



FOCUS ON

**COVID-19 E SMART WORKING: IL
“LAVORO AGILE” IN ASSENZA
DI ACCORDO CON IL
LAVORATORE**

Soluzioni operative per gestire correttamente lo
smart working, in assenza di accordo con il
lavoratore

COVID-19 E SMART WORKING: IL “LAVORO AGILE” IN ASSENZA DI ACCORDO CON IL LAVORATORE

Il lavoro agile (o smart working), come noto, è una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, senza vincoli orari o spaziali, ma organizzato per fasi, cicli e obiettivi. Esso, in genere, richiede l'accordo tra dipendente e datore di lavoro (cfr. Legge n. 81/2017) e presuppone una certa flessibilità e autonomia, la volontarietà di entrambe le parti, nonché l'utilizzo di strumentazioni che consentano di lavorare da remoto (come ad esempio: pc portatili, tablet e smartphone).

Ai dipendenti, inoltre, è garantita la parità di trattamento rispetto ai colleghi che lavorano in sede ed hanno tutela in caso di infortuni e malattie professionali (cfr. circolare INAIL 48/17).

Oggi il Governo, nell'ambito delle misure adottate per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, è intervenuto sulle modalità di accesso allo smart working, prevedendo, ai fini di tutelare la salute nazionale (cfr DPCM del 1 e dell'11 marzo 2020 e d.l. 18/2020) che:

- venga attuato il massimo utilizzo, da parte delle imprese, delle modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o a distanza;
- sino alla data del 30 aprile 2020, i lavoratori dipendenti disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità, hanno diritto di svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, a condizione che essa sia compatibile con le caratteristiche della prestazione;
- che lo smart working possa essere applicato, per la durata dello stato di emergenza, ad ogni rapporto di lavoro subordinato e anche in assenza degli accordi individuali previsti dalla legge;
- che gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81 (secondo cui “il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro”) siano assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto Nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro.

Tutti noi stiamo sperimentando questa modalità lavorativa che, pur essendo già prevista dalla legge, è ora quella più diffusa, e che è probabile venga utilizzata anche nei prossimi mesi, nella fase di progressiva riapertura delle attività.

Quali sono le problematiche più interessanti che riguardano lo smart working?

Vi riportiamo un breve focus sulle discussioni che l'attivazione massiccia del lavoro agile ha sollevato.

1. Ne ho diritto? Posso pretendere lo smart working?

Questa è una delle prime tematiche che è stata posta a seguito dell'emanazione dei decreti governativi che hanno invitato tutte le aziende a prediligere l'utilizzo del lavoro agile, ove possibile.

Se il datore di lavoro deve quindi utilizzare tale forma e, nel farlo, ha la possibilità di bilanciare due interessi, da un lato la possibilità di tenere aperta l'attività e, dall'altro, permettere al dipendente di espletare le proprie mansioni, il dipendente non può, tuttavia, pretendere di lavorare “da casa” ad ogni costo.

Potrebbe essere impossibile, ad esempio, garantire tale modalità, o perché l'attività non lo consente (e questo è più intuitivo, pensiamo a chi lavora in catena di produzione) o perché il datore di lavoro non può dotare il dipendente dei necessari strumenti (ad es., un pc).

In tal caso, qualora un lavoratore rimanga a casa, ma lo smart working non sia stato autorizzato, l'assenza è senz'altro ingiustificata, e può dar luogo a contestazioni disciplinari ed eventuali provvedimenti, anche non conservativi.

Nel caso in cui il lavoro agile non sia fattibile, il datore di lavoro può però far fronte alle difficoltà del periodo facendo ricorso ad altri strumenti, quali le ferie, i permessi, o gli ammortizzatori sociali (come disciplinati agli artt. 19 ss del decreto "cura italia").

2. Che differenza c'è con il telelavoro?

Smart working e telelavoro non sono la stessa cosa: le differenze, principalmente, riguardano la sede di lavoro e l'orario lavorativo.

Il lavoro agile, in particolare, presuppone una modalità lavorativa in cui c'è un'assenza di vincoli a livello di orario e di spazio, e ogni dipendente si organizza la giornata e la settimana lavorativa, per raggiungere un certo obiettivo nelle tempistiche previste (in genere stabilite all'interno dell'accordo concluso tra le parti). Esso, quindi, è volto a migliorare la produttività del lavoratore grazie alla conciliazione dei tempi di vita e lavoro.

La flessibilità organizzativa è fondamentale, come lo è l'utilizzo di mezzi adatti a svolgere parte del lavoro anche in altri luoghi diversi dalla sede ordinaria.

Permangono, come nel lavoro che possiamo definire "ordinario", la responsabilità del datore di lavoro sulla sicurezza del lavoratore e il potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa.

Il telelavoro è, invece, basato su un concetto totalmente diverso: il dipendente ha infatti una postazione fissa, situata in un luogo diverso da quello dell'azienda, gli orari sono rigidi e prestabiliti e, di norma, ricalcano quelli previsti per il personale che svolge le stesse mansioni all'interno dell'azienda.

Anche in questo caso è necessario un accordo scritto tra le parti, lavoratore e datore di lavoro.

Evidenziamo che entrambe le forme sono, chiaramente, utili per fronteggiare l'emergenza in questo periodo particolare: i provvedimenti governativi che sono intervenuti sul punto, però, sembrano essere più orientati verso la forma di lavoro che consente maggiore flessibilità (e quindi verso lo smart working), non solo nel settore privato ma anche nella P.A., quantomeno sino alla fine del mese di luglio 2020.

3. A proposito di P.A., anche qui è favorito lo smart working?

Assolutamente sì.

Con riguardo a tale ambito, il Governo ha emanato un decreto legge (n.6 del 23 febbraio 2020) che incentiva e agevola l'accesso allo Smart Working.

Successivamente, la Direttiva n. 2 del 2020 ha stabilito che "In considerazione delle misure in materia di lavoro agile previste dai provvedimenti adottati in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, le pubbliche amministrazioni, anche al fine di contemperare l'interesse alla salute pubblica con quello alla continuità

dell'azione amministrativa, nell'esercizio dei poteri datoriali assicurano il ricorso al lavoro agile come modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 1, lettera e) del DPCM 8 marzo 2020.”.

Il lavoro agile, pertanto, è la regola, mentre per le attività che non possono essere oggetto di smart working, le P.A adottano strumenti alternativi, come: la rotazione del personale, la fruizione degli istituti di congedo, della banca ore o istituti analoghi, nonché delle ferie pregresse.

4. Quale informativa devo comunicare ai dipendenti, con riferimento agli obblighi di salute e sicurezza sul lavoro?

Qualora il datore di lavoro opti per l'utilizzo del lavoro agile, sebbene non debba sottoscrivere alcun accordo con il dipendente, deve però rispettare certi step per l'attivazione di tale modalità lavorativa.

Anzitutto, occorre comunicare al lavoratore l'attivazione dello smart working, con opportuno riferimento ai DPCM emanati in tema Covid (dpcm 1.3.2020 ss). La comunicazione verrà fatta, molto probabilmente, in via telematica.

Successivamente, occorre (come previsto all'art. 22 l. 81/17) comunicare al dipendente interessato, sempre in via telematica, una apposita informativa sulla sicurezza sul lavoro. Sul punto l'INAIL ha pubblicato sul proprio sito internet un fac-simile di informativa da utilizzare, che può essere molto utile: qui di seguito il link <https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/avvisi-e-scadenze/avviso-coronavirus-1-marzo-2020.html>.

Il datore di lavoro, poi, valuterà come far svolgere la prestazione al dipendente, dotandolo ad es. della strumentazione necessaria (pc, tablet, smartphone).

Infine, attraverso il sito cliclavoro.gov.it, il datore potrà procedere con la comunicazione al Ministero dell'attivazione di tale tipologia contrattuale.

5. Sanzioni disciplinari e “smart working”... Come ci si può regolare?

E' noto che, dal lato disciplinare, il dipendente si attiene ai propri doveri di diligenza e correttezza nell'esecuzione della prestazione lavorativa, all'obbligo di fedeltà nei confronti del datore di lavoro, e in caso tenga un comportamento in violazione dei propri obblighi, può essere destinatario di una contestazione disciplinare ed eventualmente di un conseguente provvedimento, sulla base delle previsioni contenute nel ccnl applicato al rapporto.

Con riguardo al lavoro agile, l'art. 21, comma 2, l. n. 81 del 2017 prevede espressamente che *“L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina 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, e successive modificazioni. L'accordo di cui al comma 1 individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”*.

La previsione scritta, ad esempio, è utile per rendere conoscibili le regole per l'uso degli strumenti informatici, che saranno sottoscritte dal lavoratore in sede contrattuale. E' altresì valida per superare le problematiche connesse alla mancata affissione del codice disciplinare.

Nel periodo attuale, l'accordo a sensi art. 21 comma 2 l. 81/17 (che evidentemente va ad integrare, non a derogare, quanto già stabilito sul punto dal contratto collettivo) non viene siglato. Nondimeno, il lavoro a distanza consente comunque al

datore di lavoro di esercitare il proprio potere disciplinare in base all'articolo 2106 del Codice civile e al ccnl applicato: il lavoratore, pertanto, dovrà senz'altro utilizzare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione, a sensi art. 2104 c.c.

Sarà interessante verificare gli eventuali risvolti pratici di queste problematiche.

Da ultimo, ci si può chiedere: può il datore di lavoro "controllare" il dipendente nello svolgimento dell'attività lavorativa?

La regola generale, a sensi art. 4 Stat Lav, è la seguente: qualora vi siano strumenti che permettono un controllo a distanza del lavoratore, il datore deve avere l'autorizzazione da parte dell'Ispettorato del lavoro o deve aver siglato un accordo sindacale per poterli installare. Ciò non è necessario, però, per gli strumenti che servono per l'espletamento dell'attività lavorativa, come i pc: per essi non serve né autorizzazione né accordo sindacale, e potranno essere consegnati al dipendente liberamente.

Tuttavia, il Jobs Act (D.lgs. n. 151/2015, articolo 23), ha espressamente previsto che: *"i dati e le informazioni ottenuti tramite gli strumenti di controllo a distanza sono utilizzabili ai fini del rapporto di lavoro solo a condizione che sia stata data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli"*.

Pertanto, se il lavoratore non è stato informato adeguatamente sull'uso dei dispositivi di controllo e sulle modalità di effettuazione dei controlli, i dati raccolti non potranno essere usati dal datore di lavoro per alcuna finalità, neanche sanzionatoria.

Avv. PhD Giorgia Barberis