

Smart-working: c'eravamo tanto amati?



di Giannicola Paladino

Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Napoli Nord

It

Il presente contributo si pone l'obiettivo di analizzare sinteticamente le recenti modifiche normative in materia di lavoro agile, il quale, strumento primario di contrasto all'emergenza pandemica del virus Covid-19, è stato fortemente ridimensionato dagli ultimi interventi legislativi e relegato, per lo più, alla singola contrattazione aziendale. Allo stesso tempo, l'autore si sofferma su di una peculiare pronuncia in materia al fine di delinearne una panoramica completa.

 **diritto del lavoro-smart-working-lavoro agile-previdenza**

Eng

This paper aims to provide a brief analysis of recent regulatory changes concerning smart-working. Remote work, which was a primary tool in combating the Covid-19 pandemic, has been significantly downsized by recent legislative interventions and is now mainly relegated to individual company negotiations. At the same time, the author focuses on a particular legal decision in this matter in order to provide a comprehensive overview.

 **labour law-smart-working-social security**

Sommario

1- La dimensione dello smart-working nei recenti interventi normativi; 2- Smart-working e foro di competenza del giudice del lavoro; 3- Considerazioni conclusive.

1. La dimensione dello smart-working nei recenti interventi normativi

L'art. 1, comma 306, Legge 29 dicembre 2022, n. 197 (Legge di Bilancio 2023), come modificata dalla legge di conversione -c.d. Decreto Milleproroghe (Legge 24 febbraio 2023, n. 14, art. 9, comma 4 *ter*)- ha disposto, fino al 30 giugno 2023, per i lavoratori fragili rientranti nelle categorie individuate dal decreto del Ministro della salute di cui all'articolo 17, comma 2, del decreto-legge 24 dicembre 2021, n. 221, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2022, n. 11, dipendenti pubblici e privati, lo svolgimento della prestazione lavorativa in *smart-working* anche ricorrendo all'adibizione a diversa mansione compresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi di lavoro vigenti, senza alcuna modifica della retribuzione in godimento. Resta ferma, in ogni caso, se più favorevole, l'applicazione delle disposizioni dei relativi contratti collettivi nazionali di lavoro.

In virtù della suddetta legge di conversione del Decreto Milleproroghe (art. 9, comma 5 *ter* della legge n. 14/2023), la quale ha previsto che le misure di cui all'art. 90, commi 1 e 2, del D.L. n. 34/2022, convertito con modificazioni in Legge n. 77/2022, si applicano con riferimento a periodi collocati fra il 28 febbraio e il 30 giugno 2023, anche i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di 14 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza degli accordi individuali e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

Del pari, l'opzione per lo *smart-working* è stata confermata per i lavoratori dipendenti maggiormente esposti al rischio di contagio dal virus Covid-19, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbidità che possano caratterizzare una situazione di maggiore rischio, accertata dal medico competente. Anche in tal guisa l'accesso al lavoro a distanza è subordinato alla verifica sulla compatibilità della mansione svolta.

Al di fuori delle ipotesi menzionate, la prestazione lavorativa può essere espletata in modalità di lavoro agile mediante accordo individuale stipulato tra il singolo datore e il singolo lavoratore.

Successivamente, il 29 giugno 2023, la Camera dei deputati ha approvato la Legge n. 85 del 2023 di conversione del Decreto Lavoro (D.L. 4 maggio 2023 numero 48) in cui sono state inserite delle disposizioni in materia di lavoro agile.

In sede di conversione, infatti, è stato ulteriormente esteso il diritto allo *smart-working* per i lavoratori fragili, i genitori di figli *under 14* nonché i soggetti maggiormente esposti al rischio di contagio da Covid-19.

L'articolo 42, comma 3 *bis*, del c.d. Decreto Lavoro estende sino al 31 dicembre 2023 la normativa sul diritto allo svolgimento della prestazione in modalità agile, a patto che la stessa sia compatibile con le caratteristiche della mansione, a beneficio dei lavoratori del settore privato genitori di almeno un figlio minore di anni 14. Il diritto in questione spetta ricorrendo la condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito, in caso di sospensione o cessazione dell'attività, oppure non lavoratore.

Allo stesso modo, il suddetto articolo estende sino al 31 dicembre 2023 il diritto allo *smart-working* per i lavoratori dipendenti maggiormente esposti al rischio di contagio dal virus Covid-19.

Con riferimento, invece, ai lavoratori fragili, l'articolo 28 *bis* del Decreto Lavoro, inserito in sede di conversione in legge, proroga al 30 settembre 2023 il termine per il diritto allo *smart-working* in favore dei lavoratori fragili.

A quanto precede consegue che il ritorno allo svolgimento del lavoro agile secondo la modalità concordata tra datore e lavoratore è stato procrastinato dal legislatore al 1° ottobre 2023 per i lavoratori fragili e al 1° gennaio 2024 per genitori di minori che non hanno compiuto anni 14 e i lavoratori maggiormente esposti al rischio di contagio da Covid-19, ricorrendo le condizioni normativamente previste.

In ogni caso, alla scadenza del termine fissato dalle disposizioni derogatorie in materia di lavoro agile resteranno ferme le categorie prioritarie definite dalla normativa generale in materia (articolo 18, comma 3 *bis*, Legge 22 maggio 2017 numero 81). Per tali si intendono i dipendenti pubblici e privati ai quali i datori di lavoro dovranno concedere, con priorità rispetto ad altri colleghi, il lavoro a distanza. In particolare, si fa riferimento ai lavoratori con figli in condizioni di disabilità (senza alcun limite di età); con figli fino ai 12 anni di età; affetti da handicap grave; qualificabili come *caregivers*.

Tuttavia, anche per tali categorie prioritarie lo svolgimento della prestazione in *smart-working* sarà subordinato alla stipula di un accordo individuale tra datore e lavoratore.

Nell'ottica di regolamentare la materia in maniera organica, il legislatore si è occupato anche di disciplinare le modalità di comunicazione degli accordi di lavoro agile stipulati.

In base all'art. 23, comma 1 della Legge 22 maggio 2017, n. 81 (come modificato dall'art. 41 *bis* del D.L. 21 giugno 2022, n. 73, c.d. Decreto Semplificazioni, convertito con modificazioni in Legge 4 agosto 2022, n. 122), dal 1° settembre 2022 il datore di lavoro è tenuto a comunicare in via telematica al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali i nominativi dei lavoratori nonché la data di inizio e di cessazione delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo le modalità individuate con il Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 149 del 22 agosto 2022.

La comunicazione telematica deve avvenire per il tramite dell'applicativo disponibile, tramite autenticazione SPID e CIE, sul portale Servizi LavoroApri in una nuova scheda, oppure, in alternativa, mediante i servizi telematici API REST di invio delle comunicazioni.

A decorrere dal 15 dicembre 2022, poi, è disponibile una modalità alternativa per l'invio di massa delle comunicazioni di lavoro agile mediante l'applicativo informatico, inviando un file Excel.

Pertanto, in ossequio alla nuova disciplina non è più necessario allegare l'accordo individuale di *smart-working* sottoscritto tra datore di lavoro e lavoratore. Quest'ultimo, però, deve essere comunque conservato dal datore di lavoro ai fini della prova e della regolarità amministrativa per cinque anni dalla sua sottoscrizione.

I datori di lavoro privati sono tenuti ad inviare la comunicazione di *smart-working*, che sia di inizio periodo della prestazione in modalità agile o di proroga, entro cinque giorni successivi, rispettivamente, dall'inizio della prestazione in modalità agile o dall'ultimo giorno comunicato prima dell'estensione del periodo. I datori di lavoro pubblici e le agenzie di somministrazione, invece, devono inviare tali comunicazioni entro il giorno 20 del mese successivo all'inizio della prestazione in modalità agile o, nel caso di proroga, dell'ultimo giorno del periodo comunicato prima dell'estensione del periodo.

In caso di mancata comunicazione, secondo le modalità previste dal decreto ministeriale, si applica la sanzione di cui all'art. 19, comma terzo, del Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276, il quale è espressamente richiamato dall'art. 23, comma primo, L. n. 81/2017.

2. Smart-working e foro di competenza del giudice del lavoro

La diffusione dello *smart-working* nel nostro ordinamento ha comportato, inevitabilmente, l'insorgenza di problematiche inerenti a tale modalità di espletamento della prestazione lavorativa. A fronte di plurime questioni irrisolte, tuttavia, le pronunce giurisprudenziali sono state esigue.

Ciononostante, di recente la Corte di cassazione ha affrontato la questione della qualificazione dell'abitazione del lavoratore che opera in *smart-working* in termini di dipendenza aziendale in relazione all'individuazione del foro competente nelle controversie di lavoro.

La Suprema Corte, investita della questione a seguito della proposizione di un regolamento di competenza in giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con l'ordinanza del 5.7.2023 n. 19023 ha dapprima menzionato la disciplina dell'art. 413 c.p.c. affermando che: *"secondo l'art. 413 c.p.c., il giudice del lavoro è competente per territorio alternativamente nel luogo in cui è sorto il rapporto, in quello dove si trova l'azienda ovvero, infine, in quello ove si trova la dipendenza aziendale alla quale il lavoratore è addetto.*

4. *In particolare, per dipendenza aziendale va inteso il luogo in cui il datore ha dislocato un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa (Cass. n. 14449/2019; Cass. n. 4767/2017).*

5. *Sebbene l'orientamento di questa Corte si sia sempre più indirizzato nella direzione dell'ampliamento del concetto di "dipendenza aziendale" per cui esso non coincide con quello di unità produttiva contenuto in altre norme di legge, ma deve essere inteso in senso lato, in armonia con la mens legis, al fine di garantire che il foro speciale del lavoro sia il più possibile prossimo alla prestazione lavorativa (Cass. n. 23110/2010; Cass. n. 3154/2018; Cass. n. 23053/2020; Cass. n. 1285/2022), tuttavia occorre pur sempre la sussistenza di un collegamento oggettivo o soggettivo del luogo ove il lavoratore presta la sua opera con la organizzazione aziendale.*

6. *Tale collegamento, sotto un profilo oggettivo, è stato ritenuto, per esempio, nel caso di utilizzo, da parte del datore di lavoro, di un'area di terzi (Cass. n. 3154/2018; Cass. n. 23053/2020) adibita a rimessa di autoveicoli da cui aveva poi inizio l'attività lavorativa dei dipendenti, ovvero, sotto l'aspetto soggettivo, nel caso di inviato speciale fuori sede di un giornale, ove appunto la peculiarità della prestazione lavorativa e il riferimento dell'abitazione nei rapporti con l'azienda inducevano a ritenere il domicilio del giornalista quale articolazione della organizzazione aziendale (Cass. n. 12907/2022)".*

Richiamati i principi generali, i giudici di legittimità hanno ritenuto che nel caso specifico difettesse un criterio di collegamento oggettivo tra il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa e l'organizzazione aziendale. Ad avviso della Corte di cassazione, secondo quanto dedotto dallo stesso lavoratore, la prestazione poteva peraltro essere espletata in modo fungibile presso differenti abitazioni mancando, altresì, l'allegazione *"di alcun altro elemento (o collegamento oggettivo o soggettivo, come sopra evidenziato) che caratterizzasse in qualche modo la abitazione quale dipendenza aziendale, nel senso delineato"*.

Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte ha escluso la possibilità di applicare il criterio della dipendenza aziendale residuando esclusivamente gli altri due criteri di individuazione del foro competente.

Sebbene, dunque, la decisione della Cassazione non abbia escluso *tout court* la possibilità di utilizzo del criterio della dipendenza aziendale in caso di lavoro agile, sembra davvero difficile individuare dei margini di applicazione. Invero, nella quasi totalità dei casi la prestazione in *smart-working* viene svolta presso un'abitazione in cui si trova il lavoratore, che può essere quella di residenza oppure in cui il dipendente si trova occasionalmente. Sono davvero rare, infatti, le ipotesi di prestazione lavorativa in spazi di *co-working*.

Seguendo il citato ragionamento della Suprema Corte, la quale richiede uno sforzo di

allegazione in capo al lavoratore in grado di individuare un criterio di collegamento oggettivo tra l'abitazione e l'organizzazione aziendale, l'unico spazio residuo di applicazione del criterio della dipendenza aziendale potrebbe, quindi, individuarsi esclusivamente allorquando il ricorrente allegghi di aver svolto sempre la prestazione presso un unico luogo e che questo era stato comunicato al datore ed eventualmente inserito nell'accordo individuale stipulato con quest'ultimo.

Diversamente ragionando si addiverrebbe alla conclusione di poter qualificare in termini di dipendenza aziendale qualsiasi luogo dove anche occasionalmente il lavoratore si trovi a prestare l'attività, in contrasto con lo spirito della norma così come interpretata dalla giurisprudenza.

L'analisi dell'ordinanza della Corte di cassazione evidenzia, inoltre, ulteriori problematiche che lo svolgimento del lavoro agile può comportare. In particolare, in tema di controllo da parte del datore di lavoro della prestazione e, soprattutto, della sicurezza che il datore dovrebbe garantire al lavoratore impiegato anche qualora egli operi in regime di *smart-working*, con specifico riferimento alle ipotesi di infortunio sul lavoro.

Tali tematiche, tuttavia, non sono state ancora oggetto di pronunce giurisprudenziali.

3. Considerazioni conclusive

Con le recenti modifiche normative il legislatore ha praticamente smantellato l'impianto legislativo costruito durante l'emergenza epidemiologica ed ha in sostanza determinato un ritorno al passato. A decorrere dal 1° gennaio 2024, infatti, lo *smart-working* potrà essere concesso solo in applicazione di accordi individuali tra datore e lavoratore, venendo meno il diritto di opzione per tutte le categorie di lavoratori normativamente previste. Resta ferma solo l'individuazione di categorie prioritarie di dipendenti nel caso di accordo di lavoro agile tra datore e lavoratori. Di conseguenza, il legislatore ha inteso demandare agli accordi individuali o comunque della singola azienda la regolamentazione dello *smart-working*. È ragionevole pensare che la maggior parte dei datori opererà per individuare un sistema misto, che consenta lo svolgimento della prestazione lavorativa in *smart-working* almeno per alcuni giorni alla settimana. Tale previsione, tuttavia, comporta alcune perplessità in quanto il datore, parte ontologicamente forte del rapporto, potrebbe far prevalere le proprie volontà nella contrattazione con il singolo dipendente o i singoli lavoratori. Sarebbe stato, forse, maggiormente garantista per la posizione dei lavoratori introdurre modalità di intervento o di consultazione dei sindacati oppure rendere protagonista questi ultimi della contrattazione.

Con gli ultimi correttivi normativi, dunque, il legislatore ha allineato la disciplina del lavoro privato a quello pubblico dove il principio generale al quale devono attenersi i dirigenti degli uffici, è quello della prevalenza, per ciascun lavoratore, dell'esecuzione della prestazione in presenza.

In conclusione, il quadro normativo resta definito con un sistema "misto" tra lavoro in presenza e lavoro agile destinato a consolidarsi, salvo ulteriori proroghe che il legislatore potrebbe consentire.

Note

1. Per un approfondimento sull'istituto dello smart-working e la sua evoluzione in relazione all'epidemia da Covid-19 si veda G. Paladino "Lo smart-working: necessità e virtù", in "Diritto e COVID-19", a cura di G. Chiesi e M. Santise, Torino, 2020; G. Paladino "Smart-working...io vorrei...non vorrei...ma se vuoi..." in www.dirittocovid.it.
2. Consultabile in www.gazzettaufficiale.it.
3. La normativa in parola individua le condizioni e le patologie croniche, caratterizzate da scarso compenso clinico e da particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali è certificata dal medico di medicina generale del lavoratore la situazione di fragilità ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di smart-working.
4. Consultabile in www.gazzettaufficiale.it.
5. Tale norma quantifica, altresì, l'impatto che la proroga dello smart-working per i lavoratori fragili ha sulle casse pubbliche, il quale è stimato dal dossier di Camera e Senato in euro 541.839,00 ed attiene alle sostituzioni del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche.
6. La Legge 22 maggio 2017, n. 81 (articoli 18-24), come da ultimo modificata dalla Legge 4 agosto 2022, n. 122 (che ha convertito con modificazioni il D.L. 21 giugno 2022, n. 73, c.d. Decreto Semplificazioni), stabilisce che il lavoro agile è una 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.
7. Il termine di questo adempimento decorre dal 1° settembre 2022 soltanto per i nuovi accordi di lavoro agile o qualora si intenda procedere a modifiche o proroghe di precedenti accordi. Restano valide le comunicazioni già eseguite secondo le modalità della disciplina previgente (art. 1, comma terzo, D.M. n. 149 del 22 agosto 2022).
8. Tale disposizione stabilisce che: "3. La violazione degli obblighi di cui all'articolo 4-bis, commi 5 e 7, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, così' come modificato dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, di cui all'articolo 9-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, così' come sostituito dall'articolo 6, comma 3, del citato decreto legislativo n. 297 del 2002, e di cui all'articolo 21, comma 1, della legge 24 aprile 1949, n. 264, così' come sostituito dall'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo n. 297 del 2002, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato".

