
Ripensare il lavoro agile

Valerio Berti

Partner Studio Legale MMBA - Maresca Morrico Boccia & Associati.
Dottore di Ricerca in diritto del lavoro

L'attuale fase emergenziale legata alla diffusione pandemica del Covid-19 sta mettendo a dura prova tutte le regole che hanno governato sino ad oggi il mondo del lavoro. L'organizzazione del lavoro come anche le regole che la disciplinano sono destinate a un ripensamento complessivo, che muove in primo luogo dalla rivoluzione, in parte auspicata ma non di certo attesa con tale repentinità, delle nozioni di luogo e tempo di lavoro.

Concetti che, quantomeno negli ultimi cinquanta anni, hanno rappresentato i cardini del diritto del lavoro e della gestione del personale e che oggi viceversa si ergono nella loro rivisitazione a motore del cambiamento.

La crisi di sistema connessa al Covid-19 non ha fatto altro che evidenziare drammaticamente lo squilibrio degli attuali modelli di organizzazione del lavoro, inducendo aziende e lavoratori a una complessiva rivalutazione dei loro rapporti e delle rispettive posizioni nel sinallagma contrattuale.

**Il lavoro agile in
periodo
emergenziale**

Il lavoro agile è infatti ben altra cosa rispetto a quanto vissuto in questa fase emergenziale. Il paradigma su cui esso si fonda non varia solo il luogo della prestazione ma muta la prestazione in sé, che transita tramite la fiducia reciproca tra le parti del contratto di lavoro e la misurazione effettiva delle prestazioni così, per l'appunto, sbiadendo i confini tra i noti canoni alla base dell'autonomia e della subordinazione.

Muovendo da tali premesse, è stata avvertita forte l'esigenza di indagare le evoluzioni del lavoro agile, predicendo le innovazioni che, lasciata alle spalle questa pandemia, le aziende potranno in essere per sfidare la fase di ripartenza già in atto.

Gli avvocati giuslavoristi chiamati ad assistere le aziende beneficiano di un punto di osservazione privilegiato, che consente di sondare i bisogni aziendali e osservare come questi siano tradotti in testi contrattuali.

Traendo beneficio da questo punto di osservazione, è stato constatato che molte aziende hanno avvertito, ancor prima dell'entrata in vigore della Legge 81/2017, la necessità di disciplinare il lavoro da remoto con accordi sindacali, che chiaramente non erano ancora all'epoca influenzati dalle previsioni legali ma erano piuttosto uno specchio senza filtri delle necessità aziendali e delle sensibilità del momento, guidate in modo evidente negli anni 2000 dalla cd. *green economy*.

La reazione dell'ordinamento giuridico per contrastare la diffusione del Coronavirus è stata imponente nelle dimensioni, nell'articolazione e nelle tecniche, ma certamente eterogenea. La complessità della reazione è stata in parte mitigata dalla scelta, tutt'altro che scontata, di semplificare quantomeno le regole di accesso al lavoro agile nella fase pandemica, sottraendone l'avvio al principio della volontarietà e delegando le aziende ad operare scelte unilaterali.

L'assenza di un filtro collettivo quantomeno nella prima fase emergenziale

ha permesso di non immobilizzare lo strumento del lavoro agile, così evitando di snaturare le finalità e i cardini dell'intero istituto. La repentinità della diffusione del Covid-19 in Italia ha indotto molte aziende a dotarsi di strumenti informatici per lo svolgimento da remoto della prestazione lavorativa, senza tuttavia che l'avvio di tale modalità remotizzata fosse accompagnato dalle interlocuzioni sindacali di rito.

L'accelerazione del virus ha fatto sì che i lavoratori fossero scaraventati nella modalità di lavoro a distanza senza alcuna indicazione in relazione ai tempi e alle modalità di svolgimento della prestazione, senza considerare il luogo, per forza di cose venuto a coincidere con l'abitazione o perlomeno con locali non accessibili a terzi. La sola modificazione del luogo di svolgimento della prestazione lavorativa è stata peraltro abbinata a ulteriori distorsioni, quali l'isolamento dell'intero nucleo familiare nel contesto abitativo e l'ipertrofia dei tempi di lavoro, dilatatisi a dismisura e senza controllo.

Dai rilievi che precedono non è immune neppure l'obbligo di informativa ex art. 4 L. 20 maggio 1970, n. 300, in tema di controlli a distanza, quasi mai realizzato nel periodo di crisi sebbene esso rappresenti un tassello fondamentale per le imprese per il monitoraggio della prestazione e per il raggiungimento dei risultati attesi.

Ma cosa resterà di tutto questo una volta che sarà superata la fase emergenziale?

Si tratta di una domanda la cui risposta appare tutt'altro che scontata, in quanto essa presuppone una valutazione sul grado di volontà che il Legislatore, le Parti Sociali e le aziende mostreranno nel voler ripensare concretamente le regole del lavoro di cui poc'anzi si è accennato.

Si cercherà quindi in questo breve scritto di affrontare la materia del lavoro agile incentrando l'intervento su alcuni temi ricorrenti negli accordi sindacali, per valutare come questi siano stati implementati e tralasciando per quanto possibile gli accordi intervenuti per dettare una disciplina di tipo meramente emergenziale.

Su tale direttrice, gli argomenti che saranno analizzati sono tre e ci si riferisce in particolare ai tempi di lavoro, al potere di controllo e disciplinare e ai destinatari del lavoro agile con particolare focus sulla tutela delle condizioni di fragilità.

La disciplina del lavoro agile ripropone infatti con assoluta attualità una discussione di carattere generale relativamente alla nozione di subordinazione e alla funzione che essa assolve di criterio selettivo per l'attribuzione e la differenziazione delle tutele tra le varie forme di lavoro subordinato, autonomo e collaborazione continuativa.

Le considerazioni devono muovere, quindi, dall'interazione della nozione di subordinazione con il lavoro agile, la cui modalità di esecuzione comporta che la prestazione sia resa dal dipendente senza vincoli di orario e di luogo di lavoro. In tal modo si realizza un vero e proprio capovolgimento del normale assetto del rapporto di lavoro quanto all'organizzazione del tempo (cioè alla sua collocazione, non alla quantità) e del luogo di lavoro, non più rimessa al potere datoriale e neppure all'accordo tra le parti, bensì alle scelte unilaterali del dipendente.

Prospettive per il futuro

Tempi e luoghi di lavoro

Partendo quindi dai tempi di lavoro, la tematica è certamente quella più ricorrente nell'ambito degli accordi di lavoro agile di recente sottoscrizione. Ciò, evidentemente, è dovuto da un lato alla necessità di armonizzare la prestazione svolta da remoto con quella in presenza, dall'altro all'opportunità spesso colta dalle aziende di stabilire delle modalità dettagliate di realizzazione della prestazione, scongiurando l'evenienza che i lavoratori collochino la prestazione a piacimento nella giornata, per non cadere nel rischio che i compiti assegnati siano realizzati in fasce notturne, festive o comunque diverse da quelle dei lavoratori in presenza.

Quanto appena detto ben può conciliarsi con aziende meno articolate, nelle quali ad esempio sia richiesto ai lavoratori esclusivamente di raggiungere un determinato risultato in un tempo dato.

La modalità per così dire flessibile non sembra invece adattarsi agevolmente ai contesti più complessi, come ad esempio quelli di aziende di grandi dimensioni, nei quali anche il coordinamento delle attività tra risorse assume un profilo essenziale.

Dalla diversità di obiettivi discende, anche a livello di contrattazione, che alcuni accordi abbiano inteso specificare nel dettaglio quali fossero le fasce orarie in cui è possibile realizzare la prestazione lavorativa da remoto, mentre altri abbiano ritenuto di voler lasciare ai singoli lavoratori la scelta di quando collocare la prestazione, senza voler in alcun modo limitare tale facoltà.

D'altronde, la cornice normativa dettata dalla Legge 81/2017 in tema di orario di lavoro non prevede vincoli precisi, fatta salva una generica esigenza che la prestazione rispetti i limiti di durata massima previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva su base giornaliera e settimanale.

Quindi, si potrebbe ritenere che è proprio dalla ampiezza di soluzioni possibili, riconosciuta in tema di tempi di lavoro, che discende la necessità avvertita da alcune aziende di definire in modo più dettagliato la materia.

Infatti in alcuni accordi sindacali antecedenti rispetto all'entrata in vigore della legge 81/2017, tale necessità non era stata neppure avvertita. Basti pensare che in un accordo sottoscritto nel 2015 da General Motors, non veniva data alcuna rilevanza alla tematica dell'orario di lavoro, ed anche la finalità dello *smartworking* era molto distante da quella identificata successivamente dal Legislatore nel 2017.

Nell'accordo richiamato si affermava infatti che lo *smartworking* è una "*forma di lavoro che, nell'ottica della mobilità sostenibile, contribuisce alla diminuzione dell'inquinamento atmosferico e delle emissioni di gas serra, dell'inquinamento acustico, della congestione stradale e dell'incidentalità*". È da notare infatti che nessuna di queste finalità viene oggi richiamata nella legge del 2017, che invece si riferisce al lavoro agile come una modalità di svolgimento della prestazione, che ha lo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Tornando quindi alla prima casistica, che come detto tende a imporre precisi vincoli in materia di tempi di lavoro, con un recente accordo di febbraio del 2021 un'azienda operante nel settore delle Telecomunicazioni ha ad esempio stabilito che "*fermi restando il rispetto e i limiti giornalieri e settimanali dell'orario di lavoro, la prestazione potrà essere svolta nella fascia oraria 8.00/19.00*". Sempre lo stesso accordo stabilisce poi che, ai

fini della disconnessione, saranno i responsabili a dover gestire le interruzioni lavorative dei dipendenti, inclusa la pausa pranzo.

Altro accordo, sempre nell'ambito delle telecomunicazioni, sottoscritto a febbraio del 2019, ha ritenuto di agganciare l'orario di lavoro dei lavoratori agili a quello dell'unità organizzativa di appartenenza, ferma restando la possibilità di effettuare la prestazione anche in orari diversamente distribuiti previa condivisione con il responsabile. Quest'ultima modalità è stata poi impiegata anche da un'altra azienda operante nel settore dell'ingegneria avanzata nell'ambito di un accordo sindacale sottoscritto nel finire dell'anno 2019.

In controtendenza rispetto a una rigida definizione dell'orario di lavoro si pongono alcuni accordi del 2020 sottoscritti in particolare nel settore farmaceutico, con cui ad esempio, al di là di un generico richiamo al rispetto del "*normale orario di lavoro e alla compatibilità con le esigenze individuali e aziendali*", viene permesso, d'accordo con il responsabile, di rafforzare l'elemento della flessibilità dell'orario, omettendo qualunque richiamo all'orario giornaliero e a fasce di orario in cui è possibile realizzare la prestazione.

Altra previsione che è possibile rinvenire negli accordi più recenti e che viceversa manca in quelli più datati è quella relativa ai rientri in azienda dei lavoratori in caso di necessità organizzative. Molti accordi, trasversalmente tra i settori, hanno infatti ritenuto di prevedere una clausola con cui, a fronte di necessità organizzativa ovvero di disservizi dei sistemi informatici, fosse possibile per le aziende richiedere la prestazione in presenza anziché da remoto, richiamando quindi i lavoratori in sede e stabilendo un tempo entro cui perfezionare il rientro.

Una peculiare previsione contenuta in un accordo di un'azienda operante nel settore TLC del 4 agosto 2020, stabilisce poi che in caso di eventi eccezionali (quali ad esempio eventi atmosferici ed emergenze sanitarie) l'Azienda può disporre - anche a livello territoriale - di ricorrere al lavoro agile giornaliero e settimanale derogando alle ordinarie modalità di svolgimento della prestazione, dandone tempestiva informativa alle rappresentanze e alle Organizzazioni Sindacali.

Potere disciplinare e di controllo

Passando poi ai poteri disciplinare e di controllo, sembra potersi concludere sul punto che sono stati esigui gli accordi sindacali ad affrontare nel dettaglio la tematica.

Sfogliando i testi contrattuali, risulta piuttosto che la tendenza delle aziende sia stata quella di non avvantaggiarsi della previsione contenuta nella l. 81/2017 (art. 21 comma 2), secondo cui "*L'accordo individuale individua le condotte, [...] che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*". Difatti, sebbene la previsione si riferisca agli accordi individuali di adesione al lavoro agile, nulla esclude che anche gli accordi sindacali possano identificare le condotte aventi rilevanza disciplinare. Ciò, tuttavia, come detto non è accaduto, e le aziende hanno invece preferito limitarsi ad affrontare la questione con un mero richiamo all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori in tema di controlli a distanza.

Una interessante previsione in materia di tipizzazione delle condotte di rilevanza disciplinare si rinviene in un accordo integrativo del 4 aprile 2017 che, con riferimento al potere disciplinare, chiarisce che "*durante il lavoro agile il dipendente sarà tenuto a rispettare le policy sulle dotazioni*

informatiche, a custodire con diligenza gli strumenti assegnati e a preservare la riservatezza dei dati trattati».

Una volta delineati gli obblighi incombenti sui lavoratori che svolgano la prestazione all'esterno delle sedi aziendali, nell'integrativo viene specificato che «*qualora il dipendente acceda alla giornata di lavoro agile senza rispettare le modalità previste dall'accordo, o non rientri in ufficio nei casi previsti, l'assenza sarà considerata ingiustificata con perdita automatica del trattamento economico, ferma restando la valutazione del comportamento*».

Controlli a distanza

Si tratta forse dell'unico caso in cui si è potuta constatare l'identificazione di una casistica che può dar luogo a risvolti disciplinari.

Tornando poi alla questione dei controlli a distanza, le tendenze riscontrate negli accordi sono essenzialmente due.

Da un lato, quella per cui le aziende hanno ritenuto come detto di attuare un mero richiamo alle norme applicabili e, in particolare, all'utilizzabilità dei dati acquisiti nel rispetto della previsione di cui all'art. 4 dello Statuto. Dall'altro lato, quella per cui le parti sociali hanno financo convenuto di non utilizzare strumenti di controllo nell'ambito della prestazione a distanza.

In relazione alla prima modalità, che personalmente si ritiene più coerente con la previsione contenuta nell'art. 4 comma 2 dello Statuto dei Lavoratori, è recentemente intervenuto un accordo sottoscritto nel mese di dicembre del 2020, secondo cui è consentito esercitare il potere di controllo sugli obiettivi assegnati al dipendente in lavoro agile, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 4 commi 2 e 3 dello Statuto, aggiungendo poi che l'accordo non produce in ogni caso gli effetti di cui al comma 1 dell'art. 4, così riconoscendo indirettamente che gli strumenti informatici concessi in dotazione ai dipendenti per rendere la prestazione da remoto non richiedono alcun accordo sindacale preventivo anche ai fini dell'utilizzazione dei dati acquisiti.

I destinatari

Da ultimo, si affronta il tema dei destinatari del lavoro agile e della tutela delle condizioni di fragilità.

Gli accordi visionati sono quasi integralmente orientati a riconoscere l'accesso al lavoro agile alla generalità dei lavoratori ovvero a gruppi omogenei, ferma restando una verifica sulla compatibilità delle attività assegnate con il lavoro da remoto. Spesso poi si rinviene negli accordi l'identificazione di un momento di responsabilizzazione dei capi delle funzioni, ai quali viene assegnato il compito di identificare le attività che siano effettivamente remotizzabili e la percentuale di attività che può essere svolta anche a distanza. Alcuni accordi hanno poi ritenuto di limitare l'accesso al lavoro agile a particolari categorie di lavoratori. Ad esempio un accordo sottoscritto a luglio del 2020, ha escluso dall'accesso allo *smartworking* i lavoratori in distacco, il personale in trasferta, il personale in periodo di prova e i tirocinanti.

Sempre in merito ai destinatari, si rileva come gli accordi sindacali sul lavoro agile siano stati spesso utilizzati anche come sede per sostenere alcune categorie di dipendenti caratterizzate da situazioni di complessità. Il tema della *diversity* e della tutela delle condizioni di fragilità è infatti ricorrente negli accordi più recenti, che seguendo gli indirizzi del legislatore hanno tentato di governare situazioni meritevoli di un sostegno

organizzativo.

Ciò ad esempio è quanto emerge dall'accordo nel settore TLC già richiamato di agosto 2020 che, quale ulteriore misura di sostegno per agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, concede lavoro agile in particolari situazioni di difficoltà, quali ad esempio la gravidanza, la maternità, la paternità, il rientro in servizio dopo una malattia di almeno 30 gg continuativi che necessita di trattamenti riabilitativi ovvero di lavoratori sottoposti a trattamenti chemio, immuno e radio-terapici e, da ultimo, nel caso in cui il lavoratore debba assistere il figlio affetto da Disturbo Specifico dell'Apprendimento.

La stessa esigenza di tutelare situazioni di fragilità è stata avvertita anche nel settore bancario, laddove con un accordo dell'11 giugno 2020, è stato implementato l'istituto della banca del tempo nel corso della quale la società, al superamento di 25.000 ore donate dai dipendenti, si impegna a incrementare in misura di una volta e mezza le donazioni del personale che eccedono tale limite e a raddoppiarle in caso di superamento delle 50.000 ore donate. Le ore donate dall'azienda e dai dipendenti sono poi concesse al personale che necessita di assistere i familiari ovvero a dipendenti genitori di figli in condizione di disabilità.

Sempre in forza del medesimo accordo sindacale, è inoltre previsto che nel caso di genitori separati o divorziati che siano affidatari dei figli in via esclusiva, nonché in caso di vedovanza o di famiglie monogenitoriali, la fruizione del lavoro agile può essere riconosciuta sino al massimo di 2 ulteriori giornate al mese rispetto a quanto previsto in via ordinaria dall'accordo.

Ecco, dallo studio degli ultimi testi contrattuali citati sembra potersi presumere con maggiore convincimento quale sarà il futuro del lavoro agile e quali le finalità che si perseguiranno con gli accordi sindacali che saranno sottoscritti nella fase di ripartenza.

La tutela delle categorie più fragili - ancor più colpite rispetto alle altre dalla diffusione del Covid-19 anche nel contesto lavorativo - sembra infatti poter rappresentare il fulcro dei futuri accordi sindacali in tema di disciplina dello *smartworking*.

Riorganizzare le protezioni del lavoro significa adeguare gli assetti attuali al principio costituzionale sancito dall'art. 35 Cost. che impegna il legislatore a tutelare il lavoro "in tutte le sue forme e applicazioni".

È per questo che, immaginando una nuova fase del lavoro agile, le aziende dovranno necessariamente dotarsi di strumenti in grado di sostenere questa rinascita culturale, affiancando a percorsi innovativi di valutazione delle performance la salvaguardia delle fasce più deboli, così sconfessando il rischio *burnout* che si cela nella remotizzazione del lavoro.

Parole chiave

- Lavoro agile
- Normativa Lavoro
- Relazioni Sindacali

