



IL LAVORO AGILE

LEZIONE SCUOLA FORENSE DELLA TUSCIA

18 MAGGIO 2021

Avv. Severino Fallucchi

Il lavoro agile

c.d.

smart working



Nuova modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, allo scopo di incrementare la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, consistente in una prestazione di lavoro subordinato svolta con le seguenti modalità:

- esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno della sede di lavoro e in parte all'esterno
- utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa
- assenza di una postazione fissa durante i periodi di lavoro svolti al di fuori della sede di lavoro
- orario di lavoro flessibile: valgono solo i vincoli di orario massimo stabiliti dalla legge (d.lgs. 66/2003) e dalla contrattazione collettiva

La normativa di riferimento per il settore privato

Legge 22 maggio 2017 n. 81 “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro”
– Capo II – Lavoro agile

La disciplina del lavoro agile è contenuta negli artt. da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81

Il «lavoro agile» è definito dall’art. 18, comma 1, quale *“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. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”*

Il «telelavoro», la cui disciplina deriva dall’accordo interconfederale del 9.6.2004, si differenzia dal «lavoro agile» in quanto la prestazione lavorativa è esclusivamente svolta in un luogo fisso e predefinito (generalmente il domicilio del lavoratore)

Categorie di lavoratori con priorità all'assegnazione dello «smart working»

L'art. 18, comma 3-bis, legge n. 81/2017 (aggiunto dalla legge n. 145/2018, Legge di bilancio 2019) ha introdotto delle **priorità** alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile, a favore delle seguenti categorie di soggetti:

- lavoratrici madri che presentino la richiesta di passare al lavoro agile entro tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo fruito ai sensi dell' art. 16, d.lgs. n. 151/2001
- lavoratori con figli disabili (cfr. art. 3, comma 3, legge n. 104/1992).

Forma e contenuto del contratto di lavoro agile



Ai sensi dell'art. 19, Legge n. 81/2017 l'accordo di smart working deve:

- avvenire in forma scritta *“ai fini della regolarità amministrativa e della prova”*;
- disciplinare l'esecuzione della prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali *“anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro”*
- disciplinare anche i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni di lavoro

Occorre un'intesa scritta a livello individuale idonea a integrare e specificare le modalità essenziali di svolgimento della prestazione agile.

Tempi della prestazione resa in lavoro agile

Ai sensi dell'art. 18, Legge n. 81/2017 la prestazione agile può essere organizzata *“per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario”*.

Il lavoratore agile conserva il limite generale della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, con salvaguardia dei tempi di riposo (diritto alle pause, permessi, ecc.).

I contratti collettivi aziendali di solito regolano l'orario del lavoratore agile in modo analogo a quello ordinario, oppure richiedono la sua disponibilità in determinate fasce orarie della giornata, senza precisi vincoli orari.

La misurazione del limite massimo dell'orario lavorativo, in mancanza di uno stringente potere di verifica sulla prestazione, potrà determinarsi sia garantendo il diritto di disconnessione in un determinato arco orario (ex art. 19, comma 2, legge n. 81/2017), sia pattuendo carichi di lavoro che si presumano eseguibili nel limite temporale previsto dalla legge e dal contratto collettivo.

L'accordo individuale consente di definire il “profilo orario” assegnato al lavoratore agile.

I dipendenti in smart working possono usufruire di ferie e permessi retribuiti, dei permessi Legge 104 e dei congedi obbligatori di maternità e parentali.

Diritto alla disconnessione (art. 19 Lg. 81/2017)



Il lavoratore che svolge la propria prestazione lavorativa in modalità smart working crea una reperibilità e una connessione, di fatto, costante e continua.

Questa modalità rischierebbe di compromettere il bilanciamento tra vita privata e lavorativa che è uno dei presupposti dell'istituto del lavoro agile.

La Lg. 81/2017 ha previsto due limiti per garantire l'effettività del diritto al riposo:

- il lavoratore agile, benché siano assenti reali vincoli temporali, non può comunque superare la durata dell'orario massimo previsto per legge o dai contratti collettivi (ex art. 18, comma 1)
- l'accordo di lavoro agile deve indicare le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (ex art. 19, comma 1)

In virtù del diritto alla disconnessione, la mancata risposta del lavoratore in un momento della giornata in cui egli ha titolo ad essere disconnesso, non può rappresentare un inadempimento contrattuale ed essere oggetto di sanzioni disciplinari.

Luoghi della prestazione lavorativa in smart working



Ai sensi dell'art. 18, Legge n. 81/2017 la prestazione agile è svolta in parte all'interno dell'azienda.

La Legge contempla l'alternanza tra locali interni o esterni all'azienda, ma non chiarisce se vi sia una libera scelta del luogo da parte del prestatore o se esso possa pattuito nell'accordo individuale.

Gli elementi normativi quali l'assenza di una postazione fissa (art. 18, comma 1), la mancata menzione del luogo tra i contenuti richiesti per la forma dell'accordo e il riferimento al luogo "prescelto" dal lavoratore nelle disposizioni sulla tutela in caso di infortunio (art. 23, comma 3), nonché lo stesso obiettivo di conciliazione tra lavoro e vita privata, depongono per la libertà di scelta del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, salvo diverso patto tra le parti o vincoli posti dalla contrattazione collettiva (ad es. divieto di esecuzione del lavoro agile in luoghi pubblici).

Durata e recesso dall'accordo di smart working

Ai sensi dell'art. 19, 2° comma, Lg. 81/2017, l'accordo di smart working può essere a tempo determinato o indeterminato.

Nel caso di rapporto a tempo indeterminato il recesso può avvenire con un preavviso di almeno 30 giorni, termine che si estende a 90 giorni per i lavoratori assunti ex Legge n. 68/1999, *“al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore”*.

In presenza di un *«giustificato motivo»*, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine, nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato.

Il *«giustificato motivo»*, da parte dell'impresa, può essere qualunque ragione legata all'organizzazione del lavoro e alla sua efficienza che possa portare a un'interruzione anticipata della modalità agile. Dal lato del lavoratore, può consistere in una sopravvenuta incompatibilità tra la prestazione e il luogo scelto dal lavoratore.

La risoluzione dell'accordo per il lavoro agile non produce effetti giuridici diretti o automatici sul rapporto di lavoro sottostante.

Esercizio del potere disciplinare (art.21 Lg. 81/2017)



L'art. 21 della L. 81/2017 stabilisce che l'accordo deve disciplinare *“l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 ”*, obbligando le parti a individuare, all'interno dell'accordo tutte le *“condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”*.

Il controllo sull'attività del lavoratore - non già del lavoratore - deve essere solo *“incidentale”* e non può assumere i connotati di un monitoraggio prolungato e costante a dispregio della libertà e dignità del controllato, ancorché sia indispensabile per garantire adeguate modalità organizzative e produttive all'interno dell'azienda.

L'art. 4, comma 1, della L. 300/1970 richiede un accordo sindacale (o, in mancanza, un'autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro) per l'installazione di qualsiasi strumento utile per l'organizzazione del lavoro e per la sicurezza aziendale dal quale derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Sono esclusi da questo obbligo preliminare solo gli strumenti di registrazione delle presenze e gli strumenti impiegati dal lavoratore per rendere la prestazione.

Gli strumenti di lavoro e il potere di controllo sul lavoratore agile



Nel caso del lavoro agile il controllo da parte del datore di lavoro potrà essere esercitato prevalentemente attraverso gli strumenti utilizzati dal dipendente per eseguire la prestazione lavorativa da remoto, ossia PC, Tablet, Smartphone.

Un applicativo che registri i file di log, limitatamente all'inizio della sessione e al termine dell'attività lavorativa, è lecito, ma i file di log devono limitarsi a date e ore di connessione e di disconnessione. Non devono registrare le attività svolte dall'utente.

In generale, rientrano negli strumenti di lavoro affidati allo smart worker i personal computer, tablet, smartphone e, pertanto non sono suscettibili di preventivo accordo sindacale o autorizzazione amministrativa.

L'installazione di software di monitoraggio e tracciamento installato sul PC o Tablet, ancorché installato su uno strumento di lavoro necessario a rendere la prestazione, è un'applicazione vietata salvo che non rientri nell'art. 4 comma 1 della lg. 300/70 (provvedimento del 2 aprile 2009 e del 13 luglio 2016 del garante della privacy).

Esempi di legittimità degli strumenti di controllo

La video chiamata: secondo l'articolo 4 dello Statuto, è legittima solo se è fatta rientrare nella nozione di «*strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa*», unica categoria per la quale non è richiesta la stipula dell'accordo sindacale o l'attivazione del meccanismo alternativo di autorizzazione amministrativa.

Chat di WhatsApp per scopi lavorativi: pur essendo questi strumenti potenzialmente molto invasivi, non sembra esserci quella forma di «controllo a distanza» in grado di far scattare i vincoli dell'articolo 4 Lg. 300/70, pur determinando molte altre criticità in termini di riservatezza dei documenti scambiati e delle informazioni condivise.

Sono vietate (Linee Guida 13/2007 Garante Privacy):

- la riproduzione ed eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal dipendente;
- la lettura e registrazione dei caratteri inseriti tramite tastiera o analogo dispositivo;
- l'analisi occulta di computer portatili affidati in uso al dipendente.

Condotte colpose o intenzionali in grado di ledere l'interesse aziendale che possono essere inserite nell'accordo di smart working



- Violazione di segreti industriali: può essere sanzionata l'inosservanza da parte del lavoratore del divieto di condivisione di informazioni industriali contenute all'interno degli strumenti tecnologici messi a disposizione dall'azienda per l'esercizio del lavoro in modalità agile
- Esecuzione di attività di lavoro per conto proprio o di terzi: si deve trattare di attività incompatibili con l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. (ad esempio, può essere sanzionata l'installazione da parte del lavoratore di software e/o applicativi sul pc portatile aziendale senza la preventiva autorizzazione)
- Svolgimento negligente e/o parziale della prestazione di lavoro (ad esempio, il mancato collegamento da parte del lavoratore agile nelle fasce orarie concordate, potrà essere equiparato ad assenza ingiustificata)

Trattamento economico dei lavoratori agili (art. 20 Lg. 81/2017)

L'art. 20, comma 1, Legge n. 81/2017, riconosce al lavoratore agile il diritto ad un trattamento economico-normativo non inferiore a quello "complessivamente" applicato a coloro che svolgono le medesime mansioni all'interno dell'azienda.

Il trattamento economico-normativo di riferimento è quello previsto dai contratti collettivi stipulati ai sensi dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, e cioè i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Buoni pasto: la corresponsione dei buoni pasto presuppone che l'orario di lavoro sia organizzato con specifiche scadenze orarie e che il lavoratore consumi il pasto al di fuori dell'orario di servizio, per cui essi non sono dovuti al lavoratore in smart working (Trib. Venezia sentenza n. 1069 del 08.07.2020).

L'articolo 6 del Decreto Legge 333/1992 (convertito con la Legge 359/1992), esclude in linea generale il carattere retributivo dell'indennità di mensa. Si tratta, infatti, di un servizio sociale predisposto nei confronti della generalità dei lavoratori.

Lo smart working semplificato o c.d. emergenziale



Con l'adozione del Decreto Riaperture (D.L. 22 aprile 2021, n. 52) la possibilità di adottare lo Smart Working semplificato (ossia in assenza di accordo individuale e con comunicazione amministrativa semplificata) è stata posticipata dal 30 aprile 2021 al 31 luglio 2021.

Inoltre, anche il DPCM del 2 marzo 2021 ha raccomandato il massimo utilizzo della modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza.

Al di là del periodo di emergenza da Covid-19, si ricorda che, oltre alle lavoratrici-madri, anche i lavoratori con figlio disabile a carico possono beneficiare di un diritto di precedenza nell'accesso allo smart working, fintanto che le loro mansioni siano compatibili con tale modalità di lavoro.

Categorie di lavoratori con diritto allo Smart Working nel periodo emergenziale

Hanno diritto a svolgere la propria attività lavorativa in modalità agile, fintanto che questa risulti compatibile con le mansioni svolte:

1) lavoratori dipendenti che hanno in famiglia un figlio fino a 16 anni d'età e che si trovi a casa per la sospensione dell'attività didattica, perché ha contratto il Coronavirus e/o è stato messo in quarantena. Ciò purché in famiglia non vi sia altro genitore non lavoratore o che sia beneficiario di integrazione salariale per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa (DL 104/2020, art. 21 bis, e D.L. 30/2021);

2) lavoratori dipendenti disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare un persona con disabilità, ovvero i lavoratori immunodepressi e i familiari conviventi;

3) i genitori lavoratori dipendenti privati che hanno almeno un figlio in condizioni di disabilità grave riconosciuta (ex Lg. 104/1992), a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore non lavoratore;

4) lavoratori "fragili", ossia in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita.

5) lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio in ragione: dell'età; della condizione di rischio derivante da immuno-depressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita; da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente.

L'opzione di lavorare da casa quando necessario, o di provare uno stile di vita diverso senza dover cambiare lavoro, è una vittoria per tutti (Scott Berkun)