



Roma, 19 marzo 2021

### **Il lavoro agile: uno strumento snaturato durante la pandemia?**

Nella attuale situazione di emergenza sanitaria, il lavoro agile – introdotto dalla l. n. 81/2017 – è stato fortemente raccomandato o, in alcuni casi, finanche imposto dalla normativa emergenziale.

Nell'ultimo anno, infatti, al fine di ridurre ogni forma di assembramento sociale, senza tuttavia paralizzare l'attività produttiva, il Legislatore ha raccomandato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte a distanza, semplificando le procedure di adesione allo stesso.

A tal fine, il Legislatore ha consentito, da ultimo con d.l. 183/2020, ai datori di lavoro pubblici e privati di applicare - fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica e comunque non oltre il 30 aprile 2021 – il lavoro agile anche in assenza di accordo individuale con i lavoratori interessati (quindi, in via unilaterale), nel rispetto dei principi dettati dalla l. n. 81/2017.

Evidentemente, la mancanza di un accordo *medio tempore* potrebbe determinare alcuni problemi applicativi, atteso che la l. 81/2017 affida all'intesa tra le parti la determinazione della durata del lavoro agile, nonché la disciplina dell'esecuzione e del controllo della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, con particolare riguardo agli strumenti tecnologici utilizzati e al rispetto del diritto alla disconnessione per il lavoratore.

Giova rammentare, tuttavia, che il lavoro agile non è altro che una particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, che si attua anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, mediante il possibile utilizzo di strumenti tecnologici.

Conseguentemente, l'accordo di lavoro agile non si sostituisce al contratto individuale di lavoro ma ne presuppone l'esistenza, senza far venir meno i diritti e gli obblighi del datore di lavoro e del lavoratore, intervenendo solo a declinare le ulteriori forme di esercizio del potere direttivo e di controllo.

Peraltro, l'esercizio delle prestazioni lavorative in modalità agile non fa venir meno la contrattazione collettiva in uso, la quale deve comunque ritenersi applicabile al rapporto di lavoro, così come espressamente chiarito dalla giurisprudenza.

Indicativa, a tal proposito, è la sentenza resa dal Tribunale di Roma l'11 luglio 2018, n. 6022, la quale ha chiarito che il datore di lavoro può legittimamente esercitare il proprio potere disciplinare nel caso in cui il dipendente in *smart working* abbia violato l'art. 2104 c.c. in relazione all'obbligo di diligenza richiesta dalla natura della prestazione.

Più precisamente, nel suddetto caso, il Giudice di prime cure ha confermato la legittimità del licenziamento per giusta causa operato dal datore di lavoro nei confronti del proprio dipendente che aveva pubblicato su Facebook un'e-mail di invettive inviata al proprio superiore gerarchico, colpevole di "mettere bocca" e "questionare" sulle modalità con cui veniva esplicato il lavoro agile stesso.

D'altronde, in varie occasioni la giurisprudenza ha chiarito che - sebbene i comportamenti estranei alla prestazione lavorativa siano generalmente irrilevanti sotto il profilo disciplinare - gli stessi possono motivare l'adozione di provvedimenti sanzionatori qualora ledano l'immagine aziendale, ovvero nel caso in cui siano idonei "*a scuotere la serenità e normalità dei rapporti... di collaborazione fra i lavoratori ed il datore di lavoro*", indipendentemente dal fatto che la prestazione sia o svolta o meno in modalità agile.

Per quanto sopra, è legittimo ritenere che lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile non esoneri il lavoratore dal rispetto degli ordinari doveri di diligenza ed obbedienza, anche al fine di non creare disparità di trattamento rispetto agli altri dipendenti in azienda.

Da questo punto di vista, è significativa la previsione dell'art. 20 della l. 81/2017, che attribuisce al lavoratore agile il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

Ne consegue che si può ragionevolmente sostenere che anche al dipendente in *smart working* si applichino le medesime previsioni disciplinari contenute - di norma - nel contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro.

A tal proposito, basti pensare che, nell'era pre-pandemica, la maggior parte degli accordi individuali sottoscritti con gli *smart workers* si limitavano - sul piano disciplinare - a rinviare alla contrattazione collettiva in uso, senza prescrivere particolari condotte disciplinarmente rilevanti.

D'altronde, sarebbe paradossale ritenere che la mancata sottoscrizione dell'accordo di lavoro agile (consentita solo a fronte dell'attuale situazione emergenziale) consenta ad ogni dipendente di andare esente da ogni responsabilità per il solo fatto che svolga la prestazione lavorativa da remoto, concedendogli una sorta di patente di immunità.

Se così non fosse, si giungerebbe al paradosso di snaturare il rapporto di lavoro, che – sebbene si svolga in modalità agile – resta pur sempre di natura subordinata.

Sul piano pratico, tuttavia, posto che la prestazione di lavoro agile è destinata ad essere svolta almeno in parte al di fuori della sede aziendale, restano notevoli dubbi in merito al controllo esercitabile da parte del datore di lavoro.

In tale ipotesi, infatti, il mezzo di lavoro tecnologico utilizzato dal lavoratore diventa, nei fatti, anche lo strumento attraverso il quale il datore di lavoro può esercitare il potere di controllo, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 della l. 300 del 1970.

Come noto, la suddetta normativa prevede che gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali possa derivare la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possano essere impiegati solamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, previo necessario accordo con le rappresentanze sindacali o, in alternativa, con l'autorizzazione dell'Ispettorato del Lavoro territorialmente competente.

In buona sostanza, la suddetta disposizione normativa limita l'installazione e l'impiego degli strumenti (potenzialmente atti al controllo a distanza) ai soli casi in cui sussista un'esigenza aziendale qualificata e sia stata esperita con successo la procedura in sede sindacale o amministrativa.

L'accordo o l'autorizzazione di cui sopra, sulla base di quanto prescritto dal comma 2 del suddetto art. 4, non sono invece necessari quando gli strumenti da cui potrebbe derivare il controllo a distanza siano utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa o per la registrazione degli accessi e delle presenze.

Secondo quanto dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro con circ. 2/2016, la suddetta condizione sussiste per gli *“apparecchi, dispositivi, apparati e congegni che costituiscono il mezzo indispensabile al lavoratore per adempiere la prestazione lavorativa dedotta in contratto, e che per tale finalità sia stati posti in uso e messi a sua disposizione”*.

Ebbene, per i lavoratori che svolgono l'attività da remoto, si ritiene che l'utilizzo di internet e dell'e-mail aziendale rientri normalmente tra gli strumenti di lavoro, purché ciò non comporti un controllo indiscriminato sull'attività lavorativa dei dipendenti (anche mediante l'installazione di specifici software) e il trattamento dei dati avvenga in maniera

trasparente e in conformità ai principi di pertinenza e non eccedenza (cfr. “Linee Guida del Garante per posta elettronica e internet” del Garante della *privacy* del 10 marzo 2007).

Al proposito, il Garante della Privacy, nel corso dell’audizione parlamentare del 13 maggio 2020, ha fornito una interpretazione piuttosto restrittiva del citato comma 2, precisando che lo stesso, in caso di *smart working*, comunque non consente di fornire al lavoratore *“un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell’attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo”*.

In ogni caso, anche al fine di potersi avvalere ai fini disciplinari dei dati acquisiti per il tramite dei suddetti sistemi informatici, è necessario mettere al corrente il personale che i dispositivi in uso potrebbero essere sottoposti al controllo del datore di lavoro, fornendo in tal senso un’adeguata informativa.

Ebbene, in un contesto quale quello attuale, è presumibile ritenere che lo svolgimento dell’attività lavorativa in modalità agile, in passato scarsamente utilizzato, possa essere rivalutata dai datori di lavoro nella fase post-emergenziale, con conseguente incremento del ricorso al digitale.

Al fine di arginare ogni dubbio circa i poteri datoriali nell’ambito della prestazione resa in modalità agile, sarà utile prestare maggiore attenzione agli accordi che – presto o tardi – dovranno essere sottoscritti con i dipendenti, precisando le concrete modalità con cui verrà esercitato il potere direttivo e di controllo nonché il diritto del dipendente alla disconnessione dai mezzi tecnologici.

Il suddetto diritto, peraltro, secondo quanto chiarito dal Garante della Privacy nel corso della sopra indicata audizione parlamentare, va assicurato in modo ancor più netto di quanto già previsto, anche al fine di non rischiare *“di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale”*.

Ad esempio, potrebbe essere utile far attestare autonomamente al dipendente, anche con frequenza giornaliera, la concreta distribuzione dell’orario di lavoro nonché i luoghi in cui la prestazione sarà resa, in accordo con le esigenze della struttura e con le mansioni dallo stesso espletate.

Sul piano direttivo e disciplinare, invece, oltre a rinviare al codice disciplinare e alla contrattazione in uso, si potrebbero prevedere specifiche condotte aventi autonoma rilevanza, come nell’ipotesi di incuria nell’uso delle dotazioni tecnologiche tale da determinarne il guasto ovvero nell’ipotesi di irreperibilità del lavoratore nella giornata di

*Pag. 5*

lavoro agile o, ancora, nel caso di disconnessione volontaria non motivata da comprovate ragioni tecniche o personali di natura contingente.

Alla luce delle considerazioni che precedono, resta a disposizione delle strutture assistite una bozza di accordo individuale che potrebbe essere utilizzata per disciplinare le prestazioni rese in modalità agile.

COSTANTINO & partners