



Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 421/2020

© Lorenzo Zoppoli 2020
Università di Napoli Federico II
zoppoli55@gmail.com

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?^a

Lorenzo Zoppoli
Università di Napoli Federico II

| | |
|--|----|
| 1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e..... | 2 |
| 2. ... nella realtà..... | 8 |
| 3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni? | 13 |
| 4. Il sistema delle fonti (dalla l. del 1998 n. 191 all'art. 263 del dl 34/20). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale..... | 16 |
| 5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza..... | 21 |
| 6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti..... | 24 |

^a Il saggio, con aggiornamenti e riferimenti bibliografici, riprende un intervento al seminario *Quale smartworking per il lavoro pubblico?*, organizzato dalla Cgil il 27 maggio 2020. È destinato agli *Studi in onore di Alessandro Garilli*.

1. Il c.d. smart working prima, durante e dopo la pandemia: nella regolazione e...

L'istituto che siamo abituati a chiamare "smartworking" (in seguito sw) – ma, stando ai testi delle nostre leggi, "lavoro agile" – è uno degli istituti giuslavoristici più colpiti dalla recente pandemia. D'altronde qualcuno, per descrivere sinteticamente questa nuova forma di patologia globale, ha addirittura coniato il neologismo "digi-demia"¹, cioè una pandemia dilagata tanto nella realtà fisica quanto in quella digitale. E il lavoro agile è stato introdotto come "una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato...con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento di attività lavorativa" (art. 18.1 della l. 81/17): dove il termine generico di "strumenti tecnologici" va più restrittivamente inteso come "strumenti telematici" o appunto "digitali". Infatti questo lavoro è agile, sempre *per tabulas*, perché dovrebbe svolgersi con modalità e strumenti che consentano di renderlo "senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro", affrancando almeno in parte il lavoratore dai condizionamenti della "fisicità" dell'organizzazione.

I connotati dello sw introdotto da circa tre anni nel nostro diritto del lavoro hanno però subito notevoli alterazioni a seguito del Covid-19 anzitutto sul piano meramente regolativo. Da poche norme poco utilizzate, comuni a pubblico e privato, e in attesa di un assestamento esegetico-sistematico (artt. 18-23 della l. 81/17), a un'esplosione di norme e fonti che si intersecano e si moltiplicano, differenziandosi sensibilmente tra pubblico e privato.

Nel pubblico, oltre a quelle originarie (oltre alla l. 81/17, la l. 124/15 e la direttiva della Funzione pubblica 3/17), nel 2020 abbiamo: i dpcm del 23.2, del 25.2, dell' 1.3; la direttiva della Funzione pubblica n. 1/20 del 25.2; l' art. 18, dl 2.3.2020 n. 9, non convertito ma con effetti fatti salvi da l. 27 del 24.4; il dpcm 9.3.2020 (ma anche il dpcm 8.3.2020, art. 1, c. 1 lett. e); la Direttiva della Funzione Pubblica 2/2020 del 12.3.2020²; il dl 18/20 del 17 marzo (c.d. "Cura Italia", conv. con l. 27 del 24.4.), art. 87; i protocolli Governo-parti sociali 3 e 8 aprile 2020; gli artt. 90 c. 4 e 263 del dl n. 34 del 19.5.2020 (c.d. "Rilancio").

In totale in poco più di due mesi la disciplina dello sw si è arricchita di: tre decreti legge (di cui, per ora, uno solo convertito), una decina di dpcm, tre direttive di Funzione pubblica, un paio di protocolli. E non contiamo circolari e altri atti minori. Viene fuori inoltre una prima giurisprudenza

¹ A. Giddens intervista a *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

² All'epoca ancora sussistevano dubbi sull'erogazione di tutte le attività o solo di alcune: v. Alessi-Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi, Carabelli, D'Onghia, L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 133 ss.

(due 700 cpc), prima inesistente. Dinanzi a questo pandemonio normativo il giurista, d'istinto, si aspetta un orizzonte poco sereno.

Tre funzioni dello sw sono emerse esplicitamente nella legislazione 2017/2020:

- a) conciliazione lavoro/vita privata (*work-life balance*);
- b) competitività/produktività;
- c) protezione della salute pubblica.

In alcune letture se ne profila una quarta, ma più nei fatti che nelle norme: lo sw come nuovo ammortizzatore sociale.

Partiamo da un'analisi del quadro normativo, mettendo in rilievo le fonti primarie che più hanno inciso nell'emergenza.

Nel lavoro pubblico con il dl 9/20 (art. 18.5; norma non convertita, ma ribadita dall' art. 87 u.c. del dl 18/20 e ulteriormente validata, *quoad ad effectum*, con l. 27/20, di conversione del dl 18) cadono le parole "per la sperimentazione" che accompagnavano l'introduzione dello sw nella l. 124/15 (art. 14.1).

L'art. 87 del dl 17.3.20 n. 18 – riprendendo la normativa subprimaria che l'ha preceduto - interviene poi a modificare in profondità l'identità giuridica dello sw configurato dalla l. 81/17, soprattutto con l'eliminazione dell'accordo individuale necessario³.

L'art. 263 del d.l. 34/20 sembra rivedere il sistema delle fonti su tutto quanto attiene a orario e luogo della prestazione in vista della c.d. fase 2 (*restart*).

L'impressione più diffusa è che nella stagione della pandemia il lavoro agile si sia affermato come dispositivo di protezione individuale atipico per la sicurezza sui luoghi di lavoro⁴ o, come pure si è detto, di ordine pubblico sanitario⁵. Anche l'INAIL lo ha considerato una misura di sicurezza necessaria. Aleggja perciò la prima domanda: permane tale funzione di strumento per la sicurezza sul lavoro anche post-covid?

Comunque durante l'emergenza sanitaria (forse in materia prorogata al 31.12.2020: v. art. 90 dl 34/20) lo sw – chiamato testualmente "lavoro agile", e identificato con riferimento preciso alla l. 81/17 (v. art. 87, commi 1 e 2, dl 18/20) - è diventato:

³ Per un'interpretazione contraria v. I. Senatori, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustizia Civile.com*, numero speciale 1/2020 su *Emergenza Covid-19. Contra* v. L. Zoppoli-P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, n. 2; Alessi-Vallauri, op.cit., p. 137.

⁴ Alessi-Vallauri, cit..

⁵ Caruso, *Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020 (in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2020).

a) utilizzabile unilateralmente dal datore di lavoro sia pubblico sia privato (ricodotto perciò generalmente allo *ius variandi* latamente inteso);

b) addirittura tendenzialmente obbligatorio nel lavoro pubblico: è evitabile infatti solo "qualora non sia possibile" (art. 87.3 dl 18/20). Lo sw è previsto come "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione", salvo attività indifferibili e che richiedano la presenza nei luoghi di lavoro (art. 87.1, lett a, del dl 18/20 attenuato dal dl 34), che potremmo definire "non remotizzabili". In questa nuova configurazione prende corpo una questione inedita: se la prestazione è in astratto "remotizzabile", ma non è relativa ad attività indifferibili e/o che richiedano la presenza in servizio e non è a rischio salute, il lavoratore ha diritto al lavoro agile (magari dopo aver esperito tutti gli altri istituti previsti dall' art. 87.3, dl 18/20)? Su questo si tornerà tra poco.

c) Infine lo sw in periodo pandemico, visto il *lockdown* durato alcuni mesi, normalmente deve essere svolto presso il domicilio del lavoratore, diventando *homeworking* o telelavoro a domicilio.

Cadono così vari assiomi non solo e non tanto giuridici, piuttosto radicati nelle teorie organizzativistiche, come ad esempio quello secondo cui lo sw vero non si pretende e non si concede, si concorda⁶. Lo sw "normale" configura una prestazione agile, intelligente, flessibile, variabile quanto a collocazione spazio-temporale rispetto all'organizzazione fisica del datore di lavoro (e, sia detto per inciso, non necessariamente caratterizzato dalla remotizzazione). SMART nella bibbia gestionale è un acronimo che soprattutto descrive le qualità degli obiettivi con cui lavorare: *Specific, Measurable, Assignable (o Actionable), Realistic, Time-related (o Time-bound)*. Lo sw pandemico non è niente di tutto questo⁷.

L'irrigidimento normativo stupisce un poco meno – ma solo un poco – nel lavoro pubblico dove qualche rigidità in più non poteva non esserci anche prima, dal momento che in questa zona dell'universo giuslavoristico si fa meno affidamento su una cultura manageriale endogena e spontanea. Tant'è che nella gestione dello sw recentemente si era proposto di rafforzare il nesso normativo tra valutazione delle performance ed esercizio

⁶ M. Corso, relazione al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

⁷ Lo riconoscono un po' tutti. Da ultimi v. l'intervista a Francesco Starace, ad ENEL (che ha messo in teleworking il 50% dei propri dipendenti, cioè 37.000 lavoratori), in *la Repubblica* del 27 maggio 2020; e E. Ales, *I benefici dello smart working*, in www.openluiss.it 9 giugno 2020.

dei poteri gestionali da parte del dirigente, sostenendo un'interpretazione secondo cui il dirigente è tenuto al recesso dall'accordo di sw se l'attività non è performante⁸.

In verità, disposto il *lockdown*, lo sw diventa soprattutto una misura per risolvere problemi organizzativi straordinari o di ordine pubblico economico⁹. Anche se questo a mio parere non è snaturamento giuridico dell'istituto, perché rientra nella finalità latamente "produttivistica" già prevista dalla legislazione 2015/2017.

Al riguardo un quesito emerso in modo più significativo, anche in relazione alla generale perdita delle dimensione consensuale è, come già accennato, se si configuri un diritto del lavoratore al lavoro agile, almeno nella fase pandemica. Qualcuno invoca anche un parallelo col diritto al *part time*, che può considerarsi – più però come misura di *work-life balance* nella normalità – una sorta di *second best* rispetto al lavoro agile. In generale non c'è diritto né all'uno né all'altro. Proprio su questo tema si registrano le prime sentenze sullo sw: Trib. Grosseto e Trib. Bologna (entrambi del 23.4), che, riconoscono il diritto al lavoro agile dei ricorrenti in quanto disabili¹⁰. Interessante è Trib. Grosseto che va oltre, sia richiamando i principi generali in materia di fruibilità di ferie ancora non maturate - che nel caso di specie il datore di lavoro avrebbe voluto imporre al lavoratore- sia affermando il principio secondo cui "laddove il datore di lavoro...sia nelle condizioni di applicare...il lavoro agile..., il ricorso alle ferie non può essere indiscriminato, ingiustificato o penalizzante, soprattutto laddove vi siano titoli di priorità per ragioni di salute"¹¹. Comunque la conclusione è che un diritto vero e proprio al lavoro agile non c'è se, pur dinanzi a un generico rischio alla salute, si può ricorrere agli altri istituti previsti dall'art. 87 del dl 18/20. Insomma la tendenza legislativa (rafforzata dal dl 34/20) è di riconoscere un vero e proprio diritto solo in determinate condizioni espressamente previste (figli entro una certa età; soggetti particolarmente vulnerabili) e sempre che sia compatibile con la natura della prestazione¹².

L'altro quesito che solleva la stagione del Covid-19 è se lo sw resta strumento principe di *work-life balance* (conciliazione lavoro/cura). Ci sono segnali di ripensamento e regole di dubbia tenuta. Tra le prime

⁸ V. L. Zoppoli-P. Monda (ma soprattutto il secondo), op.cit.

⁹ Caruso, cit.

¹⁰ Su entrambe v. G. Gentile, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti e esigibilità della prestazione*, in MGL, 2020 (in corso di pubblicazione).

¹¹ Nel lavoro pubblico v., puntualmente, la circolare n. 2 dell'1.4.20 di Funzione pubblica.

¹² V. P. Monda, *Lo smart working e l'emergenza sanitaria*, in www.cgilveneto.it.

un'indicazione emergenziale dell'INPS (messaggio n. 1621 del 15.4.2020) che sottolinea come chi lavora in sw non può occuparsi dei figli: il coniuge può dunque chiedere i congedi parentali Covid-19. Forse è una verità duratura¹³ e anche piuttosto intuitiva. Poi pare che da qualche parte si prevedano priorità per le donne ai fini dello sw con finalità conciliative: si segnala un possibile contrasto con la recente direttiva europea 2019/1158, invero ancora da attuare¹⁴.

Qualcuno già trae conclusioni molto allarmate in quanto saremmo "all'apoteosi del *work-life blending*, la condivisione familiare degli spazi e delle connessioni in una forzata artigianalità domestica che è esasperazione del bisogno di conciliazione in coincidenza con la piena operatività dello strumento di ultima generazione che era stato pensato *anche* per favorire il *work-life balance*"¹⁵.

In senso opposto gli esiti di una ricerca, molto ripresa dal *Sole 24 ore* del 21 maggio scorso, "*Smart working: work flexibility without constraint*", di due economiste, Maria Angelici e Paola Profeta. Però questa ricerca – svolta in un dipartimento della Bocconi – riguarda l'uso pre-Covid-19 di *smart working* in una grande impresa con riferimento a 300 lavoratori scelti in modo casuale e per 1 giorno alla settimana per 9 mesi. I risultati di questa ricerca sono in chiaroscuro (tra le ombre: stress e confusione casa/lavoro), ma con effetti positivi anche sul bilanciamento tra lavoro e famiglia¹⁶.

Invece un recente rapporto sui *first findings* di un'indagine di Eurofound – resi noti a fine maggio 2020 – ci dice che proprio sul *work-life balance* l'esperienza della pandemia ha fatto emergere molti problemi in tutti i paesi che hanno utilizzato *teleworking*, soprattutto, ma non solo, per i lavoratori con figli nelle fasce di età 12-17 anni¹⁷.

La funzione implicita di *work-life balancing* dello sw non è una questione da sottovalutare sotto il profilo regolativo: basti pensare che per l'istituto limitrofo del telelavoro l'art. 23 del d.lgs. 80/15 – uno dei prodotti "minori" del c.d. Jobs Act – ha previsto che "i datori di lavoro privati che facciano ricorso all'istituto del telelavoro *per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro* in forza di accordi collettivi

¹³ A. Tinti, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

¹⁴ Sempre Tinti, appena citata.

¹⁵ Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 419/2020, p. 45.

¹⁶ Profeta, *Smartworking anche nel dopo-emergenza*, in www.lavoce.info del 17.3.2020. Una ricerca analoga presso l'ACEA spa era segnalata già da Brolo, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in LPA, 2017, p. 119 ss.

¹⁷ V. Eurofound, *Living, working and COVID-19. First findings – April 2020*, p. 7

stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono escludere i lavoratori ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti". La norma non riguarda le pubbliche amministrazioni, ma è emblematica di una sorta di lasciapassare per gli istituti di *work-life balance* come riduttori di tutele "degli altri" lavoratori. Un pericolo sia per le forme di remotizzazione del lavoro sia per la cultura del *work-life balance*.

Se al tema dello sw si volesse poi dare un orizzonte più europeo, si rilevano (o almeno io rilevo) ancora poche riflessioni, ma molti dati interessanti.

Sul piano delle riflessioni, si riferisce di una non meglio precisata sovrapposizione tra sw (in questo caso *Teleheimarbeit*) e *minijob* alla tedesca¹⁸ o *Kurzarbeit* (che però se riguarda lavori a basso reddito, impoverisce troppo i lavoratori). Interessante anche qualche proposta di fonte governativa¹⁹ volta a legificare, sempre in Germania, un diritto del lavoratore al lavoro agile.

Quanto ai dati si segnala da parte sindacale un numero davvero rilevante di lavoratori da remoto in Europa: 42 milioni²⁰. Però occorrerebbe meglio capire qualità organizzativa e giuridica di questo lavoro. Qualcosa in più ci dice l'indagine Eurofound già citata, da cui risulta che non solo nel mese di aprile lo sw è in enorme crescita in tutta Europa, ma anche che ha una diffusione non omogenea. Meno del 20% in Romania; tra il 25% e il 30% in Grecia, Croazia, Ungheria, Bulgaria e Spagna; oltre il 40% in Finlandia e Lussemburgo (quasi al 100%), ma anche in Olanda, Belgio, Danimarca, Irlanda, Svezia, Austria e Italia (il nostro Paese è poco sopra il 40%); tutti gli altri paesi si collocano tra il 30% e il 40%. La media UE è così intorno al 37%. Oltre un quarto di questi lavoratori dice di dover lavorare anche nel proprio tempo libero per far fronte alle richieste datoriali. In particolare nei paesi dove la pandemia è la principale causa dello sviluppo del teleworking, la maggioranza dei lavoratori esclude che vi siano state riduzioni dell'orario di lavoro.

Anche rispetto a ruolo e spazio del sindacato, mentre prima del Covid-19 parevano ben poco valorizzati nello sw in senso stretto, anche

¹⁸ R. Pessi, nelle conclusioni al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

¹⁹ *Das Recht auf Homeoffice hat Zeit*, in *Die Zeit* del 27.4.20.

²⁰ L. Visentini, *La prospettiva sindacale*, intervento al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.

normativamente, ora c'è qualche significativo recupero (protocolli, rivendicazioni, ecc.). Non dappertutto però (ad esempio non pare sia così in Spagna²¹).

Comunque in una prospettiva *de iure condendo* - su cui oggi a mio parere è necessario riflettere proprio per il pandemonio normativo legato alla pandemia - occorre chiedersi quale configurazione del *remote working* prendere come riferimento. Si profila una scelta tra: *best practices*, modelli ottativi²² o *l'id quod plerumque accidit*?

Qui è in agguato la "fallacia predittiva"²³, utilmente arginabile con i suggerimenti che vengono da brocardi forgiati da un'esperienza giuridica millenaria, magari maneggiata in modo da non impedire importanti e proficue sperimentazioni. Perciò terrei soprattutto conto di quegli eventi che, secondo la comune esperienza, più probabilmente si verificano magari producendone, sempre con buona probabilità, anche altri.

Visti i tanti eventi causati dall'esperienza recente, mi pare indispensabile capire allora meglio quali interessi e funzioni siano venuti fuori intorno allo sw - o alla sua variante dell'hw - durante la pandemia. E in considerazione di quali di essi si può immaginare una razionalizzazione della disordinata disciplina che ora ci ritroviamo.

2. ... nella realtà.

E allora vediamo di orientarci nei nuovi (pochi) dati più analitici che riguardano la recente esplosione dello sw specie nel lavoro pubblico. Esplosione che non è solo quantitativa, ma, riguardando, come si è già visto, l'intero mondo del lavoro, molto può dirci proprio sulla configurazione in concreto di questo istituto e sulla realizzazione delle finalità che sono state in astratto previste nelle varie stagioni legislative, seppure assai ravvicinate e condizionate dai più recenti eventi straordinari.

Molti sottolineano che in Italia siamo passati da poche decine di migliaia di lavoratori (in totale meno di 600.000) a 6/8,5 milioni. Le pubbliche amministrazioni incidono probabilmente per un 20/30%, con variazioni notevoli, in enorme aumento per i numeri post-covid.

Per la situazione del lavoro pubblico post-covid non si dispone però di dati esaurienti.

²¹ J. Cruz-Villalon, intervento al webinar *L'emergenza pandemia e le misure di diritto del lavoro: un'analisi comparata*, LLC-Labour Law Community, 4 maggio 2020.

²² V. il manifesto recente di Caruso, Del Punta, Treu, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in Labour web CSDLE - "Massimo D'Antona"; ma anche singolari anticipazioni politico-amministrative: v. direttiva Madia 3/17, che già parlava di autonomia e responsabilità in un lavoro che resta subordinato.

²³ Y. Mounk, *Anche dopo il virus il nostro mondo continuerà a girare*, ne *la Repubblica* del 26 maggio 2020.

Sul sito di Funzione pubblica si rinvengono dati per regioni riguardanti i dipendenti messi in sw (e telelavoro) a causa della pandemia. Molte regioni sono al 100% o poco sotto: Abruzzo, Lazio, Lombardia, Toscana, Trento. Colpisce che più prudenza ci sia nelle regioni dove già prima si faceva sw (Emilia Romagna e Liguria all' 80%). Al riguardo è interessante che anche in Liguria lo sw aveva conosciuto una qualche accelerazione a seguito dell'emergenza del crollo del ponte c.d. Morandi nel 2018. Comunque forse proprio i dati di Emilia e Liguria sono realistici quanto all'emergenza sanitaria (la maggioranza delle regioni si colloca tra il 60 e l'80%, la media è del 73,8%).

Sostanzialmente però non è *smart* ma *homeworking* o *working from home* o *at home*. Perché non vi è alternanza alcuna del luogo della prestazione, effettuata quasi sempre a domicilio; perché c'è un mero spostamento dell'ufficio o attività di ufficio; perché non risulta implementata in modo significativo la modalità di organizzare il lavoro per obiettivi piuttosto che per durata della prestazione. A tutto concedere si può genericamente parlare di *teleworking*, come nel rapporto prima citato di Eurofound, o di *remote working*.

Vuol dire che molti problemi delle pubbliche amministrazioni si risolvono con l'*homeworking*? Forse sì, ma l'importante è capire *quali* problemi.

Se si guarda alla pandemia, può dirsi che lo sw è stato la misura più praticata per due ragioni principali: evitare il contagio e non chiudere le amministrazioni, tenendo in vita tutte le mille attività svolte.

Evitare il contagio è una finalità ben precisa, che di per sé giustifica e delimita l'esperienza e gli strumenti a tal fine coniati. Però mantenere in vita le attività vuol dire perseguire insieme varie finalità, tra loro anche disomogenee. Conservare o accrescere quantità/qualità dei servizi; conservare la retribuzione dei dipendenti; garantire una (sempre più) indispensabile presenza pubblica nello svolgimento della vita sociale e nella realizzazione delle attività di governo ai vari livelli amministrativi. La domanda è: sono state tenute insieme tutte queste finalità? Se una si sgancia dall'altra, anche l'hw cambia natura e qualità.

La prima risposta è negativa: molti dicono addirittura che si è trattato di una Cig di massa (misura di Welfare)²⁴. In parte ci sono seri indizi (o, come al solito, vasta aneddotica): i giardinieri in *smart working* e le città coperte di erbacce e sporcizie. 50% dei lavoratori in sw non li ha più visti

²⁴ Per tutti v. la relazione citata di Caruso.

nessuno e gli uffici hanno funzionato meglio: non facevano nulla di utile? Si paventa addirittura un'attivazione delle procure della Corte dei Conti²⁵.

Però al riguardo mi pare un po' sottovalutata un'altra innovazione del dl 18/20 nella disciplina del lavoro pubblico: l'esenzione dal servizio, "un rimedio estremo da maneggiare con cautela"²⁶. Nell'art. 87 c. 3 – come già anticipato – viene dopo lavoro agile, ferie pregresse, congedo, banca ore, rotazione e altri analoghi istituti (nel rispetto della contrattazione collettiva). In ultimo, visto che manca la cig, "esperite tali possibilità, le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio" con conservazione della retribuzione (art. 87 c. 3, terz'ultimo alinea). E con la precisazione che, oltre a non poter essere computato nel tetto (45 ore) del congedo straordinario di cui all'art. 37 del tu 3/57, "il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista". Qualche commentatore²⁷ precisa però che "il trattamento economico non può che limitarsi al fondamentale: tabellare, indennità integrativa speciale, indennità di anzianità, posizione economica e indennità di comparto", con esclusione dell'indennità di posizione, di risultato e altro salario variabile. Più estensiva mi pare la circolare della Funzione pubblica dell'1.4.20 n. 2. E' chiaro che, con queste premesse, tra dirigenti preoccupati di dover vagliare attentamente tutte le alternative per motivare "l'esenzione" (istituto inedito: sulla motivazione insiste anche la circolare attuativa della direttiva appena citata) e dipendenti con aspettativa di salario pur parzialmente ridotto, il lavoro agile è andato alla grande²⁸.

La prima risposta - *smartworking*=ammortizzatore di massa - è comunque con tutta evidenza un'esagerazione, forse basata solo su alcune esperienze locali²⁹. Probabilmente siamo nel mezzo, ma comunque con molta articolazione, da rapportare alle diversità di funzioni/uffici, culture, attività. Ad esempio, giusto per praticare un po' di sano corporativismo, pare che scuole e università (intorno al milione di lavoratori) – almeno per la funzione trasmissione e verifica del sapere - abbiano retto abbastanza

²⁵ Sempre Caruso, cit.

²⁶ L. Olivieri, *Decreto "Cura Italia": esenzione dal servizio con le molle*, ne *La Gazzetta degli Enti locali*, 19.3.2020.

²⁷ Sempre Olivieri, appena citato.

²⁸ Non si dispone di dati sulle esenzioni dal servizio disposte. Certamente ve ne sono state. Azzardo un numero: difficilmente avranno superato il 5% della platea interessata.

²⁹ D'altronde anche nel privato pare non manchino abusi: v. Balestreri, *La cassa integrazione diventa smart working, così le aziende sfruttano i lavoratori e truffano lo Stato*, in www.it.business.com del 30 maggio 2020.

bene la pandemia grazie a poderose iniezioni di *homeworking*³⁰. Ma non mancano voci e fatti che devono far riflettere: il filosofo Giorgio Agamben ha paragonato il cedimento dei professori alla "dittatura telematica della didattica on line" al giuramento di fedeltà al fascismo del 1931³¹; la scuola è venuta meno ad una delle sue funzioni forse culturalmente secondarie, ma cruciali per il vivere civile: dare ospitalità attiva a bambini e adolescenti per aiutare lavoratrici e lavoratori – *smart* o non *smart* – a svolgere al meglio le proprie attività. E il futuro della *cd dad* (didattica a distanza) preoccupa per molti versi (30% dell'utenza più a rischio non raggiunta).

Da un'indagine (*survey*) della Cgil/Fondazione Giuseppe di Vittorio, resa nota il 18 maggio, sullo sw nel privato e nel pubblico (circa 6000 lavoratori) emerge un altro dato interessante sul modo in cui si è attivato lo sw in periodo Covid: 37% concordato, 36% unilaterale, 27% con intervento del sindacato.

In questa stessa indagine lo SW emergenziale viene poi valutato dai lavoratori come: più produttivo (84%), ma più complicato, pesante, stressante, alienante. Il 60% dice che l'esperienza va comunque portata avanti.

Si capiscono allora anche coloro che, autorevolmente, si adoperano per governare il passaggio da "cambiamento improvviso a rivoluzione permanente"³². Però va tenuto conto di una utile avvertenza: le pandemie non introducono novità, ma accelerano processi³³.

A tal proposito – tornando in casa mia - la dottrina giuslavoristica ha provato e prova a guardare allo sw vero e proprio (cioè quello introdotto dalla legge del 2017) come paradigma di un nuovo contratto di lavoro ad alto contenuto cognitivo e collaborativo³⁴. Il fulcro di questo istituto sarebbe costituito da accordo individuale e lavoro per obiettivi (identificato semplicisticamente con la meritocrazia). Questo avrebbe un impatto sulla

³⁰ De Paola, *Così il Covid-19 cambia le università*, ne www.lavoce.info del 20.5.2020.

³¹ G. Agamben, *Biosicurezza e politica*, www.quodlibet.it, 11.5.2020; più specificamente *Requiem per gli studenti*, in www.iisf.it del 22.5.2020. Ma v. anche L. Sesta, *Agamben e l'anti-pensiero delle analogie chic*, in www.sfero.me del 24.5.20.

³² Ministro Dadone sul sito di Funzione Pubblica. V. anche l'intervista a *la Repubblica* del 29 maggio 2020.

³³ Lo Storto, intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020; anche Starace, cit.

³⁴ Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 365/2018; Caruso, op.cit. Nel lavoro pubblico v. Casillo-Tufo, *Il lavoro agile*, in Esposito, Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, spec. p. 208.

fattispecie classica prevista dall'art. 2094 cod.civ.³⁵. Emergerebbero con nettezza tracce di autonomia nel lavoro subordinato³⁶. Dal punto di vista gestionale emerge pure un ribaltamento di concezioni: è possibile, addirittura preferibile, raggiungere risultati lavorando nella *comfort zone*³⁷.

Però, come abbiamo visto, l'hw non è lo sw su cui si sono appuntate tante speranze. Dopo la recente esperienza massiva dell'hw è a questo che occorre guardare per avere un quadro realistico del fenomeno da regolare. Si adombra così un'altra domanda un po' inquietante: se la recente accelerazione avesse riportato lo sw, nuovo di zecca e dalle tante virtù, nel vecchio alveo del *teleworking sub specie* dell'ancor più vecchio *homeworking*³⁸?

Insomma oggi come ieri le prospettive che apre lo sw sono interessanti, ma forse sono più di ieri dense di rischi e illusioni per tutti: lavoratori, cittadini, amministrazioni e studiosi³⁹. Proviamo a ripartire con i piedi ben saldi per terra. Senza rinunciare a valorizzare le potenzialità

³⁵ Pessi, cit.

³⁶ Ales, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del "nuovo" lavoro autonomo: un primo commento*, in MGL, 2020; Levi, *Il lavoro agile nel processo di destrutturazione della subordinazione*, in RGL, 2019, I, 25 ss.; Gentile, op. cit. Anche io ne ero stato suggestionato addirittura prima della l. 81/17: v. L. Zoppoli, *Emancipazione e biodiversità nel diritto del lavoro*, in Perulli (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2016, p. 476.

³⁷ Lo Storto, cit.

³⁸ Da non trascurare, anche rispetto a quanto si è detto nel paragrafo precedente, che il 4 maggio in Italia oltre il 70% degli *smart workers* tornati al lavoro sono uomini: Di Salvo, *Lavoro agile e flessibilità, una vera novità ma il salario è ancora legato alla presenza*, ne *il Dubbio* del 30 maggio 2020. V. anche, su un altro piano, le interessanti riflessioni di R. Gabriel, *Smart working? Attenti alle ciabatte dell'anima*, in www.avvenire.it, 27 maggio 2020.

³⁹ In merito vorrei precisare che personalmente, anche dopo la digi-demia, sono favorevole alla più ampia diffusione dell'uso del digitale per i suoi effetti benefici su: vivere collettivo, lavoratori e imprese. Però, pur giovandomi delle visioni e degli spunti che contengono, ho difficoltà ad accettare le prospettazioni trionfalistiche di studiosi autorevolissimi, ma troppo dominati da un entusiasmo che appanna il pensiero critico (*win-win* si dice in modo più *appealing*: ma c'è mai stata una storia senza alcun perdente?). Tra questi Domenico De Masi che, con la sua dialettica brillante e provocatoria, ha di recente (conclusioni al convegno *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020) ripreso la tesi secondo cui tutti i lavoratori sarebbero favorevoli al lavoro da remoto, mentre a contrastarlo sarebbero gli 800.000 capi affetti dalla sindrome di Clinton (*id est*, possesso fisico del dipendente). I secondi godrebbero dell'appoggio incondizionato di giuristi e sindacalisti. Io non mi annovero tra questi, ma rivendico il dovere dello studioso di guardare tanto le luci quanto le ombre anche delle più appassionanti innovazioni. Forse anche perché nel dna del giurista è iscritta una qualche "prudenza" di cui il sociologo può fare a meno, ma forse i lavoratori no (lo stesso De Masi rileva, ad esempio, che la digitalizzazione aumenta le disuguaglianze tra lavori creativi e lavori ripetitivi).

interessanti. E senza dimenticare che spesso la storia ha premiato chi per primo "si è messo a riflettere in maniera sistematica sul provvisorio"⁴⁰.

3. Come si colloca il teleworking nella prospettiva della digitalizzazione delle amministrazioni?

Una possibile riflessione sistematica prende avvio dal collegare lo *smartworking* ai processi di digitalizzazione dei servizi pubblici. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni è in effetti un processo faticoso, iniziato da tempo, molto opportuno, ma non sempre positivo per il cittadino utente. Ora c'è da immaginare che possa andare avanti di pari passo con un crescente processo di remotizzazione del lavoro.

C'è però da avere ben presente che finora, se può aver consentito qualche risultato in termini di modernizzazione strutturale e risparmi di costi, ha presentato molti problemi sul versante dell'efficacia dei servizi forniti. Molti *call center* funzionano male e innescano una peregrinazione telefonica non sempre *problem solving*. Voci autorevoli segnalano il "labirinto dello spid"⁴¹. La digitalizzazione non elimina i moduli, ma ne favorisce la proliferazione in formato pdf. Se anche si volessero annoverare queste vicende tra gli indizi poco probanti, nei dati sul processo di digitalizzazione utilizzati in sedi europee e nazionali (a cominciare dall'AGID) non si possono ignorare i valori bassi per l'Italia del c.d. *penetration index*, che è l'indicatore con cui si misura quanto il processo di digitalizzazione si traduca in un accesso diffuso dell'utenza ai servizi amministrativi⁴².

Non stupisce allora una certa continuità tra questi dati preoccupanti e i servizi da remoto resi con qualche problematicità nella fase pandemica. Emblematico il flop INPS nella partenza del bonus per i lavoratori autonomi con creazione addirittura di siti di depistaggio degli utenti (a specchio?). Ma anche la moltiplicazione di moduli informatici e di barriere filtro a tutela delle burocrazie digitali o anche solo della tracciabilità delle attività svolte (in alcune scuole, ad esempio, i genitori per incontrare i professori hanno dovuto cercare, scaricare e inviare un modulo informatizzato prima di avere un appuntamento da remoto). O gli esiti catastrofici nei tempi di erogazione delle prestazioni nel caso di omissione o dimenticanza di dati

⁴⁰ Romagnoli, *I 50 anni dello Statuto dei lavoratori*, in www.insight.it del maggio 2020.

⁴¹ Riccardo Luna ha affermato: "quando uso uno spid mi pare di essere finito in un labirinto": in De Masi, *Lo Stato necessario*, Rizzoli, 2020, p. 434.

⁴² Per maggiori dettagli v. L. Zoppoli-P. Monda, cit., spec. par. 3. In precedenza, per qualche spunto, Zilli, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University press, 2018, p. 360 ss. Da ultimo Luna, *La disfatta digitale dell'Italia e come rimontare*, in www.repubblica.it del 12 giugno 2020.

negli atti formali di avvio di procedimenti amministrativi delicatissimi (esempio eclatante: richieste cig senza IBAN dei beneficiari)

Non mancano però, come sempre, prassi positive, idee propositive, buone intenzioni: amministrazioni della sanità in Veneto che hanno condiviso i servizi amministrativi da remoto per ottimizzare tempi e modalità degli interventi; un certo ampliamento dei destinatari della didattica attraverso la dad (soprattutto universitaria); possibilità di lavorare preventivamente sul *digital divide*, anche offrendo formazione/consulenza a distanza per l'utenza in maggiore difficoltà e intervenire a monte su chi sbaglia gli atti di avvio delle pratiche amministrative⁴³.

Guardando all'attività svolta dalle amministrazioni piuttosto che a tipologia e regole dei rapporti di lavoro, appare anche molto utile distinguere le diverse realistiche possibilità offerte dalla digitalizzazione. Talora il lavoro in presenza è insostituibile. Altre volte è possibile far ricorso persino al *full remote working* tramite telelavoro, magari non a domicilio ma, come prevedeva già la direttiva della Funzione Pubblica 3/17, in *coworking* presso sedi comuni a più amministrazioni (nel privato, ad esempio, si pensa di remotizzare anche il lavoro dei cassieri). In altri casi può funzionare l'*homeworking* proprio nella versione del vecchio telelavoro a domicilio. In particolare in caso di lavoratori *single* che abitano molto lontano dagli uffici di appartenenza, ma svolgono unicamente attività di *back office* interamente remotizzabili. Nemmeno è da escludere che il telelavoro possa servire per acquisire prestazioni remotizzabili in particolari fasi della vita dei lavoratori (ultimo triennio di attività) o in particolari circostanze (di salute; di necessaria prolungata presenza in casa per cura bambini o anziani; di difficoltà nei trasporti). Infine ci possono essere molti casi in cui le attività appaiono affrontabili con lo *smart work* vero e proprio, cioè il lavoro agile della l. 81/17, caratterizzato da un'alternanza nella presenza in sede – magari con prevalenza delle giornate fuori sede – e prestazioni lavorative misurate senza riguardo alcuno alle ore di lavoro, ma con unico riferimento al risultato seppure *time-related*. Nemmeno da sottovalutare è l'utilità che può venire da un ricorso alla telematica, apparentemente più modesto, per attività classiche di incontri che si possono svolgere da remoto, ma utilizzando le solite sedi fisiche e collegando lavoratori classicamente subordinati: notevoli sono i risparmi così realizzabili in costi e tempi per missioni e organizzazioni.

⁴³ Tutte segnalate da Matteini in un bell'intervento al convegno *Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto*, Università di Catania-LUISS-Politecnico Milano, 14 maggio 2020.

In generale ci si chiede su quale leva principale le amministrazioni possano contare per avvicinarsi al nuovo universo digitale senza dimenticare le difficoltà ad abbandonare ciò che appartiene al "vecchio" mondo analogico o, più banalmente, fisico. Si tratta di due "dimensioni" inscindibili, soprattutto nei servizi che le amministrazioni devono rendere ai cittadini, dove la dimensione della "persona" non può certo trasmigrare in quella di una sorta di "avatar" digitale. Ma anche nelle dinamiche organizzative il c.d. "vecchio" – in cui ci sono prestazioni fondamentali per il vivere civile anche oltre la sanità e l'istruzione, come il servizio di raccolta dei rifiuti, il giardinaggio, la manutenzione delle strade - non può essere abbandonato a sè stesso e nemmeno marginalizzato. Nel "vecchio" ci sono poi le infinite opportunità delle relazioni interpersonali – oggi denominate *soft-skill* - senza le quali le pubbliche amministrazioni – necessariamente *labour intensive* per le missioni da svolgere – entrerebbero in enormi difficoltà.

A questa domanda generale è abbastanza facile dare una prima risposta generale. Si tratta di una risposta ben nota in teoria, e prevista da tutta la legislazione degli ultimi vent'anni (dal d.lgs. 165/01 fino al dl 34/20, per il telelavoro come per l'hw pandemico nelle sue varie fasi), ma molto complessa da praticare. Si tratta di intrecciare tutte le nuove modalità organizzative di attività e lavoro con i più moderni sistemi di gestione delle amministrazioni non per atti, ma per risultati⁴⁴. Non c'entra moltissimo il tema del contratto e del rapporto di lavoro. Si tratta piuttosto di far funzionare al meglio gli strumenti di programmazione e gestione delle amministrazioni che sono emersi già negli ultimi dieci anni. Piani di digitalizzazione e sistema delle performance devono essere potenziati e calati in ogni realtà amministrativa, arricchendo gli indicatori di risultato con elementi che consentano di far emergere le ricadute positive sull'utenza. Perché un problema si staglia su tutti: l'utenza rischia di essere una vittima della digitalizzazione delle amministrazioni come della remotizzazione del lavoro pubblico⁴⁵. E l'utenza siamo tutti noi, anche nella qualità di dipendenti pubblici.

Al riguardo però è estremamente importante andare verso un sistema di valutazione delle *performance* e dei risultati del lavoro lontano da ogni approccio di tipo meramente burocratico. Non si tratta di stilare relazioni giornaliere sull'attività svolta (che è solo un appesantimento burocratico del lavoro quotidiano) né di controllare rigidamente rispetto degli orari e presenze⁴⁶: occorre andare molto oltre, facendo fare passi da

⁴⁴ V. ancora L. Zoppoli- P. Monda, cit., par. 2.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Questi i giusti rilievi del Presidente dell'Aran, Antonio Naddeo, nell'intervento all'incontro su *Quale smartworking per il lavoro pubblico?*, organizzato dalla Cgil il 27 maggio 2020.

gigante alla micro-organizzazione del lavoro in amministrazioni pubbliche ancora affette, da un lato, da "primitivismo organizzativo", e, dall'altro, da subalternità ad una classe politica che quasi sempre ignora l'efficacia *permanente* dell'azione amministrativa, lontana dalle luci dei riflettori e dalle scadenze elettorali⁴⁷. Sotto questa prospettiva la remotizzazione del lavoro potrebbe essere un'occasione interessante anche per venir fuori dall'ideologia della meritocrazia generalizzata, intesa come assegnazione e misurazione di obiettivi per tutti i dipendenti. Questa è sostanzialmente irrealizzabile e finisce per catalizzare attenzioni ed energie intorno ad una piccola porzione di salario variabile da distribuire in base ad un sistema di valutazione tanto poderoso quanto elefantiaco e cartaceo. Piuttosto la valutazione delle *performance* individuali (lasciando per ora da parte nel nostro discorso quella delle "strutture" o "organizzativa") potrebbe essere tarata soprattutto sui risultati seriamente conseguiti dai dirigenti pubblici – la cui funzione è da sempre cruciale in un'amministrazione orientata al risultato⁴⁸ - e dai dipendenti in *teleworking*, nella varia morfologia con cui può essere realizzato. Per questi soggetti dovrebbe anche mutare sensibilmente la filosofia retributiva, pur tenendo conto delle necessarie varianti delle prestazioni lavorative⁴⁹. In tale prospettiva sarebbe anche possibile mettere a punto sia sistemi valutativi più specifici e realistici sia sistemi di controllo differenziati e calibrati sulle peculiarità dei diversi rapporti di lavoro.

4. Il sistema delle fonti (dalla l. del 1998 n. 191 all'art. 263 del dl 34/20). Distinguere: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro emergenziale.

Per affrontare molti altri problemi di regolazione, ma anche di gestione, occorre poi individuare prioritariamente fonti e soggetti più idonei ad agire sistematicamente. In termini tecnici questo vuol dire ragionare sulla funzionalità del sistema delle fonti, che non è un'ossessione da dogmatici del diritto, ma la predeterminazione di un ordine in cui ai soggetti più idonei – per poteri, responsabilità, competenze e rappresentatività - a regolare un determinato profilo corrispondono la procedura e la tecnica più adatte

⁴⁷ Da ultimo v. Cassese, *Odiata burocrazia*, ne *Il Foglio* del 26 maggio 2020.

⁴⁸ V., per tutti, l'analisi, anche in chiave storica, di Garilli, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 6/2003.

⁴⁹ Qui ha ragione Di Salvo, cit.: finché la retribuzione è concepita sulla presenza fisica in sede, non si incentiverà abbastanza il teleworking.

a produrre norme per l'organizzazione e il lavoro che coniughino garanzie dei diritti e duttilità dell'organizzazione.

Il sistema delle fonti del lavoro pubblico è ricco e complesso, ma anche piuttosto strutturato⁵⁰: si tratta di non ingarbugliarlo più del necessario.

Converrebbe tenere distinte le tre principali tipologie di *remote working* emerse negli anni: a) telelavoro; b) lavoro agile; c) telelavoro con finalità emergenziali.

Per ognuna di esse le fonti risultano ora parzialmente diverse, anche se per la regolazione del lavoro pubblico tutte vanno tendenzialmente ricondotte al quadro del d.lgs. 165/01, che rimane il sistema di riferimento.

In sintesi può dirsi che il telelavoro è più retto da un insieme normativo fatto di leggi e contratti collettivi⁵¹.

Lo sw vero e proprio è un mix di legge e accordo individuale, con aperture a codici di comportamento, disciplinari per atti individuali, anche moduli sindacali decentrati; la legge non esclude la contrattazione collettiva, ma l'ultima tornata contrattuale del 2018 ha sostanzialmente ignorato l'istituto⁵².

L'hw con finalità emergenziale, come si è visto, è invece regolato da un accavallamento di legislazione d'urgenza, regolamenti, circolari, protocolli: un insieme normativo non organico, ma configurato come largamente derogatorio della normativa generale e destinato ad esaurire i suoi effetti al termine di un'emergenza dai contorni ancora indefiniti, ma che, per ora, sembra protrarsi oltre la fase dell'emergenza sanitaria in senso stretto (l'art. 90 c. 4 prevede infatti per lo sw emergenziale il termine del 31.12.2020). Durante questo periodo la contrattazione vera e propria appare marginalizzata, anche per ragioni contingenti di accelerazione e semplificazione.

Le principali questioni sembrano riguardare: a) il definitivo superamento dell'hw emergenziale, identificato con la brutta esperienza della digi-demia da lasciarsi quanto prima alle spalle; b) il ritorno ad una centralità del lavoro agile, come unico veicolo di vera innovazione capace di conciliare le originarie finalità (*work-life balance* e produttività/competitività).

A me pare però che in questo modo si rischia di non valorizzare gli aspetti positivi della grande, seppur drammatica, sperimentazione di teleworking fatta nelle amministrazioni italiane nella allucinata primavera del 2020. Il nodo sta, a mio parere, nel rendersi conto che proprio il

⁵⁰ V., da ultimo, L. Zoppoli, *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e assestamenti*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2020.

⁵¹ Da ultimo v. Tampieri, *Telelavoro e lavoro agile*, in Fiorillo (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 682 ss.

⁵² Ibid.

precedente sistema regolativo – polarizzato tra telelavoro troppo regolato e lavoro agile troppo anomalo, almeno nel contesto del lavoro pubblico – non aveva consentito complessivi avanzamenti di sistema dotati di una qualche significatività. E si corre anche un altro rischio: di non condurre a sistema la possibilità di ricorso al *teleworking* in chiave emergenziale. Infatti non si deve pensare unicamente ad un'emergenza da pandemia – così insolita e profonda – ma anche ad altre possibili situazioni emergenziali (magari più circoscritte per spazio e tempo: prima si è parlato della tragedia ligure del ponte Morandi; ma nessuno può escluderne altre, ora imprevedibili) che potrebbero richiedere un ricorso in via d'urgenza alla remotizzazione del lavoro senza poter rispettare sacrosante procedure contrattuali o sindacali. Tutte le varie esigenze possono trovare adeguata collocazione in una rivisitazione del sistema delle fonti equilibrato, che faccia pienamente tesoro della drammatica sperimentazione dei primi mesi del 2020.

Più che un ritorno al recente e poco fecondo passato, sarebbe dunque auspicabile un riordino del sistema delle fonti per tutte le forme di *teleworking* nelle pubbliche amministrazioni, da inserire in uno scenario più attrezzato ad una realistica gestione per risultati. In questa prospettiva potrebbero risultare fondamentali sia alcune maggiori garanzie generali previste per legge sia una maggiore ponderazione di spazi e procedure per acquisire un ampio consenso dei lavoratori e dei sindacati intorno alle necessarie innovazioni organizzative e contrattuali.

La legge potrebbe ad esempio prevedere fisiologicamente la possibilità di ricorrere in via unilaterale al telelavoro per ragioni emergenziali espressamente e temporaneamente dichiarate dalle autorità competenti, fissando però un termine massimo, ad esempio tre/sei mesi, oltre il quale le pubbliche amministrazioni devono riattivare tutte le procedure negoziali individuali e collettive riguardanti il *teleworking* non emergenziale. Con legge si potrebbe anche definire meglio un generale diritto universale alla disconnessione per ogni tipologia di *teleworker*, magari consentendo una disciplina suppletiva da parte della contrattazione nazionale.

Per il telelavoro classico – basato su un mero consenso del lavoratore – si potrebbe pensare ad una disciplina contrattuale più snella rispetto a quella prevista quasi vent'anni fa: soprattutto per evitare che il lavoro agile appaia più un *escamotage* per sottrarsi alla contrattazione collettiva che una modalità ordinaria, moderna e innovativa di organizzare e gestire il lavoro pubblico.

Per il lavoro agile, di converso, si può recuperare e promuovere uno spazio per la contrattazione collettiva sulla falsariga del telelavoro, pur sapendo che nella natura del lavoro agile c'è una regolamentazione non standardizzata che richiede necessariamente una disciplina a livello della

singola amministrazione e, addirittura, tarata sulle situazioni soggettive individuali.

A quest'ultimo riguardo il vero e proprio accordo individuale è da riconsiderare soprattutto perché non dà sufficienti garanzie di tenere conto in concreto delle esigenze sociali oggettivamente più cedevoli rispetto alle urgenze della produttività o degli adattamenti organizzativi (tutela dei lavoratori con particolari carichi familiari, ad esempio). Può persino nascondere dietro un passaggio formale o standardizzato⁵³. La recente riscoperta del lavoro produttivo anche se prestato nella c.d. *comfort zone* può essere infatti un boomerang, lasciando, *more solito*, le lavoratrici sole con il problema di conciliare le diverse esigenze. Invece l'accordo individuale può essere utile per far cadere l'omologazione delle condizioni di lavoro: la personalizzazione di tali condizioni, se non viene praticata in modo irrazionale e sperequativo, è un prezioso elemento di civiltà, un segnale di grande evoluzione civile e organizzativa⁵⁴.

Secondo qualcuno il punto di equilibrio potrebbe essere un accordo individuale non solo nella fase genetica del contratto ma anche nell'esecuzione del contratto⁵⁵. Non mi pare molto realistico. Forse si può pensare a qualcosa di più praticabile (v. ultimo paragrafo).

Per l'hw emergenziale può comprendersi invece che si faccia a meno dell'accordo individuale e magari si abbia una regolamentazione collettiva molto snella. Però andrebbero definiti meglio i diritti dei lavoratori irrinunciabili come le situazioni in cui non è proprio possibile utilizzare hw. Prevedendo forse non l'esenzione dal servizio, ma qualche istituto di mobilità temporanea; distacco presso altra amministrazione; *ius variandi* con formazione a distanza; collocamento in attività di formazione in remoto per pacchetti individuati dal datore di lavoro (per quest'ultima v. il protocollo del 3.4.2020): insomma istituti che consentano di acquisire utilmente la prestazione senza sacrificare alcun elemento retributivo.

Magari, ponendo un limite massimo alla situazione di emergenza, si può anche riconsiderare la permanenza presso l'amministrazione che non è in grado di utilizzare la prestazione non remotizzabile nel periodo definito.

In ogni caso l'esenzione dal servizio si configura come un istituto introdotto dal legislatore emergenziale con applicabilità limitata al lavoro pubblico: alla luce della regola di delegificazione organica prevista dall'art. 2.2 del d.lgs. 165/01 le relative norme possono essere derogate dalla contrattazione collettiva nelle materie affidate alla medesima contrattazione (sicuramente la retribuzione).

⁵³ Tinti, op.cit.

⁵⁴ M. Corso, cit.

⁵⁵ Caruso, cit.

Una specifica riflessione andrebbe dedicata all'art. 263 del dl 34/20, norma già citata proprio all'inizio di questa riflessione, e pomposamente rubricata "disposizioni in materia di flessibilità del lavoro pubblico e lavoro agile". L'art. 263, nel promuovere la c.d. fase 2 per il ritorno alla normalità post-covid, prevede che le amministrazioni adeguino le misure di cui all'art. 87.1 lett. a) del dl 18/20 – cioè proprio quelle volte a limitare la presenza del personale nei luoghi di lavoro garantendo le attività indifferibili – alle esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici pubblici e dell'utenza. A tal fine la norma impone alle amministrazioni di organizzare "il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendo l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza". La medesima norma rinvia poi, alquanto genericamente, a "ulteriori modalità organizzative ...individuare con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione"; e invita le amministrazioni ad assicurare adeguate forme di aggiornamento professionale della dirigenza, precisando che l'attuazione di tutte le misure previste dal medesimo art. 263 è valutata "ai fini della performance".

Nella sostanza questa norma appare l'equivalente di una generica norma di indirizzo della Funzione pubblica. Anche se in qualche passaggio potrebbe prefigurare l'attribuzione di poteri regolativi unilaterali alle amministrazioni per incidere su flessibilità dell'orario di lavoro, articolazione dell'orario giornaliero e settimanale e teleworking, il tenore normativo è davvero troppo vago per trarne delle conseguenze interpretative specifiche. Sarei perciò dell'avviso di non darvi un peso tale da incidere sul sistema delle fonti dei rapporti di lavoro e dell'organizzazione quale risulta dalla versione vigente del d.lgs. 165/01 e dai contratti collettivi, aggiornati nel 2018 o, più recentemente, dagli accordi stipulati in sede decentrata.

L'unica disposizione dell'art. 263 con un qualche tenore precettivo sembra dunque il comma 2, che impone "alle amministrazioni di cui al comma 1" (cioè a tutte le amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle con autonomia costituzionalmente tutelata) di adeguarsi "alle vigenti prescrizioni in materia di tutela della salute adottate dalle competenti autorità". Anche se questo induce a configurare una sorta di *reductio ad unum* degli interessi pubblici che ciascuna amministrazione ha il compito istituzionale di perseguire, sempre e comunque da subordinare alle regole dettate da chi presidia la tutela della salute pubblica. Questa forte restrizione dell'autonomia, anche micro-organizzativa, delle amministrazioni può comprendersi in fase emergenziale: e perciò anche il comma 2 dell'art. 263 va letto come strettamente connesso alla

permanenza dello stato di emergenza sanitaria. Oltre questa fase, l'art. 263 praticamente non sembra destinato ad avere alcuna incidenza sul sistema delle fonti del lavoro pubblico.

5. Istituti meritevoli di specifica disciplina: controlli; orari e fasce di disponibilità; disconnessione; classificazioni professionali e formazione; sicurezza.

Un'altra tematica sarebbe ora da analizzare attentamente: per la varia morfologia di teleworking occorrono nuove regole? E, nel caso, riguardo a quale ambito materiale, a quali istituti? A volerlo sviluppare per intero il discorso andrebbe molto per le lunghe e sconfinerebbe troppo nella fantasia regolativa soggettiva. E' evidente che il se e il cosa regolare è anche in funzione del sistema delle fonti cui prima si è accennato.

Limitandosi ora ad alcuni istituti più discussi – e tralasciando l'ampia tematica retributiva, alla quale già si è fatto un cenno, ma che richiederebbe grande dettagliamento – uno dei primi è certamente quello del controllo sulla prestazione lavorativa, che inquieta particolarmente nella dimensione da remoto. Proprio a questo riguardo però si può dire che il potere di controllo è abbastanza ben regolato sia per il telelavoro sia per il classico lavoro agile. Per il secondo va tenuto presente che la tematica del controllo si ridimensiona quando si tratti di vero e proprio lavoro agile, dove, da un lato, il lavoratore torna periodicamente in sede e, dall'altro, non c'è una postazione fissa da remoto presso cui verificare la regolarità della prestazione⁵⁶. Come si è detto, dovrebbe contare molto di più l'obiettivo/risultato da realizzare: e questo attiene alla specifica organizzazione del lavoro. Probabilmente servirebbe aggiungere qualche dettaglio significativo in ordine alla reperibilità fisica del lavoratore, ai tempi di rientro in sede (è ammissibile la scelta discrezionale di qualunque luogo da remoto, anche intercontinentale?), a tempi e modi di verifica della rispondenza del risultato alle esigenze dell'ufficio. Ovviamente non è materia di norme di legge, bensì di contrattazione collettiva o, anche, individuale.

In ogni caso il potere di controllo deve rientrare sotto la regolazione dell'art. 4 Stat. lav. Certo se, come spesso è accaduto nell'hw del periodo Covid, il dispositivo digitale è di proprietà del lavoratore, quella normativa – incentrata sugli strumenti tecnologici forniti dal datore, comprensivi dei più sofisticati *software*, e necessari per lo svolgimento della prestazione⁵⁷ – può andare in confusione, pur restando la necessità di prevedere ampie

⁵⁶ V. Zilli, cit., p. 378, anche per rinvii a previsioni dei CCNL.

⁵⁷ V., per tutti, V. Nuzzo, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, 2018, p. 142 ss., spec. 166 ss. per il lavoro agile.

garanzie sui dati utilizzati per l'attività svolta per entrambe le parti (ci vanno di mezzo i dati sensibili anche degli utenti).

Per l'hw pandemico, più stanziale, il controllo potrebbe comunque assumere caratteristiche simili a quelle previste per il telelavoro, più strutturato e comprensivo di controlli *in loco* sulle apparecchiature, laddove particolari apparecchiature fossero fornite dall'amministrazione.

Ovviamente oggetto del controllo nelle varie forme di teleworking può anche essere il rispetto dell'orario di lavoro, laddove resti significativa la dimensione classica della durata della prestazione giornaliera o settimanale. Inutile illudersi: non sempre è pensabile che si possa superare tutto quanto appartiene al passato. Però anche qui orario di lavoro e fasce orarie potrebbero essere oggetto di una disciplina contrattuale più calibrata. Oggi la contrattazione collettiva nazionale non interviene; ma potrebbe intervenire, ad esempio per l'individuazione delle fasce orarie di entrata ed uscita, anche a livello di contrattazione integrativa (v., ad esempio, art. 7 commi 6, lett. o, e 7 del CCNL Funzioni centrali), laddove evidentemente la nozione di fascia oraria andrebbe rapportata alla peculiarità della prestazione resa da remoto.

Al riguardo è di tutta evidenza l'importanza del diritto alla disconnessione, espressamente riconosciuto ai lavoratori agili in base all'art. 19 della l. 81/17, ma rimesso all'accordo individuale che dovrebbe individuare "le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". Si è messo da più parti in rilievo il limite soggettivo ed oggettivo di questa norma, segnalandone anche l'utilità di un'integrazione ad opera della contrattazione collettiva⁵⁸. Sinora però nel lavoro pubblico si registra solo qualche fugace accenno nei contratti nazionali stipulati nel 2018⁵⁹. Al riguardo un ruolo maggiore potrebbe giocare la legge, sia esplicitando la rilevanza del diritto alla disconnessione *sub specie* di tutela della *privacy* del lavoratore, che assurge a primario valore inerente alla dignità della persona ben al di là della fattispecie del lavoro agile; sia dettando una disciplina suppletiva che giunga a definire fasce orarie giornaliere oltre le quali è vietato dilatare la prestazione in teleworking e/o un massimo di ore di connessione giornaliera. Inoltre va considerato che alcune prestazioni, soprattutto nel pubblico, devono erogarsi in modo collegiale e possono

⁵⁸ V., da ultimi, V. Zeppilli, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in RGL, 2019, I, p. 313 ss.; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, p. 154 ss.

⁵⁹ V. il CCNL Istruzione e ricerca: art. 22 c. 4 lett. c8), per la scuola, e art. 97 c. 3 lett. b6), per istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione, che rimettono la materia alla contrattazione di ciascuna istituzione.

risultare dilatate proprio dalle modalità di gestione telematica delle riunioni, opportune⁶⁰, ma rischiose. In questi casi occorrerebbe la garanzia di compatibilità tra mantenimento del numero legale per la validità di riunioni collegiali formali ed esercizio del diritto alla disconnessione dei singoli. Ad esempio consentendo una preventiva, circostanziata e non vessatoria rinuncia *ad hoc* del diritto alla disconnessione almeno da parte di una percentuale dei soggetti interessati.

Altra dimensione importante da regolare attraverso una contrattazione collettiva specifica per ciascuna variante di teleworking può essere la delicatissima tematica delle classificazioni professionali e della formazione. Quanto alla prima, già negli attuali contratti collettivi vi sono materie che consentirebbero una regolazione più mirata, ad esempio sui riflessi delle innovazioni organizzative sulla qualità del lavoro e delle professionalità, nei quali potrebbero rientrare anche i criteri per le progressioni (art. 7 lett. v del CCNL delle Funzioni centrali). E' ovvio che, se si guarda alla normativa esistente, gli spazi appaiono angusti e anche asfittici. Si potrebbe pensare a ben altra valorizzazione delle professionalità, specie di quelle altamente specialistiche, fornite di particolari competenze nell'utilizzazione anche delle tecnologie digitali e delle prestazioni di tipo consulenziale non predeterminabili e ad alta valenza innovativa. Non sempre al riguardo è utile restare nei classici sistemi di inquadramento.

Importantissima è anche la formazione, specie con finalità mirate di *reskilling*, che può essere materia di relazioni sindacali a livello decentrato. Utile però potrebbe anche essere porre dei confini con normative di indirizzo di livello più elevato: ad esempio, fissando criteri e limiti ad operazioni di *job enrichment* per il *teleworking* di tipo emergenziale, che possono essere utili per ampliare una temporanea mobilità orizzontale del lavoratore, ma anche incentivare operazioni di stravolgimento delle professionalità o, semplicemente, irrealizzabili; oppure possono fondare pretestuose rivendicazioni post-emergenziali⁶¹.

Pure le tematiche della sicurezza del lavoro, benché oggetto di specifica regolazione anche legislativa⁶², meriterebbe probabilmente una rimediazione tarata sulle varia morfologia di *teleworking*.

⁶⁰ V. le osservazioni di Starace, cit.

⁶¹ Un utile esempio è quello del *reskilling* degli autisti in periodo di *lockdown*, che può essere praticabile (ad esempio riutilizzando in attività di assistenza organizzativa da remoto chi parte da un minimo di competenze e di vocazione), ma anche del tutto irrealizzabile.

⁶² V. Casillo-Tufo, cit.; Spinelli, cit.

6. Un mix di fonti legislative e contrattuali, ivi compresi accordi individuali qualificati. Relazioni sindacali partecipative, micro-organizzazione e interessi degli utenti.

Un altro degli effetti delle digi-demia è un fiorire di idee e proposte proprio riguardo a nuovi assetti regolativi dello sw. Molti sono i percorsi e i punti di vista, non sempre tarati sulla varietà e sulle differenze nella tipologia di teleworking, anche profonde, come si è visto.

Da non trascurare sono invero le tracce contenute nella c.d. Direttiva Madia n. 3/17, che ancora oggi propone il quadro più articolato sullo sw "genuino": molti atti di organizzazione, unilaterali (come i codici di condotta delle amministrazioni o i disciplinari per contratti e accordi individuali), ma anche con aperture alla partecipazione sindacale. Quella direttiva non escludeva neanche la contrattazione su: attività ammesse a lavoro agile; criteri di preferenza per ammissione a lavoro agile; fasce di contattabilità; criteri per verificare attività resa a distanza (lett. C). Più rigida appare invece la direttiva Madia sulla tematica dell'orario di lavoro⁶³. Tuttavia essa non sembra aver avuto un gran seguito e, inoltre, non si presta ad abbracciare tutta l'esperienza di teleworking vissuta negli ultimi mesi.

Perciò interessanti appaiono le sollecitazioni di chi vede la necessità di nuovi interventi della contrattazione nazionale (Landini⁶⁴, Sbarra⁶⁵, Naddeo⁶⁶) o decentrata (Bentivogli⁶⁷, anche se soprattutto per il settore privato). Non mancano pareri secondo cui meglio, almeno per ora, sarebbe non appesantire in alcun modo la normativa in materia (Del Conte⁶⁸, Martone⁶⁹) oppure limitarsi a una disciplina leggera tramite protocolli (Matteini⁷⁰). Per converso si sostiene autorevolmente la necessità di una disciplina legislativa almeno del diritto alla disconnessione (Ministro del lavoro Catalfo).

Come ho già detto, ritengo molto importante differenziare tutele e risistemazioni regolative per tipologie di *remote working*, nel rispetto del sistema delle fonti vigente per il lavoro pubblico.

⁶³ Spinelli, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in RGL, 2018, I, spec. p. 132 e 138.

⁶⁴ V. intervista a *la Repubblica* del 18 maggio 2020.

⁶⁵ Ne il dubbio del 27 maggio 2020

⁶⁶ Nell'intervento citato.

⁶⁷ V. *la Repubblica* del 3 maggio 2020.

⁶⁸ M. Del Conte, *E adesso proteggiamo lo smart working dall'iper-regolamentazione*, ne *ildiaridellavoro.it* del 14 maggio 2020.

⁶⁹ M. Martone, intervento *La remotizzazione del lavoro*, Università di Roma Sapienza, 25 maggio 2020.

⁷⁰ Nell'intervento citato.

Alcune modalità, come il telelavoro appaiono già ben regolate. Per l'hw emergenziale occorre forse avvicinarne la regolazione al telelavoro. Per lo sw vero e proprio probabilmente è utile recuperare la funzione dell'accordo individuale, come snodo cruciale per equilibrare esigenze organizzative e work-life balance.

Proprio a quest'ultimo riguardo la digi-demia, come si è visto, ha fatto risaltare la necessità di maggiori garanzie sulla genuinità delle pattuizioni individuali. Il disciplinare di amministrazione – previsto dalla direttiva Madia - non sembra una garanzia sufficiente, non foss'altro che per la sua natura standardizzante.

Al di là dei percorsi contrattuali, potrebbe qui essere utile un maggiore coinvolgimento dei Comitati paritetici per l'organizzazione previsti dai CCNL 2018 (già in tema di telelavoro) e dei Comitati unici di garanzia (Cug), che hanno delle specifiche competenze proprio in materia di conciliazione lavoro/vita privata.

Vi è chi rileva che l'intervento dell'uno esclude quello dell'altro⁷¹.

A me pare che innanzitutto occorrerebbe verificare la vitalità di entrambi gli organismi, spesso non costituiti o poco operativi. Se in passato poche erano le informazioni disponibili, nella stagione della digi-demia si sa ancora meno di entrambi. Dall'unica indagine disponibile – quella condotta dalla Cgil/Fondazione Di Vittorio, già citata – sembrerebbe che nessuno dei due organismi abbia svolto un ruolo di rilievo. E, per l'inedita emergenza, sarebbe anche comprensibile.

Nulla esclude però per il futuro di pensare ad una valorizzazione di entrambi gli organismi, magari anche promuovendo una qualche sinergia, dal momento che non appaiono organismi in contrapposizione per le funzioni svolte. Piuttosto sembrerebbero destinati a svolgere funzioni complementari: uno più attento ai problemi degli assetti organizzativi toccati da innovazioni tecnologiche; l'altro specificamente strutturato per garantire parità di genere e *work-life balance*. Si tratta in entrambi i casi di far funzionare al meglio i due organismi senza intralciare l'azione amministrativa e complicare i processi decisionali. A tal fine una snella commissione che rappresentasse entrambi gli organismi citati, almeno quando sono implicate tutte le funzioni del *remote working* o, in ogni caso, sia presente la funzione di *work-life balance*, potrebbe svolgere un significativo ruolo di supporto.

In questo ruolo potrebbe essere utilmente contemplato l'accordo individuale per il lavoro agile, come oggetto sia di una sorta di validazione

⁷¹ Tampieri, op.cit. Sembra propendere per la contrattazione decentrata M. Brollo, cit., p. 128. Più incline ad immaginare un mix armonico Zilli, op.cit., p. 375, anche se il "perno" del sistema regolatorio sarebbe il CUG. Sembrano concordare Alessi-Vallauri, op.cit.

ex ante sia di attento monitoraggio *ex post* da parte di organismi imparziali interni all'amministrazione. Un organismo imparziale potrebbe appunto essere la commissione interorganica appena menzionata o il solo Comitato paritetico, prevedendo comunque un breve termine di silenzio-assenso in caso di accordo individuale di smartworking con funzione conciliativa non standard.