

l'officina dei numeri

circolare informativa n. 5/2021 del 23 agosto 2021

Studio Associato Picchio e Gorretta, via Fausto Coppi 3 – 15121 – Alessandria
tel. e fax 0131 443273 – 0131 267858 e-mail: info@picgor.it - sito web: www.picgor.it

LAVORO AGILE SEMPLIFICATO ED EMERGENZA COVID

BREVE CENNO INTRODUTTIVO

Il lavoro agile (ai più noto come *smart work*, con il solito termine anglosassone, senza il cui utilizzo parossistico sembra sia impossibile definire qualsiasi cosa), consiste in una **particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato**, la quale prevede che, **a seguito di un accordo** individuale stipulato tra il datore di lavoro e il lavoratore, quest'ultimo possa **eseguire le prestazioni dovute alternativamente nella sede fisica di lavoro o in altro luogo**, purché esso possieda le caratteristiche necessarie a garantire la sicurezza, così come stabilito dall'art. 22 della legge 81/2017 e sia idoneo allo svolgimento dell'attività.

In questa sede si intendono trattare i più recenti ravvedimenti normativi relativi ai reciproci diritti e doveri delle parti contraenti il rapporto di lavoro, con particolare riferimento al tema della disconnessione ed al parziale mutamento delle modalità di regolamentazione del lavoro agile, reso necessario dall'insorgenza dello stato di emergenza epidemiologica che ci interessa da oltre un anno.

LA DISCIPLINA

Il lavoro agile, quale originariamente disciplinato dalla legge 81/2017 è sorto - nell'intenzione del legislatore - allo scopo di **favorire l'incremento della competitività** dell'impresa e di **agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro**, in una situazione di maggiore flessibilità rispetto ai tempi, ai luoghi e agli strumenti di lavoro ordinariamente intesi.

L'interesse per l'utilizzo di questa particolare modalità dipenderebbe, quindi, dalla libertà lasciata alle parti contraenti il rapporto di lavoro di regolamentarla autonomamente attraverso la stipula di un accordo individuale, che prevede anche **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 rendere la prestazione.

Tale accordo, da stipulare **per iscritto** ai fini della prova, non può però prescindere dalla definizione di alcuni elementi costitutivi, quali:

- la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e agli strumenti usati dal lavoratore (quindi, la definizione delle modalità operative della prestazione);
- l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore e delle misure tecniche e organizzative

necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dagli strumenti di lavoro;

- l'individuazione delle condotte connesse alla esecuzione della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, che possano dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

L'accordo può essere **a termine o a tempo indeterminato** ma in tal caso è consentito il **recesso** da ambo le parti (dalla modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, ovviamente) con un preavviso non inferiore a 30 giorni. Nel caso di lavoratori disabili, il preavviso del recesso datoriale non può essere inferiore a 90 giorni. In presenza di un "giustificato motivo" (non altrimenti definito) è consentito il recesso *ante tempus* nel caso di accordo a tempo determinato o senza preavviso in caso di accordo a tempo indeterminato.

Viene sancito un principio di **non discriminazione** in forza del quale il lavoratore ha diritto ad un trattamento economico e normativo **non inferiore** a quello previsto per un lavoratore che operi esclusivamente all'interno dell'azienda (dal che ne deriva la possibilità di lavoro straordinario, festivo o notturno, da retribuire con le stesse maggiorazioni del lavoratore non agile da cui derivi al lavoratore agile un trattamento complessivamente non peggiorativo rispetto a un non agile).

Onde evitare fenomeni di "impoverimento" professionale, il lavoratore agile ha diritto alla stessa formazione dei lavoratori che prestano l'attività esclusivamente in azienda, da erogare con le modalità che saranno ritenute più opportune (anche per evitare un progressivo isolamento dal resto dei colleghi).

Per quanto riguarda l'**esercizio del potere disciplinare**, la norma richiama espressamente l'art. 4 della legge 300/1970, che vieta forme di controllo a distanza dei lavoratori (che restano consentite esclusivamente previo accordo sindacale o, in mancanza, previa autorizzazione dell'ispettorato territoriale del lavoro, fatta salva l'ipotesi che la possibilità di controllo sia insita – e non eliminabile – negli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa).

Infine, il datore di lavoro è tenuto a consegnare al lavoratore agile e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, una informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generici e specifici della prestazione di lavoro in modalità agile. Dal canto suo, il lavoratore deve cooperare con il datore di lavoro all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi insiti in questa particolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

DA OPPORTUNITÀ A SCELTA NECESSITATA

Con l'epidemia da Covid-19 e la connessa esigenza di limitare, per quanto possibile, gli spostamenti dei lavoratori, si è reso necessario operare in deroga alla nor-

mativa ordinaria. A tal proposito, il decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020, stabilisce che che **la modalità di lavoro agile** disciplinata dagli articoli della legge 81/2017 **possa essere applicata** dai datori di lavoro privati a ogni rapporto di lavoro subordinato **anche in assenza degli accordi individuali** ivi previsti, dando così origine alla **modalità semplificata**. Tale possibilità è concessa fino al **31 dicembre 2021**.

Ciò non esclude la possibilità che il datore di lavoro possa stipulare l'accordo con il lavoratore (anzi, in certi casi lo si ritiene consigliabile), ma consente allo stesso, in una ottica del tutto emergenziale e "provvisoria" (anche se ormai prolungata nel tempo), di **imporre l'utilizzo** di questa modalità, con lo scopo di evitare, o quantomeno contenere, l'incedere dell'emergenza epidemiologica, consentendo – laddove tecnicamente possibile – la prosecuzione dell'attività lavorativa, anche nell'ottica di prevenire o contenere le conseguenze economiche dei blocchi e delle chiusure imposte a livello locale o nazionale.

Soltanto in tempi più recenti il legislatore ha ritenuto opportuno ristabilire un **bilanciamento** tra i diritti e doveri delle parti. Il dovere del lavoratore di eseguire la prestazione non può prevalere sui quei diritti, che in quanto sottratti alla disponibilità degli stessi detentori, devono essere determinati e tutelati dalla legge, primo fra tutti il diritto alla disconnessione.

DOVERE DI REPERIBILITÀ E DIRITTO ALLA DISCONNESSIONE

Come precedentemente anticipato, la stato di emergenza in cui ci troviamo ha indotto il legislatore nazionale ad intervenire per ridefinire e disciplinare numerose fattispecie, adattandole il più possibile alle necessità contingenti. In questo senso opera l'art. 2, comma 1 ter della legge 61/2021 che, nel richiamare il **diritto alla disconnessione** già introdotto dall'art. 19 della legge 81/2017, dispone che, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati, l'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non possa avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi.

Se ciò potrebbe apparire come una naturale conseguenza del diritto alla disconnessione, la sua previsione in una norma di legge si è resa necessaria ai fini della sua certezza ed esigibilità.

La norma, peraltro, fa salvi "eventuali accordi" tra le parti relativi alla previsione di **periodi di reperibilità** nei quali il lavoratore si impegna ad essere contattabile dal datore di lavoro, al quale dovrà rispondere tempestivamente. Tali periodi rappresentano una **deroga al diritto di disconnessione**, in quanto la reperibilità comporta che il lavoratore sia al lavoro o possa comunque diventare operativo in tempi brevi, per rispondere ad eventuali esigenze rappresentate dal datore di lavoro. I periodi di reperibilità non rappresentano necessariamente un "orario di lavoro", nel senso che – a rigore di logica e per rispettare la *ratio* della norma – il lavoratore pur essendo libero di organizzare la propria prestazione lavorativa, nei tempi e nei luoghi che riterà più opportuni, si impegna a garantire comunque in una data finestra temporale una "reperibilità" (che nella

prassi comune equivale a una disponibilità a lavorare in caso di chiamata, divenendo operativo in tempi brevi e concordati e non ad una effettiva prestazione di lavoro).

Va da sé che una reperibilità molto ampia in termini di impegno e di finestra temporale, di fatto vanifica il diritto alla disconnessione, in quanto comprime la libertà e l'autonomia del lavoratore, sempre tenuto a diventare operativo in tempi brevi, senza poter attendere ad altre occupazioni della propria vita privata.

VIOLAZIONI DISCIPLINARI E SANZIONI, CONDOTTE DATORIALI ILLECITE E RIMEDI

Individuare specifiche condotte disciplinarmente rilevanti durante l'esecuzione della prestazione lavorativa in modalità agile, al momento, non è né semplice, né immediato. L'impresa è resa ardua tanto dalla singolarità del momento, quanto dalla necessità di saper bilanciare equamente gli interessi delle parti, per cui una tipizzazione delle condotte tendenzialmente illecite è impossibile e tendenzialmente privo di portata pratica, potendosi sempre realizzare una fattispecie nuova, non prevista e tipizzata.

È probabile che le contestazioni, tenuto conto della difficoltà di "misurare" quantitativamente la prestazione lavorativa, possano riguardare fattispecie di scarso rendimento, irreperibilità, prestazione mancata, irregolare o incompleta, abusi nella flessibilità della prestazione. Altre condotte illecite possibili, data la particolare natura della prestazione lavorativa, possono riguardare le violazioni in materia di riservatezza, segretezza o sicurezza dei dati e delle comunicazioni, compromissione dell'integrità dei dati o dei sistemi informatici, accessi abusivi o non autorizzati, accessi da parte di soggetti terzi, smarrimento o compromissione degli strumenti informatici o loro danneggiamento.

Non meno gravi possono essere le violazioni datoriali, di norma legate proprio all'esigenza di controllo in remoto della quantità della prestazione lavorativa (controllo possibile con l'uso di software specifici o con tracciamento degli accessi o dell'attività dei terminali remoti o delle comunicazioni o controlli ambientali, anche molto invasivi), nonché dalla imposizione di periodi molto ampi di reperibilità o di tempi o ritmi di lavoro eccessivi. Il lavoro in remoto può portare all'isolamento dei lavoratori e alla loro estromissione dalla comunità dei colleghi o a situazioni di stress ed usura psicofisica, nonché a danni alla salute dovuti all'uso di strumenti inadeguati o di postazioni di lavoro non adatte e potenzialmente dannose per la salute.

Mentre le violazioni commesse dai lavoratori dovranno essere perseguite con gli ordinari strumenti disciplinari, previsti dalla legge 300/1970, opportunamente "calati" nella particolarità dell'esecuzione della prestazione lavorativa (si pensi al riscontro della violazione attraverso mezzi di controllo remoti e alla prova della violazione commessa), le violazioni datoriali saranno perseguite con il ricorso all'autorità giudiziaria, sotto i diversi profili configurabili (abuso di mezzi di controllo, violazione della riservatezza, imposizione di ritmi o tempi di lavoro abnormi, violazioni del diritto di disconnessione, utilizzo di strumenti inappropriati o dannosi per la salute, ecc.).