certa flessibilità temporale entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Le diverse modalità in cui si articola la prestazione sono frutto degli accordi presi dalle parti nel patto individuale, «il quale assurge al rango di vera e

[1] Per un approfondimento sui dati relativi allo sviluppo del lavoro agile negli ultimi anni si rimanda ai report pubblicati dall'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano disponibili sul sito https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working

propria fonte primaria del lavoro agile, in qualità di indiscusso protagonista della sua regolamentazione»[2].

Tuttavia, nel contesto attuale legato alla pandemia, sembrerebbe che l'adozione di questa misura, seppur indispensabile per la gestione di alcuni rapporti lavorativi, abbia nella sostanza finito per essere confusa con una semplice modifica del luogo di lavoro, minimizzando in modo sostanziale il reale contenuto del "lavoro agile", tanto da chiedersi se non si stia facendo un uso improprio del termine. Già solo se si considerano le finalità attualmente perseguite, infatti, appare evidente che la situazione di emergenza ha posto decisamente in secondo piano gli obiettivi di competitività e conciliazione, promuovendo invece – per ovvie ragioni – l'utilizzo dello strumento al fine di consentire la continuazione di determinate attività lavorative e tutelare il diritto alla salute (sia del singolo sia pubblica).

Lo *smart working* sperimentato in questa situazione quindi è stato in qualche modo adattato all'emergenza, ma manca di alcuni dei sui elementi caratterizzanti per essere davvero definito "agile".

Innanzitutto, i diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che negli ultimi mesi si sono succeduti (vedi d.p.c.m. 23-2-2020, d.p.c.m. 25-2-2020, d.p.c.m. 1.3.2020, d.p.c.m. 8-3-2020, in parte confluiti nel decreto-legge n. 18/2020) hanno modificato i criteri di attivazione dello strumento. Infatti, l'accordo tra le parti individuali - che di norma rappresenta la fonte primaria di accesso a tale modalità di lavoro - non è più fonte di regolazione del lavoro agile, essendo consentita la sua introduzione automatica e quindi in via unilaterale, purché nel rispetto della disciplina di cui alla l. n. 81/2017. Si creano in questo modo dei problemi di regolamentazione delle modalità in cui dovrebbe articolarsi la prestazione e si limita di fatto il carattere di flessibilità riconosciuto allo strumento nella sua forma *standard.* Con esplicito riferimento al luogo della prestazione, ad esempio, mentre la l. n. 81/2017 stabilisce che la prestazione resa in modalità agile può essere svolta – come anticipato - in parte all'interno e in parte all'esterno dell'azienda, il lavoro agile "emergenziale" si realizza invece al di fuori di questa alternanza tra i locali aziendali e la dimensione esterna degli stessi, situandosi esclusivamente presso il domicilio del lavoratore, difettando «quel fondamentale elemento *smart* di dinamismo»[3] e traducendosi così in un semplice *home-working*. La possibilità di alternanza, invece, appare fondamentale se si considera che il luogo di lavoro non rappresenta un mero spazio fisico in cui svolgere la prestazione, bensì spazio in cui si realizza la dimensione sociale del lavoro.

Il venir meno dell'obbligo di stipula dell'accordo tra le parti porta con sé la necessità di regolamentarne ugualmente alcuni aspetti. Si faccia, ad esempio,

---

[2] LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 197

[3] BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza,* in *Giust. civ.*, 2020, 7

riferimento al diritto alla disconnessione. Quest'ultimo, da intendersi quale possibilità riconosciuta al lavoratore di non rispondere alle e-mail, alle chiamate o ai messaggi di lavoro al di fuori dell'orario lavorativo, è probabilmente tra gli aspetti più trascurati nell'ambito delle attuali riflessioni sullo *smart working*. Si tratta di una possibilità di disconnessione dagli strumenti tecnologici, non riconosciuta propriamente come diritto – a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti (ad esempio la Francia) – ma importante in un contesto in cui l'organizzazione del lavoro si è vista smaterializzata dei comuni concetti di luogo e tempo. Il tema assume rilievo anche in materia di diritto alla salute, considerati i rischi derivanti da una possibile iper-connessione agli strumenti tecnologici che potrebbe trasformare il lavoro agile in uno strumento che, «anziché tendere al benessere del lavoratore, concorra a comprometterlo irrimediabilmente»[4].

A prescindere dalla situazione emergenziale, il riconoscimento della disconnessione ha sempre costituito, sin dall'entrata in vigore della legge sul lavoro agile, un aspetto delicato perché in pochi casi resa effettiva. Uno degli aspetti maggiormente criticati è la decisione di lasciare all'autonomia delle parti individuali la determinazione delle misure necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore, senza riconoscere direttamente un ruolo alla contrattazione collettiva. Infatti, l'art. 19 della l. n. 81/2017 stabilisce che è il patto di lavoro agile ad individuare *"i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro"*, con il rischio di soddisfare maggiormente le esigenze aziendali piuttosto che quelle del lavoratore. Permane quindi un problema di effettività che non ha sin qui trovato una soluzione soddisfacente[5].

Il dibattito, invece, dovrebbe suscitare – anche alla luce delle esperienze poste in essere in questa situazione emergenziale - un maggiore interesse, considerati i rischi che una mancata disconnessione può comportare. Gli *smart workers* si sono trovati oggi a confrontarsi con una realtà lavorativa che li ha colti, nella maggior parte dei casi, impreparati sia tecnologicamente sia culturalmente all'adozione di questa modalità di lavoro. Il tempo di lavoro sembra aver assorbito completamente anche il tempo dedicato alla vita privata e l'equilibrio tra i due aspetti pare essere sempre più impercettibile. Per questo motivo la necessità di effettive misure tecniche e organizzative che assicurino la disconnessione dai dispositivi si rivela oggi di estrema importanza.

A tal proposito, anche il *focus* del potere di controllo dovrà essere centrato sul risultato della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, piuttosto che sulla verifica circa «il rispetto di regole organizzative o di esecuzione della prestazione che hanno ragione d'essere solo in relazione alla prestazione resa all'interno

[4] LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University Press, 2018, 489.

[5] Per maggiori approfondimenti sul tema si vedano, tra gli altri: ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour&Law Issues*, 2019; ZEPPILLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Riv. giur. lav.*, 2019.

dell'organizzazione aziendale»[6]. In altri termini, affinché il lavoro agile funzioni, «il corretto adempimento della prestazione non si misurerà più sul tempo passato in azienda, ma sull'esecuzione di specifici compiti»[7], purché quegli stessi compiti vengano bene individuati e comunicati al lavoratore interessato. In altri termini, se davvero ci si vuole orientare verso un lavoro maggiormente responsabilizzato e orientato agli obiettivi, è la stessa cultura del lavoro a dover subire una rivisitazione. Chissà che non sia proprio questa situazione di necessità a favorire uno sviluppo verso un diverso orizzonte organizzativo che, altrimenti – senza le necessità imposte dall'emergenza - avrebbe potuto tardare anni.

In questo senso, significativo sarà in futuro il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva, soprattutto quella di secondo livello. La l. n. 81/2017, infatti, pur essendo stata di fatto anticipata dalla stipula di accordi aziendali che avevano regolato forme di *smart working* in base alle esigenze aziendali, non fa espressamente alcun richiamo alla contrattazione collettiva (sebbene non escluda un suo intervento). Tuttavia, è rilevante constatare che le aziende che avevano inserito il lavoro agile all'interno di un progetto più strutturato, frutto anche di un accordo e di una mediazione con le organizzazioni sindacali, siano state quelle in grado di gestire meglio l'organizzazione del lavoro nella fase emergenziale. Per questo motivo, avendo avuto ora le aziende il tempo e il modo per comprendere alcuni dei profili in cui lo *smart working* può articolarsi – nonché gli aspetti maggiormente critici - la previsione è che lo scenario post-pandemia sarà probabilmente caratterizzato da «un maggiore protagonismo regolativo da parte della contrattazione collettiva come cornice degli accomodamenti individuali»[8]. La regolamentazione collettiva potrebbe essere anche solo di supporto, continuando a demandare all'accordo individuale la sua (auspicabile) funzione di adesione proattiva e condivisa nella definizione delle modalità in cui, caso per caso, si articola la prestazione agile. Un rischio da evitare, infatti, è che, passata la crisi sanitaria, lo stato d'eccezione e quindi tutte le misure correttive attuate in una logica di semplificazione vengano in qualche modo «metabolizzate nella prassi, con un formale accordo di ratifica accettato da un lavoratore privo di potere negoziale».[9]

Infine, discutibile appare la recente previsione contenuta nell'art. 90 del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020 (cd. Decreto Rilancio) ove si individua un diritto al lavoro agile per i dipendenti del settore privato che hanno almeno

---

[6] MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulle prestazioni del lavoratore agile"*, in FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 219

[7] ICHINO, *Nel lavoro agile anche un modello nuovo di impresa,* articolo consultabile al sito https://www.pietroichino.it/?p=54962

[8] CARUSO, *Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno smart working?,* in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.,* 2020, 22

[9] CALVELLINI, *Coronavirus e lavoro agile: la regolamentazione provvisoria*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 02/2020, 10

un figlio minore di 14 anni[10]. Esso va ad aggiungersi a quanto già previsto all'art. 39 del decreto Cura Italia, il quale riconosce un vero e proprio diritto al lavoro agile per i lavoratori disabili in condizione di gravità ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. n. 104/92, nonché per coloro che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona disabile in condizione di gravità. Le critiche alla disposizione – pur con la consapevolezza della sua necessità in un'ottica di migliore conciliazione delle esigenze familiari nell'attuale periodo - scaturiscono dal timore che entrambi i provvedimenti possano in futuro stabilizzarsi, andando a modificare il principio stesso del lavoro agile, trasformandolo così in uno strumento di *welfare* alternativo o di sola conciliazione vita-lavoro.

I profili problematici su cui riflettere, e rispetto ai quali sarà necessario individuare delle soluzioni, sono molteplici. Senz'altro però, per far sì che la situazione di straordinarietà attuale diventi realmente un acceleratore per la creazione di una cultura del lavoro basata su sistemi organizzativi innovativi e fondati sulla responsabilizzazione delle persone, le parti coinvolte dovranno dimostrarsi in grado di cogliere la sfida. In altri termini, l'auspicio è che l'esperimento vissuto in questa fase emergenziale «porti ad un approccio più maturo e consapevole allo *smart working*, che ne favorisca un'introduzione e un'implementazione tanto diffusa quanto efficace»[11].

(20-05-2020)

[10] Si veda anche BOTTINI, MELIS, *Lo smart working diventa un diritto con figli under 14*, in *Il Sole 24 ore*, 11 maggio 2020.

[11] CAPPETTA - DEL CONTE, *Tutela del lavoro e emergenza da Covid-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus* articolo consultabile al sito
http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/, 31 marzo 2020