

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al Bollettino ADAPT [clicca qui](#)
*Per entrare nella Scuola di ADAPT e nel progetto **Fabbrica dei talenti***
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 8 aprile 2019, n. 14

Lo smart working è una semplice modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e non una nuova tipologia contrattuale. L'art. 19, co.2, ne predispone le modalità di recesso. Si riconosce pertanto (implicitamente) che l'attività lavorativa può proseguire secondo le modalità ordinarie del lavoro subordinato tradizionale presso l'azienda.

Se così non fosse, l'accordo per lo svolgimento della prestazione in smart working sarebbe sostitutivo del contratto di lavoro ed il recesso per "*giustificato motivo*" comporterebbe una nuova ipotesi di libera recedibilità *ad nutum*. Nel caso di specie, inoltre, l'articolo non menziona espressamente né il licenziamento ad opera del datore di lavoro, né le dimissioni del lavoratore.

Se da un lato, tale lettura risolverebbe il possibile contrasto tra recesso e licenziamento, dall'altro pone dubbi sulle condotte dello smart worker, poiché la norma - apparentemente - non riconoscerebbe la possibilità di estinguere il rapporto di lavoro.

Le modalità di recesso dallo smart working, disciplinate dalla legge 81/2017 sembrano essere coerenti con la disciplina del licenziamento individuale: se lo smart working è a tempo determinato, il recesso deve avvenire in presenza di un giustificato motivo; se, invece, lo smart working è a tempo indeterminato, il recesso può avvenire senza preavviso solo in caso di giustificato motivo, mentre, in assenza di giustificato motivo, il recesso deve essere dato con preavviso di trenta giorni (novanta se il lavoratore è assunto come quota riservata ai disabili).

Tale coerenza genera però dubbi in merito alla distinzione dei motivi che giustificano il recesso dallo smart working e motivi che ne giustificano il licenziamento: «*In presenza di un giustificato motivo, ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato*». Ma cosa si intende per "*giustificato motivo*"?

Non può si può fare a meno di notare come “*giustificato motivo*” di recesso richiami necessariamente il “*giustificato motivo*” di licenziamento. Il licenziamento per condotta imputabile a titolo di colpa del lavoratore con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato può avvenire per giusta causa (ex art. 2119 del codice civile) o giustificato motivo di cui all’art. 3, L.604/1966: «*Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.*»

Per evitare un corto circuito normativo, le vie da percorrere sarebbero sostanzialmente due: 1) riconoscere la possibilità di risolvere anche il rapporto di lavoro attraverso il “*giustificato motivo*” di recesso, che in tal caso diverrebbe sinonimo di *giusta causa*; 2) riconoscere anche la possibilità di risolvere il rapporto di lavoro in conseguenza del “*giustificato motivo*” di recesso, che altro non sarebbe che un motivo di cui all’art. 3, L.604/1966.

Nel primo caso però vi sarebbe una coerenza di risultato (entrambi recesso/risoluzione senza preavviso), ma anche una irragionevole locupletazione terminologica: *giustificato motivo/giusta causa*.

Nel secondo caso vi sarebbe una coerenza terminologica (entrambi recesso/risoluzione per *giustificato motivo*), ma anche una irragionevole mancata immediata risoluzione del rapporto di lavoro.

Poste le ovvie perplessità per l’espressione terminologica usata dal legislatore, le strade non sarebbero incompatibili tra di loro. Qualora non fosse percorribile la prima via prospettata, impedendo il licenziamento del lavoratore in caso “*giustificato motivo*” di recesso, vi sarebbe una palese lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.: se non si ammettesse tale possibilità un lavoratore in smart working avrebbe più tutele di un lavoratore che lavora in azienda. Assunte dunque le ovvie differenze tra i due lavoratori in merito alle modalità di svolgimento della prestazione, una condotta che determina il licenziamento per *giusta causa* non potrebbe che comportare un “*giustificato motivo di recesso*”.

Nel secondo caso, invece, dato che il “*giustificato motivo*” di cui all’art. 19, L. 81/2017 permette il recesso dallo smart working senza preavviso, mentre il “*giustificato motivo*” di cui l’art. 3, L. 604/1966 permette il licenziamento con preavviso: il recesso diverrebbe il preavviso richiesto

dall'art. 3, L. 604/1966.

Il giustificato motivo di licenziamento ex art. 3, L. 604/1966 non si riferisce però solo a condotte imputabili a titolo di colpa al lavoratore, ma anche a ragioni oggettive imputabili all'impresa.

Ad avviso di chi scrive, rientrerebbe nelle piene facoltà del datore di lavoro recedere per "*giustificato motivo*" anche con conseguente licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma tale giustificatezza non potrebbe dipendere dallo svolgimento della prestazione in *smart working*.

Primo, perché lo smart working supera i problemi organizzativi ed economici di un'azienda che non può accogliere tutti gli eventuali lavoratori per limiti di spazio. Secondo, perché, essendo lo smart working una modalità di esecuzione della prestazione che viene prestabilita di comune accordo tra le parti, il datore di lavoro non potrebbe essere causa del suo male.

Discorso a parte è invece il licenziamento a seguito del recesso del lavoratore, poiché gli ovvi vantaggi (organizzativi ed economici) dello smart working potrebbero invece determinare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento di cui all'art.3, L. 604/1966. Non prevedendo alcun tipo di tutela nei confronti del lavoratore, infatti, l'art. 19, co.2, L. 81/2017 legittimerebbe un licenziamento per giustificato motivo oggettivo dello smart worker che recede per "*giustifica motivo*".

In tal caso vi sarebbe una apparente sproporzione dei poteri di recesso tra le parti. Bisogna fare però chiarezza al riguardo.

La sproporzione dei poteri di recesso vi sarebbe nel caso in cui il lavoratore non fosse stato assunto come smart worker. In tal caso, nascendo il rapporto come di tipo subordinato tradizionale, il lavoratore può legittimamente recedere dallo smart working per qualsivoglia giustificato motivo.

Non vi sarebbe sproporzione dei poteri di recesso, invece, nel caso in cui la prestazione lavorativa in smart working sia una caratteristica strutturale delle mansioni per cui il lavoratore era stato assunto (anche ai fini organizzativi), poiché (dimostrando che il venir meno della natura agile della prestazione comporti una disfunzione organizzativa) il datore di lavoro può legittimamente intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Paolo Iervolino

Dottorando di ricerca in diritto del lavoro,
Università degli Studi di Roma Tor Vergata