



CENTRE FOR THE STUDY OF
EUROPEAN LABOUR LAW
"MASSIMO D'ANTONA"

Working Papers

Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS)
(a cura di)

Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale.

Stato dell'arte e proposte interpretative
di un gruppo di giovani studiosi

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .Collective Volumes – 6/2017

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>



Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale.

Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi^{α αα}

Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS)

Presentazione (Matteo Verzaro)	3
RELAZIONI	4
La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni (Stefano Cairoli).....	5
Il lavoro agile: finalità, politiche di <i>welfare</i> e politiche retributive (Luisa Monterossi)	21
Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile (Giulia Marchi)	36
Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la <i>revanche</i> dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile (Marco Cuttone).....	47
L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione (Antonio Riccio)	61
Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. brevi osservazioni (Stefano Bini)	76
I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato (Annamaria Donini)	90

^α Atti del convegno del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) – Roma 18 ottobre 2017

^{αα} Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Sapienza Università di Roma, ove sarà pubblicato.

Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile (Angelo Delogu)	108
INTERVENTI	125
Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti (Domenico Mezzacapo)	126
Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile (Fabrizio Ferraro)	137
Il lavoro agile tra l'esaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.lgs. n. 81/2008 (Lorenzo M. Pelusi)	154
Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto (Giovanna De Nardo)	169

Presentazione

Matteo Verzaro^α

Il presente volume raccoglie le relazioni e gli interventi del primo convegno organizzato dal Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) su "Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi", svoltosi il 18 ottobre 2017 nella Sala delle Lauree della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

È questa occasione gradita per esprimere, da parte di tutto il GggS, vivo ringraziamento ai Maestri della Sapienza, in particolare al Prof. Giuseppe Santoro-Passarelli e al Prof. Arturo Maresca, che hanno incoraggiato e supportato con vicinanza "paterna" e scientifica acribia i lavori di preparazione del convegno e di redazione del presente volume.

Come grato è il ringraziamento a tutti i relatori e gli interventori, specialmente esterni alla Sapienza, che hanno accolto l'invito a partecipare a questa iniziativa con straordinario impegno ed approfondimento scientifico, contribuendo così alla realizzazione di un dibattito tra giovani studiosi su una tematica tanto nuova, quanto complessa: il lavoro agile.

Sia questa l'occasione della (ri)nascita di quello scambio circolare tra i giovani giuslavoristi dell'università italiana al fine di un ampliamento degli orizzonti d'indagine e di una costruttiva dialettica di supporto allo studio e allo sviluppo del diritto del lavoro.

^α Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Segretario Giunta di coordinamento GggS

RELAZIONI

La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni

Stefano Cairoli^o

SOMMARIO: 1. Accordo di lavoro agile e prestazione svolta in modalità agile. - 2. L'assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo: senso e limite della previsione. - 3. La flessibilità nel luogo di lavoro: esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa come elemento tipico della fattispecie. - 4. La flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale e non obbligatorio. - 5. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio. - 6. Le "interferenze" tra regolazione collettiva e disciplina legale: dell'art. 18 legge n. 81/2017 quale possibile o unica modalità di svolgimento della prestazione in forma agile.

1. Accordo di lavoro agile e prestazione svolta in modalità agile.

La legge n. 81/2017 qualifica il lavoro agile come modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato con connotati particolari, e che corrisponde a finalità di tutela della competitività delle imprese e di conciliazione tra vita e lavoro.

Il legislatore non sembra identificare nel lavoro agile una tipologia contrattuale, ciò che consente nel campo del pubblico impiego di prescindere dall'applicazione degli art. 35 e seguenti, d.lgs. n. 165/2001, e in specie per quel che concerne l'art. 36 comma 2 in materia di forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa.

^o Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Membro GggS.

Si tratta invece di una clausola che introduce, contemporaneamente o dopo l'assunzione, elementi di flessibilità nell'esecuzione della prestazione che non giungono ad incidere sulla causa del contratto, che resta quella propria del lavoro etero-diretto (ma v. *infra*, § 3).

Caratteristica imprescindibile del lavoro agile ai sensi dell'art. 18 è l'accordo individuale, di cui l'articolo successivo delinea i requisiti essenziali: l'oggetto, riferito alla "esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore", la forma scritta *ad probationem* e "ai fini della regolarità amministrativa" e la libera recedibilità (o recedibilità causale per patti a scadenza).

La prima conseguenza di tale affermazione è che l'adempimento in forma agile non può, pertanto, essere imposto al lavoratore: la pretesa del datore di lavoro non deve, in altre parole, trarre fondamento dall'esercizio di un potere unilaterale.

E tuttavia, nella fase "precontrattuale", è di tutta evidenza che tenderà di regola ad imporsi l'interesse dell'imprenditore il quale, esercitando la propria naturale supremazia, potrà probabilmente contare sull'accondiscendenza del lavoratore. Rispetto a tale rischio non è posto argine né per mezzo dell'imposizione della stipula dell'accordo nelle cd. sedi protette, né imponendo l'attivazione di tale forma di adempimento per mezzo di accordi collettivi, ipotesi della quale si discute semmai la configurabilità (*infra*, § 6).

In questo senso la previsione di un recesso libero non sembra costituire una garanzia sufficiente per il lavoratore, soprattutto quando sia parte di un contratto di lavoro a termine o abbia una ridotta anzianità lavorativa nell'ambito di un contratto a tutele crescenti¹.

Ciò premesso, la legge impone alcuni requisiti della prestazione e del patto di lavoro agile la cui ricognizione è decisiva per comprendere il senso dell'introduzione di questa disciplina legale.

L'accordo di lavoro agile può riguardare innanzitutto la collocazione del tempo e del luogo della prestazione, ma non è chiaro se possa o debba riguardare entrambi.

A tal riguardo, mentre la prima parte dell'art. 18 comma 1 afferma l'assenza di "precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", la seconda afferma che la prestazione lavorativa si esegue "in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa" e

¹ Fino ad affermare che l'elemento della conciliazione vita-lavoro giunga a rivestire una funzione secondaria, asservita nei fatti alle esigenze di competitività delle imprese: in q. senso F. Ferraro, in q. raccolta.

comunque entro i soli limiti di durata massima giornaliera e settimanale dell'orario di lavoro.

Riferite ambedue alla prestazione in forma agile, queste due disposizioni risulterebbero contraddittorie, atteso che l'accordo potrebbe riguardare solo il tempo e non il luogo, a fronte di una prestazione comunque soggetta ad alcuni limiti di orario (nel presupporre una misurazione della durata massima della prestazione). E così pure secondo la prima parte l'accordo potrebbe riguardare solo il luogo e non il tempo, mentre per la seconda la prestazione deve chiaramente essere svolta in parte all'esterno.

Invece, secondo una più condivisibile lettura, il comma 1, in una prima parte, detta i requisiti del patto di lavoro agile, e nel periodo successivo della prestazione di lavoro in modalità agile che coincide con la prestazione svolta, senza i tradizionali vincoli di tempo e luogo, al di fuori delle mura aziendali.

Elemento essenziale è dunque l'accordo delle parti, al quale possono aggiungersi elementi liberamente modulabili dalle parti.

Anzitutto l'utilizzo di strumenti tecnologici, formalmente "possibile" nonostante sia in concreto assai rilevante nell'assetto di interessi complessivo o in alcuni casi decisivo per la gestione della prestazione in modalità agile.

In secondo luogo, lo svolgimento di una prestazione "anche per fasi, cicli e obiettivi" è elemento accessorio compatibile con la retribuzione di produttività e con gli sgravi contributivi per la conciliazione vita-lavoro (cfr. i d.intermin. 25.03.2016, art. 2, comma 2, e 12.09.2017, art. 3 lett. B).

Ma a ben vedere, essendo inserita nello stesso inciso, è eventuale "anche" l'organizzazione della prestazione "senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro": occorre comprendere cosa significhi "non precisi" vincoli e se possa configurarsi una prestazione di lavoro agile svolta esclusivamente all'interno dell'azienda.

2. L'assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo: senso e limite della previsione.

La stessa rubrica della norma, "misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" pare incentrata su una forma di flessibilità nello spazio e nel tempo, che in un certo senso presuppone la libertà per le parti individuali di delimitare le modalità della prestazione.

Posta questa premessa, è allora pienamente comprensibile il fatto che la norma consente – anche se non impone – di limitare in modo preciso il funzionamento del patto di lavoro agile lungo le stesse coordinate sulle quali esso va ad incidere, almeno principalmente, ossia spazio e tempo.

Del resto, se già sul piano generale la modalità agile non potrà essere "disposta unilateralmente" dal datore di lavoro, è coerente affermare che saranno le parti a dettare (eventuali) precisi limiti rispetto al tempo e al luogo di lavoro.

Ecco dunque che il riferimento all'eventuale assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo corrisponde a una funzione di modulazione del livello di dettaglio con cui le parti intendono applicare l'accordo o, ancora, del livello di delimitazione, all'interno della prestazione di lavoro subordinato, di quella esigibile in forma agile, in particolare per la parte "tipica", che come si vedrà è quella svolta all'esterno senza una postazione fissa.

Un'elevata precisione può corrispondere all'interesse dell'una piuttosto che dell'altra parte, soddisfacendo ora le esigenze di competitività delle imprese, ora quelle di conciliazione tra vita e lavoro del dipendente: già, ad esempio, la contrattazione collettiva antecedente all'entrata in vigore della norma prevedeva, sia nel settore privato che in quello pubblico, che lo svolgimento in forma agile (più spesso definita *smart working*) potesse sostanziarsi in ben scanditi accordi periodici (con cadenza settimanale o mensile²) tra il responsabile e il lavoratore circa la programmazione del lavoro in forma agile nel periodo successivo o, diversamente, era previsto che il datore di lavoro potesse in qualsiasi momento, per non meglio definite esigenze organizzative, richiamare il lavoratore.

La norma consente alle parti, in altri termini, di definire limiti precisi all'operare del patto di lavoro agile sulla prestazione di lavoro, oppure di escluderli e a tale opzione conseguirà, quale primo effetto, che il patto di lavoro agile si applichi senza vincoli di tempo al rapporto di lavoro e non, ad esempio, per fasce orarie o un numero di ore/giorni definiti o delimitati in quantità³.

Ma lo stesso discorso può valere entro la dimensione spaziale, e così il datore di lavoro potrà esigere che, se accordo deve essere, in esso siano posti limiti all'allontanamento del lavoratore rispetto ai locali aziendali – magari per assicurarsi una pronta ripresa in caso di difficoltà di collegamento – o ancora vincoli (raggiungibilità, connettività, riservatezza) per la scelta della postazione di lavoro esterna da parte del lavoratore.

Così letta, la libertà accordata alle parti individuali di porre vincoli precisi o imprecisi nel tempo piuttosto che nel luogo di lavoro sembra sussistere indipendentemente dall'esistenza di una clausola di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi.

Occorre infine precisare che eliminabile sarà l'apposizione di vincoli precisi, non di vincoli *tout court*, ed entro tale ottica la previsione si

² Accordo FS del 2.5.2017, cl. 8.

³ Cfr. ancora l'accordo FS del 2.5.2017, clausola 9; MPS 29.5.2017, clausola 4.

raccorda perfettamente con la parte seconda del comma, nel senso che l'assenza di precisi vincoli non potrà mai tradursi nello svolgimento dell'attività in modo esclusivo all'interno o all'esterno, o in modo del tutto indistinto, posto che l'assenza assoluta di criteri potrebbe consentire lo svolgimento esclusivo intra o extra-aziendale, non previsto dalla norma.

3. La flessibilità nel luogo di lavoro: esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa come elemento tipico della fattispecie.

Se dalla libertà concessa alle parti individuali si desume che l'assenza di precisi vincoli sia un dato accessorio, è invece certo che la flessibilizzazione propria del patto di lavoro agile si esprime anzitutto e ineludibilmente nell'esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa.

Infatti, ai sensi dell'art. 18, comma 1, secondo periodo, che è riferito alla prestazione in forma agile, si afferma che la prestazione viene eseguita (necessariamente) "in parte all'interno dei locali aziendali, in parte all'esterno senza una postazione fissa" e la ricorrenza congiunta di questi elementi rappresenta, insieme ad un accordo tra le parti, la condizione necessaria e sufficiente per avere una prestazione di lavoro in forma agile.

È l'unione di questi elementi (svolgimento in forma alternata+discrezionale scelta dei luoghi di lavoro all'esterno) a rendere peculiare la fattispecie poiché, nel lavoro subordinato anche anteriormente alla disciplina della legge n. 81/2017, non era previsto né un obbligo contrattuale di svolgimento della prestazione all'interno dei locali aziendali, né un obbligo di indicazione di una precisa sede o luogo di lavoro⁴.

Oggi invece il legislatore impone che una parte si svolga alternando, da un lato, una flessibilità estrema nella scelta dei luoghi, rimessa al lavoratore nei limiti dell'accordo e, dall'altro, una prestazione da rendere all'interno dei locali aziendali⁵, nelle forme socialmente tipiche che conducono all'ordinaria applicazione delle regole in materia di sicurezza⁶ e sui poteri datoriali: né vi sarebbe ragione alcuna, del resto, per differenziare le tutele intra-aziendali.

⁴ V. Pinto, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 2, p. 367 e art. 1 d. lgs. n. 152/1997.

⁵ Santoro-Passarelli G., *Lavoro eterorganizzato, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, p. 9.

⁶ Sul tema A. Delogu, in q. raccolta.

Ne conseguono riflessi sul luogo di lavoro "interno": al riguardo il riferimento è ai locali aziendali, da intendere come luoghi di proprietà o nella disponibilità organizzativa del datore di lavoro, e non alla sede di lavoro che li ospita ed è con riferimento ad essa che potranno continuare ad applicarsi gli istituti tradizionali come il trasferimento e il distacco⁷, o la trasferta⁸.

Pertanto, lo svolgimento dell'attività di lavoro da remoto, presso un centro di lavoro o uno spazio di coworking predisposto e utilizzato da più datori di lavoro, a prescindere dagli assetti proprietari, non potrà per definizione integrare un'ipotesi di lavoro agile.

La postazione di lavoro agile, invece, ex art. 18 della legge, non può essere fissa, ossia deve essere almeno potenzialmente sempre modificabile e al contempo, l'art. 23 aiuta a capire che tale opzione è riservata al lavoratore, perché la postazione è da quest'ultimo "prescelta", con ovvie implicazioni rispetto alla determinazione dell'ambito di rischio: a riprova il rafforzamento dell'obbligo di cooperazione del lavoratore nella ripartizione degli obblighi di sicurezza e le peculiari regole per l'infortunio *in itinere*⁹.

In altri termini, non solo il lavoratore, come avviene nel lavoro a domicilio, non dovrà svolgere la prestazione in locali di disponibilità aziendale ma, anche in presenza di vincoli di luogo di lavoro estremamente precisi, dovrà avere a disposizione almeno n+1 posti a sua libera e insindacabile scelta. Infatti, un numero determinato di postazioni, anche alternative tra loro, non esclude che ciascuna di esse possa essere considerata fissa e predeterminata dal datore di lavoro, mentre dirimente è che la scelta tra tali luoghi sia liberamente operata dal lavoratore. Questo aspetto permette anche di distinguere con nettezza la mobilità del lavoratore agile dalla trasferta, almeno su un piano strettamente concettuale.

⁷ Anche se è di tutta evidenza che il mutamento definitivo del luogo di lavoro potrebbe facilmente rappresentare un giustificato motivo di recesso dal patto, ove si accolga quell'interpretazione che, nel riferimento alla nozione di giustificato motivo anziché a quella, tradizionale, di giusta causa del recesso *ante tempus*, individua in tale formulazione una causale che può prescindere dall'inadempimento di una delle parti o dalla rottura del vincolo fiduciario. Cfr. al riguardo la clausola 3 dell'accordo MPS 29.5.2017, che prevede la revoca automatica del patto in caso di trasferimento/assegnazione ad altra sede.

⁸ In molte esperienze di contrattazione anche precedenti alla legge n. 81/2017 si esclude che per mezzo della prestazione in forma agile possa essere svolta attività in trasferta.

⁹ Regole in virtù delle quali l'art. 23 impone una valutazione di ragionevolezza in merito agli spostamenti tra l'abitazione e la postazione di lavoro prescelta, basata sulle esigenze organizzative e, rafforzata sulla base di una valutazione di necessità, sulle esigenze di conciliazione vita-lavoro.

Ciò permette di cogliere come tutti gli elementi differenziali della fattispecie del lavoro subordinato agile trovino giustificazione nella misura in cui ricorra il suddetto elemento della flessibilità nei luoghi di lavoro.

A conferma di questa impostazione si osservi che l'art. 19 comma 1 individua tra i limiti alla disponibilità al lavoro "altresì i tempi di riposo", ed assicura le modalità di disconnessione, ossia i limiti alla reperibilità del lavoratore, ma prima ancora impone di regolare "le forme di esercizio del potere direttivo" proprio per la parte resa *ab externo*.

Si aggiunga poi che l'art. 20 comma 1, dispone la parità di trattamento economico e normativo complessivamente applicato tra lavoratori comparabili agili e lavoratori intra-aziendali che svolgano le medesime mansioni, dato dal quale si evince che non è neppure considerato – perché non esiste – un lavoratore agile che svolga l'attività solo all'interno dell'azienda.

Non può sfuggire inoltre che il capo II, anche quando disciplina i poteri disciplinare e di controllo (art. 21) presuppone che la prestazione sia resa all'esterno dei locali aziendali.

È solo nel caso in cui la prestazione sia svolta all'esterno che si rivela utile regolare in modo diverso l'esercizio dei poteri datoriali, i loro limiti e le garanzie di tutela da accordare al lavoratore e, al riguardo, per l'interprete si pone il problema di comprendere se tali poteri – in particolare quello direttivo che caratterizza l'etero-direzione – vengano meno o in un certo senso si affievoliscano rispetto al lavoro subordinato standard ex art. 2094 c.c.

Rispetto a questa tematica, che esula dal presente approfondimento¹⁰ ed appare densa di implicazioni in merito alla specialità del lavoro in forma agile¹¹, è possibile per un verso rilevare, con il conforto del dato testuale, che l'accordo di lavoro agile può intervenire solo a declinare le "forme di esercizio" del potere direttivo¹² (e così pure dei poteri corollari ad esso), non già a limitarne e men che meno a escluderne l'esercizio unilaterale, sostituendo ad esso l'accordo¹³.

Per altro verso, tuttavia, nell'esperienza legislativa del lavoro a domicilio, in espresa deroga all'art. 2094 c.c. la subordinazione ricorre

¹⁰ Sul punto si rinvia all'interessante approfondimento di F. Ferraro, § 4 ss., in q. raccolta.

¹¹ Sul punto A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 341/2017, p. 14-15, secondo cui "si può avanzare la tesi che il lavoro agile rappresenti una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., segnatamente sotto il profilo degli interessi".

¹² G. Proia, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2017 (in corso di stampa).

¹³ G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 11.

anche quando il potere direttivo sia limitato alle modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente, e dunque ricorre anche in forma attenuata, laddove si possa ritenere provato l'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione della produzione.

Nella realtà, è possibile che simili situazioni si presentino anche nel patto di lavoro agile, la cui legge non prevede una deroga espressa ma, al contempo, ammette che il patto possa abbinarsi a forme di organizzazione dell'attività per fasi, cicli o risultati, e prevedere forme di collaborazione a distanza e offline, peraltro senza postazione fissa.

4. La flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale e non obbligatorio.

La rubrica della norma, come accennato, fa riferimento anche a forme di flessibilità nel tempo ed anche l'elemento del tempo di lavoro può essere o meno oggetto di precisi vincoli consensuali.

Il secondo periodo dell'art. 18, comma 1, prevede il rispetto, nello svolgimento della prestazione extra-aziendale dei "soli" limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Sembra però trattarsi di un elemento eventuale, non imposto nell'esecuzione della prestazione in forma agile: le parti possono senza dubbio scegliere di superare l'orario di lavoro normale e variare la collocazione oraria della prestazione, ma possono non variare né l'uno, né l'altra.

Non v'è dubbio, però, che il lavoro agile, così interpretato ed applicato, si distinguerebbe in misura teorica e certamente poco significativa dal telelavoro in forma alternata¹⁴, mentre sono gli elementi aggiuntivi che possono essere innestati sulla fattispecie a presentare le implicazioni e i tratti differenziali più interessanti sia sul piano giuridico che su quello dell'interesse delle imprese a ricorrere a questa modalità di svolgimento della prestazione¹⁵, a cominciare dall'esercizio dei poteri, dalla regolamentazione del tempo e dell'organizzazione del lavoro.

¹⁴ In q. senso M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Dir. sic. lav.*, 2017, p. 7.

¹⁵ In q. senso l'invito di A. Maresca, *Smart working, subordinazione soft*, in *Il Sole 24Ore*, 26 luglio 2017, in una delle prime riflessioni sul tema, a non "ingegnarsi per fare regredire (il lavoro agile, nds) a una forma del vecchio telelavoro", istituto che ha avuto effettivamente una scarsissima diffusione anche laddove è stato legislativamente disciplinato, come nelle PP.AA.

Questa riflessione aiuta a riconoscere che, sul piano pratico, il lavoratore subordinato, per poter essere adibito alla modalità esecutiva in forma agile debba dotato di un minimo livello di autonomia operativa e responsabilità professionale.

In merito al tempo della prestazione, si può sostenere che anche l'orario di normale di lavoro, atteso l'obbligo del rispetto dei "soli" limiti di durata massima, può essere derogato nella parte di prestazione resa all'esterno dei locali del datore di lavoro, come pure sembra possibile ipotizzare - e sarebbe estremamente innovativo - che per mezzo del patto si instauri una sorta di orario "multi-periodale", definito su base individuale e non più collettiva, entro limiti di riposo consecutivo giornaliero e settimanale, ben minori dei quattro mesi previsti ordinariamente dal d. lgs. n. 66/2003.

Non sembra invece consentito che nel lavoro agile debba essere superato l'orario di lavoro come sistema di misura della prestazione, come pure sembrerebbe suggerire l'organizzazione del lavoro per fasi, cicli e risultati.

Il divieto si potrebbe desumere dal riferimento alla durata massima, che presuppone la misurazione della durata della prestazione, mentre come visto il "tempo di lavoro" al quale si riferiscono i precisi vincoli rappresenta una cornice esterna, ossia le modalità temporali attraverso le quali il patto può applicarsi al rapporto di lavoro.

Peraltro, se anche si abbandonasse del tutto una misurazione a tempo della disponibilità al lavoro e della relativa controprestazione economica, sarebbe assai complicato assicurare un equilibrio con il disposto dell'art. 20 della legge n. 81, che impone un trattamento economico e normativo complessivo non inferiore a quello dei lavoratori che svolgano le stesse mansioni solo all'interno dell'azienda¹⁶.

In tali ipotesi, per non incorrere nelle macroscopiche violazioni producibili per mezzo della comparazione tra retribuzione e tempo, si imporrebbe un generale ripensamento della commisurazione dei trattamenti, con il forte rischio di incorrere in violazione dell'art. 36 comma 1 Cost.17.

Non pare invece giustificabile, alla luce della disciplina in esame, un patto che disciplini solo i tempi di una prestazione integralmente svolta all'interno dell'azienda.

¹⁶ Il compito da delicato diverrebbe di difficoltà insormontabile nel pubblico impiego, dove oltre a tale principio di parità di trattamento ex art. 20, si aggiungerebbero le garanzie di parità di trattamento entro il livello di inquadramento contrattuale ai sensi degli artt. 2 comma 3 e 45 comma 2d. lgs. n. 165/2001, oltre all'obbligo di negoziare in sede sindacale gli aspetti legati alla retribuzione (commi 1 e 2, art. 45).

¹⁷ Cfr. la riflessione di D. Mezzacapo, in q. raccolta.

La mera flessibilità oraria è già prevista per prestazioni di durata non misurata, non misurabile oppure predeterminabile soltanto dal lavoratore, dall'art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66/2003.

Tale disposizione consente di derogare a una serie di rilevanti disposizioni in materia di orario di lavoro (orario normale di lavoro, durata massima, lavoro straordinario, riposo giornaliero, pause, modalità di organizzazione del lavoro notturno e obblighi di informazione, durata del lavoro notturno).

Solo in presenza di quelle caratteristiche possono eliminarsi i vincoli orari per la porzione di prestazione resa all'interno dei locali aziendali: non invece ricorrendo al lavoro agile in sé e per sé considerato.

Al riguardo, paradossalmente, il lavoro agile nella prestazione parrebbe contenuto in limiti meno flessibili di quanto pare consentito, ad esempio, nel telelavoro e nel lavoro a domicilio che, ex art. 17 comma 5, d. lgs. n. 66/2003, possono beneficiare dell'esenzione delle suddette previsioni, con margini di autonomia maggiori di quelli accordati dalla legge n. 81/2017 al lavoro agile extra-aziendale, istituto rispettoso dell'art. 4, dell'art. 7 e del limite del riposo settimanale.

Ma anche tralasciando l'ipotesi, già oggi molto discussa (*infra*, § 5), della sovrapposizione tra telelavoro e lavoro agile, l'interazione tra le due norme pone dubbi più in generale ogni qualvolta la prestazione sia svolta in forma agile e, al contempo, non sia una prestazione misurata, misurabile oppure sia predeterminabile soltanto dal lavoratore: si pensi per esempio all'ipotesi di un dirigente o di quadro con funzioni direttive, o ancora all'ipotesi in cui la prestazione sia resa per mezzo di un'organizzazione per fasi, cicli o risultati, che intrinsecamente può comportare difficoltà o impossibilità nella misurazione della durata della prestazione.

Potrebbe profilarsi, in altri termini, un contrasto tra le due disposizioni.

Ritenendo che debba prevalere, in quanto speciale, la prima norma dell'art. 18 legge n. 81/2017, pure in presenza di un'attività non misurabile o misurabile a discrezione del prestatore, la disciplina dell'art. 17 comma 5 del decreto risulterebbe parzialmente inapplicabile. Viceversa, ritenendo prevalente la norma del decreto, la prestazione lavorativa non potrebbe essere resa in forma agile o, quantomeno, potrebbe esserlo soltanto in forma forzosamente ricondotta a una misurazione di durata che garantisca il rispetto dei limiti di riposo minimo consecutivo.

Una possibile quanto delicata soluzione potrebbe essere quella di ritenere che nel rinvio ai limiti della durata massima della prestazione di cui all'art. 18 della legge sia ricompreso anche il rinvio alle eccezioni ad essi ai sensi dell'art. 17 comma 5 del decreto, ciò che consentirebbe di ritenere applicabili contemporaneamente ambedue le discipline, risolvendo un apparente contrasto.

5. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio.

La discussione in ordine alla sovrapposizione tra la fattispecie del lavoro agile e quella del telelavoro assume rilievo principalmente e in via generale, come è stato correttamente rilevato¹⁸, con riferimento a una prestazione di lavoro subordinato¹⁹ svolta con l'ausilio di strumenti informatici e all'esterno dei locali aziendali.

Gli effetti più rilevanti connessi a tale sovrapposizione si osservano in materia di sicurezza perché, com'è noto, per la parte di lavoro resa a distanza il testo unico prevede norme specifiche con non trascurabili obblighi in materia, ad esempio, di utilizzo dei video-terminali, diritto di ispezione e misure di contrasto all'isolamento del lavoratore (art. 3, comma 10), fermo restando che, come detto, il lavoratore agile, per la parte intra-aziendale, è beneficiario delle stesse tutele previste per i suoi colleghi che svolgano le stesse mansioni, mentre per la parte extra-aziendale il datore di lavoro non può certo esaurire i propri obblighi di sicurezza soltanto per mezzo della consegna dell'informativa scritta, ma sarà soggetto, almeno in parte, a una serie di obblighi generali²⁰.

Quella della sicurezza sarebbe, secondo taluni²¹, la vera ragione alla base del tentativo – prima collettivo, poi legislativo – di creare nuove forme di adempimento sostanzialmente simili ma dotate di un assetto di tutele più leggero.

L'esigenza di distinguere il telelavoro da tali nuove forme spazio-temporali di organizzazione della prestazione²² è acuita nel pubblico impiego dove la fonte legislativa del telelavoro (d.p.r. n. 70/1999), oltre a riproporre il tema della prevenzione con l'aggiunta di ulteriori obblighi, impone anche obblighi ulteriori quali ad esempio quello della fornitura, installazione e collaudo della postazione di lavoro, comunque intesa²³.

¹⁸ *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDL E.it, 335-2017, p. 27.

¹⁹ Perché il telelavoro esprime un assetto di tutele trasversale che non è direttamente né esclusivamente riferito al lavoro subordinato. Cfr. L. Gaeta, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, spec. p. 550 ss.

²⁰ A cominciare dalla valutazione dei rischi e fermo il temperamento con un accresciuto dovere di cooperazione del lavoratore, tanto maggiore quanto maggiori saranno i dati conosciuti e i poteri esercitabili dal datore di lavoro: cfr. per l'approfondimento A. Delogu, in q. raccolta.

²¹ E. Dagnino, M. Tiraboschi, P. Tomassetti, C. Tourres, *Il lavoro agile nella contrattazione..op. cit.*, pag. 88 e segg. e spec. 89-90

²² Che la stessa legge delega Madia, n. 124/2015, all'art. 14, dispone di incentivare anche sotto il profilo del miglioramento della performance.

²³ Nel pubblico impiego, però, la postazione di telelavoro, secondo le regole tecniche (cfr. art. 6 d.P.R. n. 70/1999) elaborate nella Deliberazione 31 maggio 2001, n. 16 del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione, può identificarsi con un portatile: cfr. A.

Questo presunto obiettivo di differenziazione, prima che dal legislatore, era già stato perseguito dalla contrattazione collettiva prevedendo, a fianco del telelavoro, altre ipotesi distinte per l'appunto denominate di *smart working*, ora sulla base del criterio della postazione fissa²⁴, compatibile con quello ma escluso in queste, ora sulla base del criterio della regolarità intesa come "prevalenza" dello svolgimento della prestazione fuori dai locali aziendali²⁵.

Tanto nel prisma della legge, quanto in quello dello elaborato dall'autonomia privata, questi criteri non risultano però del tutto persuasivi né tantomeno sembrano univocamente interpretabili perché, per un verso, non esiste alcun obbligo di postazione fissa nel telelavoro che, infatti, è compatibile con lo svolgimento in forma mobile²⁶ e, per altro verso, anche il telelavoro può essere reso in forma alternata²⁷ e tali ipotesi risulterebbero estremamente difficili da distinguere sulla base del criterio della "regolarità", già interpretato in modo vario e spesso non conforme a quello di "prevalenza"²⁸.

Semmai più convincente può essere quella distinzione basata sul diverso assetto che possono assumere i poteri del datore di lavoro nel lavoro agile²⁹, con una modulazione non prevista per il lavoro a distanza, o ancora sulla possibilità – che è però eventuale – di organizzare il lavoro per fasi, cicli e risultati.

Con meno rigore teorico, possono venire in soccorso nella distinzione pratica anche norme di disciplina quali quella che nel telelavoro pubblico impone al datore di lavoro di fornire gli strumenti di lavoro, a differenza che nel lavoro agile dove l'assegnazione di strumenti tecnologici da parte

Preteroti, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, Cedam, 2017, in corso di stampa.

²⁴ CCNL Industrie Alimentari del 5 febbraio 2016, il CCNL Agrindustria del 23 marzo 2016.

²⁵ Cfr. gli accordi Enel 4.4.2017, C.A. Cariparma 9.3.2017 (art. 1); e Piemonte S.p.a. del 20 gennaio 2017 (art. 2). gruppo Zurich dell'1.6.2016; Barilla 2.3.2015.

²⁶ Cfr. l'accordo quadro nel pubblico impiego del 23 marzo 2000, che contempla espressamente il telelavoro mobile.

²⁷ P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in www.olympus.uniurb.it, "Approfondimenti", 2009, p. 19.

²⁸ Sul tema di recente cfr. le posizioni di V. Pinto, *La flessibilità.. cit.*, p. 366 e M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE.it*, 2017, 335, p. 17 e 31.

²⁹ G. Santoro-Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*, cit., pag. 16, e A. Perulli, cit., p. 14, che afferma "proprio il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094 c.c., non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro".

del datore di lavoro è del tutto eventuale³⁰, e l'art. 17, comma 5 d. lgs. n. 66/2003 che nel telelavoro in generale consente, come osservato, la disapplicazione di un maggior numero di norme in materia di orario di lavoro.

E tuttavia non si può negare che, almeno nel settore privato dove l'istituto del telelavoro non è legalmente definito e regolato, questo tentativo di differenziazione elaborato dall'autonomia privata collettiva poteva riuscire in virtù dell'assenza di efficacia reale degli accordi quadro (europeo del 2002 e nazionale del 2004), e può riuscire certamente ancora oggi perché è e resta facoltà delle parti sociali definire in modo più preciso i requisiti del telelavoro (ad esempio il concetto di regolarità) o di aggiungerne (postazione di lavoro) e potrebbe anche essere facoltà delle parti collettive, come osservato (§ 6), anche specificare i requisiti della prestazione resa in forma agile, nel rispetto dei suoi tratti essenziali e imprescindibili (accordo individuale e svolgimento in forma alternata senza postazione fissa).

Questa ricostruzione dell'autonomia privata non può riuscire entro la disciplina speciale in tema di sicurezza e prevenzione, non solo perché la nozione di telelavoro è lì legalmente individuata anche per il lavoro privato, ma anche perché viene definita in modo diverso (si fa riferimento a rapporti di lavoro a distanza "compresi quelli di cui all'accordo quadro", quasi sottintendendo l'esistenza di altre forme di lavoro da remoto diverse dal telelavoro³¹), con una nozione diversa, di "continuatività", anch'essa interpretata in modi molto diversi tra loro³², e soprattutto perché non sarebbe comunque esclusa un'applicazione analogica delle tutele di cui all'art. 3, comma 10³³.

³⁰ In q. senso le linee guida della direttiva della P.d.C.M. n. 3/2017, che confermano in più punti la possibilità che detti strumenti siano forniti dal lavoratore, secondo la logica anglosassone BYOD-BringYourOwnDevice. In q. senso anche le osservazioni di A. Preteroti, cit. Non è di questo avviso, tuttavia, la circolare INAIL n. 48 del 2.11.2017 secondo la quale, in modo non meglio argomentato "sia per le attività svolte in azienda, sia per quelle svolte al di fuori di tale ambito, gli strumenti tecnologici sono sempre forniti dal datore di lavoro".

³¹ *Contra* P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs act*, in *Quad. Olympus*, n. 5, Aras, 2017, p. 70 ss. secondo il quale la nozione di lavoro a distanza, per quanto estensivamente interpretata, non si estende oltre la nozione di telelavoro

³² Ma v. già in passato le differenti interpretazioni di P. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Fano, 2014, p. 60 e V. Maio, *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. Persiani, M. Lepore (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2012, pp. 94 ss.

³³ P. Pascucci, *op. loc. cit.*

Ma tanto in caso di applicazione diretta o analogica delle tutele, l'interpretazione dovrà tenere conto delle peculiarità del lavoro agile, che ridimensionano gli obblighi di sicurezza³⁴.

Per quel che concerne il lavoro a domicilio, si è già precisato come la sovrapposizione, pur possibile, potrebbe essere esclusa solo a condizione che lo svolgimento della prestazione dell'attività lavorativa nei luoghi di domicilio avvenga in forma alternata ed esclusivamente personale e, soprattutto, sia il frutto di una libera scelta del lavoratore, che potrà e dovrà sempre avere la possibilità discrezionale di svolgere l'attività in luoghi diversi da quelli domiciliari. Ove invece si accerti che il lavoratore abbia convenuto o abbia ricevuto l'ordine di svolgere l'attività esclusivamente in tali spazi, si applicherà la disciplina del lavoro a domicilio.

6. Le "interferenze" tra regolazione collettiva e disciplina legale: dell'art. 18 legge n. 81/2017 quale possibile o unica modalità di svolgimento della prestazione in forma agile.

L'autonomia privata collettiva aveva anticipato l'intervento legale, regolando in appositi accordi forme di "lavoro agile", perlopiù a livello aziendale o di gruppo³⁵, e in alcuni settori. Alcune caratteristiche che ricorrono in più accordi ricalcano i requisiti legali.

In particolare sono sempre previsti: l'accordo tra le parti (collettive o individuali) e accanto ad esso si valorizza talvolta la scelta del luogo da parte del lavoratore; l'utilizzo di strumenti tecnologici di tipo informatico forniti dall'azienda, dotati o comunque predisposti per un collegamento di rete; lo svolgimento di parte della prestazione presso la sede aziendale e di una parte all'esterno, cui è spesso correlata l'assenza di una postazione fissa: a riprova non è, almeno ordinariamente, prevista l'agilità "solo nel tempo".

La contrattazione collettiva aveva in tal modo intrapreso un percorso di regolazione che ha trovato in buona parte riscontro nella traduzione normativa del lavoro agile, la quale però si è sovrapposta a tale produzione

³⁴ Ad es. nel lavoro agile le esigenze di tutela contro l'isolamento, atteso lo svolgimento in forma alternata, si ridimensionano, la responsabilità per la sicurezza degli strumenti di lavoro è eventuale e si ha se gli strumenti di lavoro sono assegnati dal datore di lavoro, le norme sui videoterminali sono previste per lavoratori impiegati almeno 20 ore a settimana. Sul punto v. *amplius infra* il contributo di A. Delogu

³⁵ Si vedano ad es. C.A. Cariparma 9.3.2017; Eni 6.2.2017; gruppo ENGIE 20.1.2017; gruppo Zurich dell'1.6.2016; CCNL Agrindustria 23.3.16. CCNL Alimentaristi 5.2.2016; CCNL Federculture 12.5.2016; Accordo Findomestic 6.6.2017; MPS 29.5.2017; FS Trenitalia del 2.5.2017.

senza riconoscere, almeno espressamente, alcun ruolo alla contrattazione collettiva³⁶.

Il dubbio più rilevante che si pone, però, è in quale rapporto siano le regole collettive e quelle legali, soprattutto per quel che attiene alle difformi previsioni.

Con riguardo a tale interferenza occorre domandarsi se e come l'accordo per lo svolgimento della prestazione in modalità agile stipulato tra le parti individuali possa coesistere con una concorrente regolazione di fonte collettiva. Più in particolare occorre verificare se l'introduzione dello schema legale del lavoro agile precluda o meno interventi collettivi integrativi.

Si tratta di un dubbio che attiene tanto ai contratti collettivi stipulati successivamente al 14 giugno 2017, quanto a quelli stipulati in precedenza per la parte di prestazione resa da tale data.

La tesi secondo cui il lavoro agile, dopo la legge n. 81/2017 sarebbe divenuto un terreno elettivo esclusivo dell'autonomia individuale è di certo rigorosa, ma sostenibile solo entro certi limiti.

Un conto, infatti, è affermare che la norma valorizzi il governo individuale della disciplina, affermazione condivisibile che si desume anche dal regime del recesso e, sotto questo profilo, eventuali patti a-tipici, cioè collocabili fuori dai confini dello schema legale della clausola di lavoro agile, sarebbero ammissibili nella misura in cui sia salvaguardata la fase individuale di costituzione e recedibilità del patto, senza che la stipula per mezzo di accordi collettivi possa sostituirsi alla volontà delle parti individuali.

Un altro conto è affermare che la legge intenda eliminare *tout court* la competenza regolativa dei contratti collettivi e imporre una regolamentazione esclusivamente individuale³⁷, ciò che non appare condivisibile sia perché la contrattazione collettiva può compensare gli squilibri di forza che oggi dominano alcuni aspetti della disciplina del lavoro agile³⁸ e agevolare il raggiungimento degli obiettivi di competitività e di conciliazione vita-lavoro, sia perché il raggiungimento di quegli stessi obiettivi, mediante l'incentivo della retribuzione di produttività e gli sgravi

³⁶ Ruolo che, almeno con riferimento ai contratti ex art. 51 d. lgs. n. 81/2015, nei passaggi tra le Camere era stato proposto per mezzo di un apposito comma, poi stralciato dal testo definitivo.

³⁷ G. Santoro-Passarelli, cit., p. 10.

³⁸ Una possibile soluzione, a tale proposito, potrebbe essere l'imposizione in via collettiva della stipula del patto di lavoro agile in sedi protette, presso le quali, senza nulla togliere al bilanciamento di interessi e soprattutto alle esigenze di competitività delle imprese, sarebbe tutelato un consenso genuino.

contributivi, in altre fonti normative anche successive alla legge n. 81/2017³⁹ continua a presupporre l'intervento dei contratti collettivi, almeno di quelli aziendali e/o territoriali ex art. 51 d. lgs. n. 81/2015.

Eventuali specificazioni-integrazioni sarebbero rimesse alla fantasia dei contratti collettivi, che potrebbero ad esempio fissare criteri di precedenza nell'accesso ai posti di lavoro agile (per meglio realizzare le esigenze di conciliazione tra vita e lavoro) o tracciare regole alle quali il patto di lavoro agile possa attenersi⁴⁰, integrative di una disciplina legale piuttosto scarna⁴¹.

Di conseguenza la contrattazione collettiva previgente resta assolutamente valida, nei limiti in cui non si ponga in contrasto con le previsioni tracciate dalla legge, ad esempio nella costituzione del patto, ormai rigorosamente individuale, sotto il profilo della libera recedibilità piuttosto che degli obblighi di informazione in materia di sicurezza.

Di fronte a ipotetici contasti, però, si potrebbe addirittura ipotizzare che il lavoro agile di cui al capo II della legge n. 81/2017, in tutte le disposizioni ivi contenute, sia promosso quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato "stabilita mediante accordo tra le parti", quasi a sottintendere (o comunque non vietare) l'esistenza di altre modalità di lavoro agile, attivabili *aliunde*, come quelle di matrice esclusivamente collettiva.

Questa impostazione, che priva l'insieme delle norme di una vocazione imperativa, condurrebbe però ad ammettere l'esistenza di un "doppio canale" di attivazione del lavoro in forma agile, ossia tipico, mediante pattuizione individuale conforme agli artt. 18 ss., o atipico, mediante pattuizione difforme ed anche collettiva, nel quale però solo la prima tra le due forme di attivazione godrebbe dei vantaggi normativi propri del capo II legge n. 81/2017, come ad esempio le garanzie di recesso e di parità di trattamento, o la stessa disciplina di incentivo di cui all'art. 18, comma 4, legge n. 81/2017⁴².

Il prezzo di questa ricostruzione, però, potrebbe consistere in una - forse, irragionevole - differenziazione delle tutele.

³⁹ I citati d.intermin. 25.03.2016, art. 2, comma 2, e 12.09.2017, art. 3 lett. B.

⁴⁰ G. Santoro-Passarelli, *ibidem*.

⁴¹ Come riconosciuto anche da A. Perulli, *op. cit.*, p. 14.

⁴² È questa l'interpretazione di D. Mezzacapo, in q. raccolta, secondo cui "*Il lavoro agile nella forma indicata dalla legge 81/2017 .. sarebbe considerato per legge idoneo a determinare incrementi di produttività effettivi, senza necessità di ulteriori dimostrazioni*".

Il lavoro agile: finalità, politiche di *welfare* e politiche retributive

Luisa Monterossi⁴

SOMMARIO: 1. La duplice finalità della disciplina sul lavoro agile. - 2. La promozione del lavoro agile attraverso il riconoscimento degli incentivi fiscali e contributivi. - 2.1 Lavoro agile, produttività e benefici fiscali. - 2.2 Il lavoro agile quale strumento di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro e i connessi sgravi contributivi. - 3. Il principio di parità di trattamento economico e normativo ex art. 20, comma 1, l. n. 81/2017. - 4. Gli spazi di intervento dell'autonomia individuale in materia di retribuzione. - 5. Le previsioni della contrattazione collettiva ante l. n. 81/2017.

1. La duplice finalità della disciplina sul lavoro agile

Il lavoro agile, ancorché introdotto solo di recente nel nostro ordinamento (legge 22 maggio 2017, n. 81), era già noto nel panorama aziendale⁴³, essendo stato oggetto di sperimentazione grazie alla

⁴ Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Roma Tre e Dottore di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Membro GggS.

⁴³ Si consideri inoltre che legge n. 81/2017 è stata preceduta dall'art 14, l. 7 agosto 2015, n. 124 in tema di lavoro pubblico, in base alla quale «Le amministrazioni pubbliche [...] adottano misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione, anche al fine di tutelare le cure parentali, di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa». In attuazione della legge è stata emanata la dir. n. 3/2017.

contrattazione collettiva⁴⁴ o ad accordi individuali stipulati tra datore e lavoratore.

Non era, quindi, indispensabile la previsione di un'apposita disciplina legale per ricorrere a siffatta modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Nonostante ciò, il legislatore del 2017 è intervenuto sulla materia al dichiarato scopo di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»⁴⁵, probabilmente conscio del fatto che l'indicazione di regole certe avrebbe potuto favorire ulteriormente l'utilizzo di questo istituto, soprattutto all'interno di realtà di minori dimensioni, prive di una contrattazione collettiva di livello aziendale.

Le caratteristiche del lavoro agile impongono di collocarlo tra gli strumenti di flessibilità organizzativa. Pertanto, la l. n. 81/2017 si inserisce a pieno titolo nel solco delle precedenti novelle che, a partire dal 2012⁴⁶, si sono poste l'obiettivo di attenuare le rigidità connesse alle fasi di costituzione, svolgimento ed estinzione del rapporto di lavoro, rispondendo prevalentemente alle istanze datoriali.

Al contempo, però, la richiamata l. n. 81 si discosta dalle precedenti riforme, poiché presenta una "doppia anima" che esclude la possibilità di conferire ad essa una connotazione unicamente pro-*business*. L'esecuzione del rapporto in modalità agile, infatti, da un lato, rappresenta l'occasione per aumentare la competitività aziendale, dall'altro, si propone di soddisfare le esigenze del lavoratore, consentendogli di migliorare l'integrazione tra sfera privata e sfera professionale⁴⁷. Il dipendente durante le giornate di lavoro agile non è tenuto a recarsi presso la sede

⁴⁴ Per una rassegna dei contratti collettivi stipulati ante l. n. 81/2017 v. M. TIRABOSCHI - E. DAGNINO - P. TOMASSETTI - C. TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, *Adapt WP*, n. 2/2016. Sul punto v. anche M. VERZARO, *Il lavoro agile o smart working*, *Osservatori online. Contrattazione collettiva*, a cura di G. GALLI - S. CAIROLI, RGL, 3, 2017, 88.

⁴⁵ Art. 18, comma 1, l. n. 81/2017.

⁴⁶ Si devono ritenere compresi tutti gli interventi legislativi che negli ultimi anni hanno potenziato la flessibilità in uscita, entrata o interna e in particolare: l. n. 92/2012, d.l. n. 34/2014, d. lgs. n. 23/2015 e d. lgs. n. 81/2015.

⁴⁷ L'integrazione non deve tuttavia sfociare in uno sconfinamento della vita professionale in quella privata. A tale fine la l. n. 81/2017, art. 19, comma 1 ha espressamente previsto l'obbligo di individuare nel patto di lavoro agile le misure atte a consentire la disconnessione. V. in questo volume il contributo di A. DONINI. Sul tema della disconnessione v. anche V.D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, *RCP*, 2017, 1, 7; A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, 172 ss.; C. TOURRES, *Lavoro agile e diritto di disconnessione: una proposta francese*, in *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, a cura di E. DAGNINO - M. TIRABOSCHI, *Adapt e-Book*, n. 50/2016, 64 ss.

assegnatagli⁴⁸, ma adempie l'obbligazione lavorativa in un luogo posto all'esterno dei locali aziendali, da lui unilateralmente individuato⁴⁹. Egli inoltre non è assoggettato a precisi obblighi in materia di orario, fatto salvo il rispetto della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale definita dalla legge e dalla contrattazione collettiva⁵⁰.

È bene evidenziare che la menzionata l. n. 81 non impone una necessaria compresenza delle due finalità⁵¹: le parti, in base all'organizzazione produttiva e al tipo di attività espletata, potranno scegliere di esaltarne soltanto una all'interno del patto individuale. Tuttavia, non di rado esse potrebbero essere legate da un nesso di complementarietà, ove si tenga conto dell'esistenza di uno stretto collegamento tra benessere lavorativo e produttività aziendale, potenzialmente riscontrabile anche con riferimento al lavoro agile, che viene annoverato nell'ampia categoria del *welfare* aziendale⁵². Esso, più precisamente, configura una forma di *welfare* organizzativo: la possibilità riconosciuta al prestatore di gestire autonomamente spazio e tempo di lavoro permette a quest'ultimo di coniugare in modo più soddisfacente

⁴⁸ Nonostante la prestazione venga resa al di fuori dell'ambito aziendale, la sede di lavoro resta immutata.

⁴⁹ La legge lascia ampia libertà alle parti: il luogo di adempimento della prestazione in modalità agile non deve essere indicato nell'accordo, né il lavoratore è tenuto comunicarlo preventivamente al datore. V. tuttavia la recente circ. Inail del 2 novembre, n. 48 che sembra contenere un invito a fissare nel patto di lavoro agile i riferimenti spazio-temporali «ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche». L'orientamento espresso dall'Istituto assicurativo era stato in parte già anticipato in dottrina da M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 1, 2017, 18, il quale, proprio in ragione delle esigenze connesse alla salute e alla sicurezza, prospettava un'interpretazione più restrittiva dell'art. 18, comma 1, che avrebbe circoscritto la scelta del dipendente all'interno di una cerchia di luoghi concordata con il datore.

⁵⁰ Senza addentrarsi nella nozione di lavoro agile, tema che meriterebbe un autonomo spazio di trattazione, appare opportuno evidenziare che i confini dell'istituto non sembrano tracciati in modo netto dall'art. 18, comma 1, norma che si presta a difformi interpretazioni. V. sul punto, in questo volume, il contributo di S. CAIROLI.

⁵¹ V. A. MARESCA, *L'accordo individuale relativo alla modalità di lavoro agile: forma, struttura e contenuto*, Relazione al Convegno *La disciplina del lavoro agile nella Legge n. 81/2017*, Università degli Studi Niccolò Cusano, Roma 10 ottobre 2017.

⁵² Non esiste una definizione legale di *welfare* aziendale, né si ravvisa sul punto un indirizzo unanime. Alcuni autori tendono ad accogliere una nozione ampia che comprende anche il cd. *welfare* organizzativo. V. in questo senso F. MAINO - G. MALLONE, *Welfare aziendale, contrattuale, territoriale: trasformazioni in atto e prospettive di sviluppo*, in *Welfare aziendale 2.0. Nuovo welfare, vantaggi contributivi e fiscali*, a cura di T. TREU, Ipsoa, 2016, 94. Altri autori propendono per una interpretazione più restrittiva, che fa coincidere l'area del *welfare* con quella tracciata dalle finalità individuate nella normativa fiscale. V. A. MARESCA, *Lectio Magistralis sul welfare aziendale. Aspetti normativi*, http://www.fondazione-isper.eu/video/Lectio_Maresca_Welfare_Lectio.html.

dimensione privata e dimensione professionale; a sua volta, il conseguente miglioramento del clima lavorativo può stimolare la sua produttività.

Il lavoro agile favorisce, dunque, la realizzazione di un'operazione *cd. win win*⁵³: ai vantaggi goduti dal prestatore di lavoro sul piano della conciliazione della vita privata con quella professionale si affiancano i notevoli benefici del datore, il quale può vantare alle proprie dipendenze lavoratori più efficienti, maggiormente responsabilizzati e fidelizzati e può avvalersi di una struttura meno costosa sotto il profilo della gestione degli spazi.

Occorre tener conto, infine, di ulteriori effetti che non hanno una diretta incidenza sul rapporto di lavoro ma che si riverberano all'esterno, a vantaggio dell'intera collettività: si pensi, ad esempio, all'impatto ambientale derivante dalla riduzione degli spostamenti effettuati dal dipendente per raggiungere la sede aziendale.

2. La promozione del lavoro agile attraverso il riconoscimento degli incentivi fiscali e contributivi.

Con la legge n. 81/2017, come accennato, si è inteso promuovere il lavoro agile mediante l'introduzione di un sistema di regole *ad hoc*. Il *favor* del legislatore si è, però, manifestato anche mediante altri interventi che, pur senza influire direttamente sulla disciplina dell'istituto, sono volti a favorirne la diffusione, rendendolo un utile veicolo di fruizione di vantaggi di tipo sia fiscale che contributivo.

In entrambi i casi l'accesso al regime agevolato è preventivamente subordinato alla presenza di disposizioni di matrice collettiva. Più precisamente il d.i. del 25 marzo 2016 (attuativo della l. 22 dicembre 2015, n. 208) e il d.i. del 12 settembre 2017 (a sua volta emanato in esecuzione del d. lgs. 15 giugno 2015, n. 80), presuppongono che la materia del lavoro agile sia trattata dai contratti collettivi di secondo livello⁵⁴.

La normativa fiscale e quella previdenziale costituiscono, dunque, un'occasione di rilancio dell'autonomia collettiva, restituendo ad essa una funzione regolativa primaria, assente nell'impianto delineato dalla l. n. 81/2017. In proposito, vale la pena precisare che, sebbene non si ravvisi alcuna norma che precluda un ipotetico intervento da parte dei contratti collettivi, siffatto intervento non potrà che avere carattere integrativo. In altri termini, il contratto collettivo non potrà in nessun caso sostituire

⁵³ Sulla *cd. teoria dei vantaggi cumulativi*, collegata al welfare occupazione v. B. CARUSO, «*The bright side of the moon*»: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, RIDL, 2016, 2, 180 e ulteriori riferimenti ivi contenuti.

⁵⁴ Come vedremo *infra*, mentre la disciplina fiscale pone sul medesimo piano contratto collettivo territoriale e contratto collettivo aziendale, il d.i. del 12 settembre 2017 sugli sgravi contributivi attribuisce rilevanza solo alla contrattazione collettiva di livello aziendale.

l'accordo individuale delle parti, che rimane la fonte di disciplina essenziale del lavoro agile, eletta tale dalla l. n. 81/2017.

Il riconoscimento degli incentivi è, inoltre, subordinato ad ulteriori e precise condizioni. In primo luogo, assume valore determinante la finalità cui tendono le parti, in quanto essa seleziona a monte il tipo di agevolazione che si può ottenere. In particolare, se le parti mirano a perseguire un incremento della competitività aziendale, il ricorso a siffatto modello di flessibilità organizzativa potrebbe consentire il godimento delle agevolazioni fiscali regolate dalla l. n. 208/2015 e dal d.i. del 25 marzo 2016. Ove invece nell'accordo individuale venga esaltata l'attitudine del lavoro agile a favorire la conciliazione tra vita privata e vita professionale, esso potrebbe consentire l'accesso agli sgravi contributivi introdotti dal d.i. del 12 settembre 2017.

2.1 Lavoro agile, produttività e benefici fiscali.

Ancor prima di essere destinatario di un'apposita disciplina legislativa ex l. n. 81/2017, il lavoro agile era stato menzionato nel d.i. 25 marzo 2016 quale strumento atto ad incrementare la produttività e, in definitiva, la concorrenzialità dell'azienda. Il citato decreto è stato emanato in esecuzione della l. 22 dicembre 2015, n. 208 che, all'art. 1, commi 182 e ss., ha avuto il pregio di rendere stabili e strutturali i benefici di natura fiscale connessi alla cd. retribuzione di produttività.

Più precisamente la citata l. n. 208 ha previsto l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota pari al 10%⁵⁵ per i premi di risultato, di ammontare variabile, la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione.

Per garantire che il riconoscimento del regime agevolato fosse legato ad un effettivo miglioramento della produttività, la l. n. 208/2015 ha previsto che tale incremento dovesse essere misurabile e verificabile. Mediante siffatta precisazione si è tentato di porre un freno alla prassi, sviluppatasi in passato, di sottoscrivere accordi di secondo livello "fittizi", nei quali venivano meramente riprodotti istituti retributivi che erano già contemplati a livello nazionale⁵⁶ (cd. accordi fotocopia⁵⁷). In queste ipotesi

⁵⁵ L'aliquota del 10% si sostituisce alla tassazione ordinaria che sarebbe stata applicata per l'esazione dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali e comunali.

⁵⁶ Nella maggior parte dei casi si trattava di indennità turno, maggiorazioni retributive legate allo svolgimento di prestazioni di lavoro straordinario, notturno o corrisposte in attuazione di clausole elastiche.

⁵⁷ V. F. FAZIO - M. TIRABOSCHI, *Una occasione mancata per la crescita. Brevi considerazioni a proposito della misura di detassazione del salario di produttività*, www.adapt.it, 19 dicembre 2011, 1.

la negoziazione in sede decentrata del cd. salario di produttività non era volta a stimolare una reale crescita della competitività, ma risultava esclusivamente finalizzata a fruire degli sgravi fiscali che sarebbero, altrimenti, rimasti inaccessibili.

La l. n. 208/2015 non ha indicato i criteri di misurazione degli incrementi, ma ha devoluto tale compito ad un successivo decreto attuativo, concretizzatosi nel d.i. del 25 marzo 2016 che, a sua volta, si è limitato a fornire una mera esemplificazione, rinviando ai contratti collettivi di secondo livello la concreta definizione dei parametri di calcolo⁵⁸. All'interno di quest'elenco compare anche il lavoro agile, individuato all'art. 2, comma 2 quale «modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato»⁵⁹, utile a realizzare gli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione previsti dalla l. n. 208/2015. Esso è menzionato altresì nella lista degli indicatori, anch'essa di carattere esemplificativo, contenuta all'interno della dichiarazione di conformità (sezione 6) che il datore deve depositare unitamente al contratto collettivo ai sensi dell'art. 5 del decreto.

Tuttavia non può ritenersi che, in virtù di tali espliciti riferimenti, il mero svolgimento della prestazione in modalità agile possa comportare ex se il diritto all'applicazione dell'imposta sostitutiva. Rimane infatti ferma la necessità che esso sia eziologicamente connesso ad un effettivo miglioramento di almeno uno tra gli obiettivi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione⁶⁰ indicati dalla legge e specificati nel contratto collettivo; detto risultato deve essere, poi, oggettivamente verificabile e misurabile sulla base di indicatori di tipo numerico o equivalenti.

Tenuto conto delle caratteristiche di svolgimento della prestazione in modalità agile, gli obiettivi di crescita realizzabili potranno consistere nel risparmio dei costi di gestione degli spazi all'interno azienda. Ai sensi dell'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017 infatti l'esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile implica l'adempimento di una parte dell'obbligazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, con conseguente contenimento dell'uso di postazioni fisse e dei consumi energetici.

⁵⁸ Il d.i. fa riferimento espresso ai contratti collettivi di secondo livello stipulati ai sensi dell'art. 51, d. lgs. n. 81/2015.

⁵⁹ Recita, più precisamente, l'art. 2, comma 2: «I contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 1, lett. a), devono prevedere criteri di misurazione e verifica degli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, che possono consistere nell'aumento della produzione o in risparmi dei fattori produttivi ovvero nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, anche attraverso la riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del lavoro subordinato».

⁶⁰ V. circ. dell'Agenzia delle Entrate del 15 giugno 2016, n. 28/E, 12.

Il ricorso al lavoro agile potrebbe altresì determinare una diminuzione del tasso di assenteismo: il dipendente - autonomo nella definizione degli orari e del luogo di lavoro - può riuscire a conciliare meglio esigenze lavorative ed esigenze private e familiari, riducendosi in tal modo le occasioni di fruizione di ferie o permessi. Per le medesime ragioni, durante le giornate di lavoro agile si potrebbero abbreviare i tempi di adempimento dell'obbligazione lavorativa.

2.2 Il lavoro agile quale strumento di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro e i connessi sgravi contributivi.

La vocazione del lavoro agile a favorire il miglioramento dell'integrazione tra sfera privata e sfera professionale è stata evidenziata nel recente decreto interministeriale del 12 settembre 2017, che ricomprende espressamente il lavoro agile tra gli strumenti di *work-life balance* cui è associata l'attribuzione di rilevanti sgravi contributivi. In particolare, il menzionato d.i. riconosce, in via sperimentale, un beneficio di ammontare variabile⁶¹ a favore di quei datori di lavoro che abbiano stipulato⁶² (nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 agosto 2017) contratti collettivi aziendali che introducano almeno due misure di conciliazione dei tempi di vita privata e di vita professionale tra quelle elencate all'art. 3. Tra esse compare anche il lavoro agile⁶³.

Fra le condizioni da rispettare per accedere all'incentivo⁶⁴ anche il decreto del 12 settembre 2017 richiede che sussista una disciplina collettiva, restringendo ulteriormente però l'ambito di negoziazione

⁶¹ Lo sgravio non è correlato alla retribuzione dei lavoratori, ma consiste in una riduzione contributiva, per il datore di lavoro, la cui misura è modulata in base al numero dei datori di lavoro complessivamente ammessi all'incentivo e alla loro dimensione aziendale. Per indicazioni più dettagliate sulle modalità di calcolo v. la circ. Inps del 3 novembre 2017, n. 163 (art. 4). Inoltre, considerata la natura sperimentale della misura, il decreto precisa che ciascun datore può fruirne per una sola volta nel biennio 2017-2018 e l'ammontare del beneficio non può in ogni caso eccedere il 5% dell'importo della retribuzione imponibile ai fini previdenziali dichiarata dal datore nel corso dell'anno civile precedente la domanda (art. 4, commi 2 e 3 del d.i. 12 settembre 2017).

⁶² L'art. 5 del d.i. impone che i contratti collettivi siano stati regolarmente depositati ai sensi dell'art. 14, d. lgs. n. 151/2015.

⁶³ Più precisamente l'art. 3 distingue tre aree di intervento: genitorialità, flessibilità organizzativa (ove è ricompreso il lavoro agile) e *welfare* aziendale e prescrive che, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione contributiva, è indispensabile che il contratto collettivo aziendale adotti almeno una misura nell'area della genitorialità o della flessibilità organizzativa.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 2, comma 4, d.i. 12 settembre 2017, il contratto collettivo deve riguardare un numero di lavoratori pari almeno al 70% della media di lavoratori occupati dal medesimo lavoratore nell'anno civile antecedente a quello di presentazione della domanda.

rispetto al citato d.i. del 25 marzo 2016, poiché conferisce rilevanza solo al livello aziendale.

È inoltre necessario che la regolamentazione contenuta nel contratto collettivo aziendale contenga previsioni di carattere migliorativo e innovativo rispetto a quanto già stabilito dalla legge o dai contratti collettivi nazionali di riferimento⁶⁵. In relazione al lavoro agile non è, tuttavia, agevole ipotizzare disposizioni più vantaggiose di quelle contenute nella l. n. 81/2017, considerato che essa individua solo i contorni dell'istituto, assegnando un ruolo centrale all'accordo individuale, che si occupa di fissare la disciplina di dettaglio.

3. Il principio di parità di trattamento economico e normativo ex art. 20, comma 1, l. n. 81/2017.

Indipendentemente dal collegamento eventualmente esistente tra il lavoro agile e la cd. retribuzione variabile ai sensi della citata l. n. 208/2015, è lecito domandarsi se ed entro quali margini le caratteristiche di esecuzione del rapporto in modalità agile possano incidere sul trattamento economico, beninteso, limitatamente a quella parte che remunera l'attività svolta all'esterno dei locali aziendali.

Una fondamentale indicazione ci viene fornita dall'art. 20, comma 1, che sancisce un principio-cardine, stabilendo che « Il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda»⁶⁶.

Pertanto, mutuando una tecnica già sperimentata in relazione ad alcune tipologie contrattuali⁶⁷, il legislatore non impone una perfetta identità di trattamento, stabilendo piuttosto un divieto di riservare al lavoratore agile condizioni economiche e normative complessivamente deteriori rispetto a quelle applicate al cd. lavoratore comparabile.

⁶⁵ Tale ulteriore limitazione potrebbe essere espressione del tentativo di scongiurare il diffondersi della prassi dei predetti accordi-fotocopia. V. I. ARMAROLI - E. MASSAGLI, *Nuovi sgravi per le misure di conciliazione e welfare aziendale: doppio vantaggio?*, BA, n. 30/2017.

⁶⁶ Il principio sancito dall'art. 20, comma 1 è parzialmente anticipato dalla previsione contenuta nell'art. 18, comma 4 ai sensi del quale «Gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile».

⁶⁷ La formulazione ricalca quella già adottata in materia di somministrazione di lavoro (art. 35, comma 1, d. lgs. n. 81/2015), lavoro intermittente (art. 17, d. lgs. n. 81/2015) nonché per l'abrogata fattispecie del lavoro ripartito (art. 44, d. lgs. n. 276/2003).

Se paragonata alle precedenti norme assunte quale modello di riferimento, la formulazione adottata nella l. n. 81/2017 risulta meno oscura. L'art. 20 infatti chiarisce immediatamente che la fonte del trattamento tutelato è la contrattazione collettiva. Non si pongono, dunque, problemi analoghi a quelli sollevati dall'omologa disposizione vigente in materia di somministrazione di lavoro, in relazione alla quale la dottrina prevalente⁶⁸ era giunta ad attribuire rilevanza alle disposizioni dei contratti collettivi, dei regolamenti o della prassi aziendale, con esclusione di quanto previsto nel contratto individuale.

Mediante un espresso richiamo all'art 51, d. lgs. n. 81/2015, il menzionato art. 20 si preoccupa altresì di precisare i livelli contrattuali e l'ambito dei soggetti collettivi abilitati alla negoziazione. Ai fini della valutazione comparata ex art. 20 si deve tenere conto soltanto dei trattamenti riconosciuti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Tuttavia, l'aspetto che suscita maggiore interesse nell'interprete è senz'altro rappresentato dal ricorso all'avverbio «complessivamente», che delimita l'area di tutela del lavoratore agile ed avalla una lettura più elastica del principio di parità di trattamento. Se infatti il lavoratore agile non deve essere destinatario di condizioni economiche e normative inferiori rispetto a quelle complessivamente riconosciute al dipendente che non adotta la modalità agile, ne consegue che il raffronto deve essere operato non tra singoli istituti (secondo il cd. criterio del cumulo), ma ricorrendo al cd. criterio del conglobamento⁶⁹. Sicché è consentito alle parti differenziare anche *in peius* una parte del trattamento del lavoratore agile, purché

⁶⁸ V. in questo senso, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda* a cura di M. T. CARINCI - C. CESTER, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, 103, coordinato da F. CARINCI, tomo II, Ipsoa, 2004, 103; G. NICOSIA, *Art. 23*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO-PASSARELLI, Cedam, 2007, 362; G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Il mercato del lavoro*, a cura di M. BROLLO, Cedam, 2012, 136.

⁶⁹ Con riferimento all'analoga formulazione del principio di parità di trattamento in tema di somministrazione di lavoro, la dottrina prevalente ha optato per il criterio del conglobamento. Si veda in proposito R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, RIDL, 2004, I, 528; G. NICOSIA, in *Art. 23*, in *Il nuovo mercato cit.*, 362. *Contra* O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al d. lgs. n. 276/2003*, a cura di G. GHEZZI, Ediesse, 140, che predilige il criterio del raffronto istituto per istituto.

siffatta diversificazione sia adeguatamente controbilanciata da previsioni più favorevoli⁷⁰.

4. Gli spazi di intervento dell'autonomia individuale in materia di retribuzione.

Come accennato, l'art. 20, comma 1 sembra legittimare una rimodulazione delle voci della retribuzione, che deve tuttavia garantire un adeguato equilibrio rispetto al trattamento complessivo riconosciuto al cd. lavoratore comparabile. Appare utile però domandarsi inoltre se, in forza della disposizione testé citata, siano ammissibili modifiche che non attengano solo al *quantum* dei singoli istituti, ma che incidano sullo stesso meccanismo di determinazione della retribuzione.

Si consideri, a tale proposito, che lo stesso allentamento dei vincoli spazio-temporali potrebbe, in alcuni casi, rendere opportuno l'abbandono della tradizionale modalità di calcolo basata sull'unità temporale, per deviare verso forme di retribuzione più affini alle caratteristiche dell'istituto in esame.

Occorre, tuttavia, distinguere a seconda del concreto atteggiarsi dello svolgimento della prestazione in modalità agile⁷¹.

Non dovrebbero porsi particolari problemi, almeno sul piano retributivo⁷², se il patto di lavoro agile non intacca affatto l'aspetto dell'orario di lavoro, che resta identico a quello osservato dal dipendente quando svolge la propria attività all'interno dell'azienda, soluzione, questa, privilegiata dalla contrattazione collettiva.

⁷⁰ V. in questo senso, tra i primi autorevoli commenti, G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, CSDLE, It, n. 327/2017, 13.

⁷¹ Le riflessioni sopra svolte prendono le mosse dalla tesi secondo cui le parti sono totalmente libere di modulare gli spazi di flessibilità concessi dalla l. n. 81/2017, sicché, in ipotesi, il lavoro agile potrebbe sostanziarsi anche nella sola flessibilità del luogo di lavoro o, al contrario, potrebbe essere rimessa al dipendente anche la determinazione dell'orario di lavoro, sia nella sua collocazione temporale sia nel *quantum*. Sul punto si riscontrano in dottrina opinioni discordanti. V. E. DAGNINO, *Lavoro agile: una questione definitoria*, in *Verso il futuro del lavoro* cit., 27-28, il quale ritiene che l'assenza di vincoli di orario sia elemento qualificante il lavoro agile, con la conseguenza che gli accordi collettivi che regolano l'orario di lavoro durante la giornata di lavoro agile in correlazione temporale con la prestazione resa presso la sede aziendale si collocherebbero al di fuori del campo di applicazione della disciplina legale sul lavoro agile. *Contra* M. PERUZZI, *op. cit.*, 15, secondo cui l'assenza di precisi vincoli di orario assurgerebbe a connotato meramente potenziale del lavoro agile, mentre carattere di essenzialità rivestirebbe il mutamento del luogo di lavoro, oltre alla natura mobile della postazione di lavoro.

⁷² Restano ferme le difficoltà di esercitare il potere di controllo durante le giornate di lavoro agile. Sul punto v. *amplius*, in questo volume, il contributo di S. BINI.

Non sembrano ravvisarsi difficoltà neppure ove sia predefinita la quantità di prestazione da rendere durante la giornata di lavoro agile, ancorché sia il lavoratore a deciderne la distribuzione temporale. In entrambe le ipotesi il tempo continua a scandire l'adempimento dell'obbligazione lavorativa e può, quindi, assurgere ad unico parametro di calcolo della retribuzione.

A conclusioni diverse si potrebbe, invece, giungere quando nessuna delle due componenti (*quantum* e collocazione temporale della prestazione) sia prestabilita, essendo entrambe rimesse all'unilaterale determinazione del dipendente⁷³. Si ritiene quindi interessante svolgere qualche breve riflessione sugli strumenti di determinazione del corrispettivo messi a disposizione dall'ordinamento, che possono venire in soccorso in tale ultima ipotesi.

Una prima soluzione potrebbe essere offerta dal codice civile che, accanto alla retribuzione parametrata al tempo di lavoro, contempla la retribuzione a cottimo (art. 2100 c.c.), proporzionata alla quantità prodotta ovvero al rendimento⁷⁴. Ove si ritenesse percorribile questa strada, si dovrebbe comunque propendere per la tipologia del cottimo misto, che mette al riparo dalle ben note questioni di legittimità costituzionale ex art. 36 Cost. sollevate dal sistema del cottimo pieno.

Tuttavia, l'obsolescenza dell'istituto impone di considerare anche altre forme retributive, maggiormente compatibili con i nuovi modelli organizzativi, non meramente improntati al conseguimento di risultati in termini quantitativi, ma proiettati altresì ad accrescere l'innovazione, la qualità e l'efficienza dell'azienda⁷⁵.

Si potrebbe, dunque, valutare di ricorrere alla retribuzione per obiettivi⁷⁶, anche se essa presuppone che l'attività si presti ad essere articolata in base ad obiettivi.

⁷³ Il lavoratore dovrà pur sempre rispettare i limiti dell'orario massimo giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, come espressamente sancito dall'art. 18, comma 1, secondo alinea, l. n. 81/2017.

⁷⁴ La valorizzazione del risultato o del rendimento attiene alla distinzione tra il cd. cottimo a pezzo e il cd. cottimo a tempo. V. *amplius* M. C. CAUTAPELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Giappichelli, 2013, 47 ss.

⁷⁵ Sulle ragioni del declino del sistema della retribuzione a cottimo v. A. ALAIMO, *Sistemi partecipativi e incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, DRI, 1991, 1, 25 ss.; ID, *Gli incentivi retributivi nell'industria*, in *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, a cura di L. ZOPPOLI, Giuffrè, 1994, 32.

⁷⁶ La retribuzione per obiettivi verrà presumibilmente pattuita tra datore e lavoratore agile e la sua corresponsione sarà direttamente collegata al concreto conseguimento, da parte del singolo, dell'obiettivo predefinito.

Essa si differenzia dai premi di risultato (menzionati nei precedenti paragrafi), poiché detti premi non sono negoziati sul piano individuale, ma sono fissati dal contratto collettivo di

A ben vedere, l'organizzazione per obiettivi è richiamata dallo stesso legislatore del 2017 che la annovera, però, tra gli elementi meramente eventuali del lavoro agile⁷⁷. Tuttavia, questa forma di organizzazione sembra costituire, di fatto, la sede naturale dell'istituto. Invero, l'espletamento dell'attività in un ambiente extra-aziendale e senza precisi vincoli di orario comporta innegabili ripercussioni anche sulla concreta possibilità di esercitare il potere di controllo datoriale. Sicché, la costruzione della prestazione attorno ad uno o più obiettivi appare la più congeniale allo svolgimento della prestazione in modalità agile⁷⁸.

Si deve, inoltre, tenere conto del fatto che la retribuzione ad obiettivi svolge una rilevante funzione incentivante in quanto, premiando il risultato raggiunto, essa induce il lavoratore a profondere maggiore impegno in fase di adempimento dell'obbligazione. Sicché, si dimostrerebbe del tutto in linea con il lavoro agile, soprattutto in presenza di un patto individuale che miri al raggiungimento della finalità di incremento della competitività ex art. 18, comma 1⁷⁹.

In ogni caso occorre precisare che, come rilevato autorevolmente in dottrina⁸⁰, da un lato, il ricorso ad un'organizzazione per obiettivi non comporterebbe quale diretta conseguenza la modifica del sistema retributivo (che potrebbe restare ancorato al tempo di lavoro); dall'altro, l'eventuale adozione della forma di retribuzione per obiettivi non determinerebbe ineluttabilmente l'abbandono del metodo di calcolo della retribuzione basato sul tempo e adoperato nell'ambito dell'intero rapporto

secondo livello e sono strutturati quali trattamenti di gruppo connessi all'utilizzo del lavoro agile e corrisposti solo ove questo strumento di flessibilità organizzativa comporti il raggiungimento degli obiettivi di crescita prestabiliti. In tali casi, quindi, la prestazione resa dal singolo e il suo effettivo apporto potrebbero non assumere rilievo alcuno. Ciò si verifica, ad esempio, quando l'incremento di produttività si sostanzia unicamente nel risparmio dei costi di gestione degli spazi fissi derivante dal ridotto utilizzo delle postazioni in azienda.

⁷⁷ Recita l'art. 18, comma 1, primo alinea: «Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale 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».

⁷⁸ Il ricorso al lavoro agile implica inoltre un elevato grado di autonomia operativa da parte del dipendente, che deve essere altresì dotato di competenze ed esperienza tali da consentirgli di eseguire l'attività in un luogo extra-aziendale. Non a caso molti contratti collettivi - pur lasciando intatto l'aspetto dell'orario di lavoro - escludono *a priori* l'accesso al lavoro agile da parte di apprendisti o neo-assunti. V. a titolo esemplificativo l'accordo collettivo aziendale stipulato da Enel e quello sottoscritto da Intesa Sanpaolo.

⁷⁹ V. A. MARESCA, *L'accordo individuale cit.*.

⁸⁰ *Ibidem*.

di lavoro; la retribuzione a tempo dovrebbe, quindi, conservare la propria centralità.

Si consideri a tale proposito che, stante l'aleatorietà che la contraddistingue, la retribuzione per obiettivi (ove utilizzata) avrà presumibilmente carattere integrativo rispetto alla retribuzione a tempo. La tesi contraria dovrebbe invero essere sottoposta al vaglio di compatibilità con il principio di sufficienza previsto dall'art. 36 Cost.⁸¹ nonché con quello di parità di trattamento (art. 20, comma 1, l. n. 81/2017) ogni volta che l'obiettivo prefissato non sia stato raggiunto o sia stato realizzato solo in parte dal lavoratore agile⁸², legittimando, quindi, eventuali rivendicazioni da parte del lavoratore.

Si potrebbero produrre, inoltre, ripercussioni anche sotto il diverso profilo qualificatorio, poiché si assottiglierebbe ulteriormente la linea di demarcazione rispetto al lavoro autonomo in un'area della subordinazione già caratterizzata dall'assenza del requisito dell'etero-organizzazione. Invero la parte di prestazione resa al di fuori dei locali aziendali verrebbe remunerata integralmente in base al risultato raggiunto, con conseguente assunzione del relativo rischio da parte del dipendente⁸³.

5. Le previsioni della contrattazione collettiva ante l. n. 81/2017

Se, in applicazione dell'art. 20 comma 1, datore e lavoratore possono intervenire sull'aspetto della retribuzione, non stupisce che, in assenza di una simile previsione autorizzatoria di matrice legale, i contratti collettivi stipulati ante l. l. n. 81/2017 abbiano adottato un atteggiamento prudentiale. Il profilo economico, infatti, nella maggior parte dei casi viene lasciato sostanzialmente inalterato: anche durante le giornate di lavoro agile il dipendente gode del medesimo trattamento di cui fruisce quando svolge la propria prestazione all'interno dei locali aziendali.

⁸¹ Si veda però, pur con riferimento alla retribuzione a cottimo misto, Cass. 10 gennaio 1994, n. 162, RIDL, 1994, 4, 697 ss., con nota di P. TULLINI, *Lavoro a cottimo e principio di corrispettività*, che considera legittima la riduzione del trattamento retributivo anche al di sotto del limite minimo fissato dai contratti collettivi se giustificata da uno scarso rendimento del lavoratore.

⁸² Si consideri che, sebbene dall'esame dei contratti collettivi sino ad oggi stipulati si riscontri la tendenza a limitare, sul piano quantitativo, l'esecuzione del rapporto in modalità agile, la disciplina legale non prescrive alcun tetto massimo. Sicché, ferma restando la necessità che una parte dell'attività sia resa all'interno dei locali aziendali, quella svolta all'esterno potrebbe potenzialmente acquisire carattere prevalente.

⁸³ Sull'inadeguatezza dei tradizionali criteri di distinzione tra autonomia e subordinazione nel vigente quadro normativo v. S. CIUCCIOVINO, *Introduzione al lavoro agile: differenze con il telelavoro ed esperienze applicative prima della promulgazione della l. 81/2017*, Relazione al Convegno *La disciplina del lavoro agile nella Legge n.81/2017*, Università degli Studi Niccolò Cusano, Roma 10 ottobre 2017.

Siffatta tendenza si spiega anche in ragione di un altro determinante fattore: l'orario di lavoro non subisce variazioni poiché viene, di norma, stabilito in correlazione con quello osservato presso la sede. Appare del tutto ragionevole, dunque, che anche il trattamento retributivo rimanga inalterato.

Qualche lieve scostamento si può cogliere con riferimento ad alcune indennità, delle quali il lavoratore agile viene *a priori* privato. Si tratta però di difformità che non determinano alcun contrasto con il sopravvenuto principio di parità di trattamento ex art. 20, comma 1, poiché attengono ad istituti incompatibili con l'esecuzione del rapporto in modalità agile.

Ricorrente è, ad esempio, l'esplicita esclusione del diritto del lavoratore agile all'indennità di trasferta (o indennità di missione). La previsione non risulta *contra ius* poiché, a differenza di quanto può ravvisarsi con riferimento alla trasferta, lo svolgimento della prestazione al di fuori dei locali aziendali, durante le giornate di lavoro agile, non è espressione del potere direttivo datoriale, ma è piuttosto frutto di un accordo tra le parti che, peraltro, pone il lavoratore in una condizione di supremazia⁸⁴ e non di mera soggezione.

Simili riflessioni possono essere replicate con riguardo ad altre voci, come l'indennità di pendolarismo o quella dovuta per il raggiungimento della sede disagiata contemplate da alcuni Ccnl⁸⁵. Anche in tali ipotesi la mancata erogazione del relativo trattamento non configura un'illegitima disparità, bensì risulta giustificata poiché non possono ritenersi sussistenti i relativi presupposti richiesti dalla contrattazione collettiva.

Più frammentata è, invece, l'esperienza applicativa ove si considerino altri istituti. Non si riscontra una tendenza univoca, ad esempio, con riferimento all'erogazione dei cd. buoni pasto⁸⁶. Alcuni accordi collettivi riconoscono il diritto del lavoratore agile a percepirla, mentre altri lo negano. In proposito si deve tenere conto della funzione ad essi attribuita.

La loro erogazione è infatti finalizzata ad assicurare, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro, la conciliazione delle esigenze di servizio con quelle quotidiane del dipendente, al quale viene consentito, in mancanza

⁸⁴ Il dipendente può scegliere in via unilaterale dove adempiere l'obbligazione.

⁸⁵ V. accordo Enel del 4 aprile 2017.

⁸⁶ La giurisprudenza ha pacificamente escluso la natura retributiva dei cd. buoni pasto che sono estranei al sinallagma contrattuale. Essi presentano un nesso meramente occasionale col rapporto di lavoro e rappresentano un'agevolazione di carattere assistenziale. V. Cass. 1 dicembre 1998, n. 12168, MGL, 1999, 56; in senso conforme Cass. 17 luglio 2003, n. 11212, NGL, 2004, 51; Cass. 21 luglio 2008, n. 20087, MGC, 2008, 7-8, 1191; Cass. 8 agosto 2012, n. 14290, MGC, 2012, 7-8, 1030 e, più recentemente, Cass. 6 luglio 2015, n. 13841, *Ilgiuslavorista.it* 2015, 27 ottobre.

di mensa interna aziendale, la fruizione del pasto, per garantirgli il benessere fisico necessario per la prosecuzione della prestazione lavorativa⁸⁷.

Pertanto, l'assenza del dipendente presso la sede aziendale nonché l'autonoma gestione dello spazio e, soprattutto, del tempo di lavoro potrebbero giustificare⁸⁸ il mancato riconoscimento dei cd. buoni pasto al lavoratore agile, poiché porrebbero il relativo diritto all'esterno dell'area di tutela ex art. 20, comma 1.

⁸⁷ Cass. 1 dicembre 1998, n. 12168.

⁸⁸ La mancata fruizione dei cd. buoni pasto appare legittima *a fortiori* quando il lavoratore possa autonomamente fissare la quantità di prestazione da rendere e la sua collocazione temporale (che potrebbe non coincidere con gli orari della giornata dedicati ai pasti).

Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile

Giulia Marchi^a

SOMMARIO: 1. La disciplina del patto di lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81. – 2. Gli obiettivi del lavoro agile. – 3. La definizione di lavoro agile. – 4. Il patto di lavoro agile disciplina le modalità di esercizio dei poteri datoriali? – 5. Le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro agile. – 6. La scelta del luogo di lavoro e la tutela della salute e della sicurezza dello *smart worker*. – 7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro agile.

1. La disciplina del patto di lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81.

Il presente contributo si propone di analizzare le fonti di regolamentazione del lavoro agile e, in particolare, i rapporti tra la legge e la contrattazione collettiva.

Di notevole interesse è la funzione che viene affidata dalla legge all'accordo di lavoro agile. La legge assegna esplicitamente un notevole rilievo all'autonomia individuale: l'art. 18, che apre il titolo in materia di lavoro agile, chiarisce che non si tratta di un'autonoma tipologia contrattuale, ma di una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante l'accordo tra le parti. La norma stabilisce, inoltre, che la prestazione di lavoro agile è svolta in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, è caratterizzata dall'assenza di precisi vincoli di luogo o di orario di lavoro e dall'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività

^a Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano.

lavorativa. Gli articoli successivi individuano i contenuti del patto di lavoro agile: tale accordo, oltre a disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, deve individuare gli strumenti utilizzati dal lavoratore, i tempi di riposo e le misure per assicurare la disconnessione dal lavoro, la durata del patto di lavoro agile, a tempo determinato o indeterminato, ed il recesso dal patto.

Inoltre, all'accordo di lavoro agile è assegnato il compito di disciplinare le modalità di esercizio del potere direttivo, del potere di controllo ed il compito di individuare le condotte che possono dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

La legge non prevede alcuna competenza specifica dei contratti collettivi in relazione alla disciplina del lavoro agile, se non con riferimento al trattamento economico e normativo: l'art. 20 sancisce, infatti, il diritto del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda, trattamento determinato dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. È stata eliminata la previsione, originariamente contenuta nell'art. 20 del progetto di legge, volta ad affidare ai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 il compito di «introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile». Tuttavia, anche prima dell'approvazione della legge n. 81/2017, numerosi contratti collettivi, nazionali e aziendali, si sono interessati del lavoro agile, o *smart working*, e hanno introdotto alcune disposizioni per disciplinare tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa⁸⁹.

I contratti collettivi che fino ad ora hanno affrontato tale argomento si sono concentrati in particolare sulla definizione e sull'individuazione degli obiettivi del lavoro agile, sulle modalità di svolgimento, sull'orario di lavoro, sull'individuazione dei lavoratori ammessi ad effettuare la prestazione in lavoro agile⁹⁰, sugli strumenti utilizzati e sulle misure dirette a tutelare la

⁸⁹ Quanto meno a livello di sperimentazione. L'accordo del 6 giugno 2017, tra Siemens s.p.a. e FIM-CISL, FIOMCGIL, UILM-UIL e il coordinamento Nazionale delle RSU aziendali per l'introduzione del modello di lavoro Siemens Office, invece, prevede che «a far data dalla decorrenza del presente accordo, per tutto il personale di Siemens Spa l'abituale modalità di effettuazione della prestazione lavorativa sarà il Siemens Office, salvo il personale addetto a costante e continua attività di assistenza tecnica presso le sedi dei clienti».

⁹⁰ L'applicazione degli accordi sullo *smart working* è spesso limitata solo ad una parte del personale: alcuni accordi coinvolgono tutti i lavoratori con contratto a tempo indeterminato o a tempo determinato, a condizione che non presentino caratteri di incompatibilità di natura organizzativa e/o soggettiva; altri escludono espressamente i neoassunti, gli apprendisti e i

salute e la sicurezza dei lavoratori⁹¹. Dall'analisi di alcuni contratti collettivi intervenuti sul punto emerge l'importante ruolo che essi possono svolgere nel chiarire alcuni elementi della disciplina legislativa sul lavoro agile.

2. Gli obiettivi del lavoro agile.

La legge 22 maggio 2017, n. 81, cerca di adattare l'organizzazione del lavoro alle trasformazioni dell'impresa, in modo da «favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato». Le disposizioni contenute negli artt. 18 e seguenti della legge promuovono il lavoro agile «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

Anche le parti sociali individuano lo *smart working* come strumento, da un lato, per favorire un incremento della produttività e migliorare le *performance* aziendali e, dall'altro, per «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro a fronte di una maggiore responsabilizzazione e orientamento ai risultati»⁹².

Per quanto riguarda le esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nella contrattazione collettiva non sono rinvenibili precise indicazioni, salvo il rinvio alle parti sociali a livello aziendale per l'individuazione di eventuali criteri che determinino condizioni di priorità

lavoratori con part-time verticale. Cfr. Accordo Barilla del 2 marzo 2015; Accordo del Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017.

⁹¹ Per un'analisi dei contratti collettivi, cfr. *Osservatorio ADAPT sullo smartworking nella contrattazione collettiva*, in <http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2016/03/Ancora-sul-lavoro-agile-Bollettino-Speciale.pdf>; *Osservatorio smartworking* della Fim-Cisl, in <http://www.fim-cisl.it/smartworking>. Cfr. anche DAGNINO E., TOMASSETTI P., TOURRES C., *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi. Analisi sui contenuti di 915 contratti della banca dati www.farecontrattazione.it*, Working Paper Adapt University Press n. 2/2016. Il Contratto collettivo per l'industria alimentare del 5 febbraio 2016, interviene anche sulla distinzione tra telelavoro e lavoro agile e li disciplina entrambi. Definisce il telelavoro come «una modalità di prestazione lavorativa effettuata presso il proprio domicilio o in luogo diverso e distante rispetto la sede aziendale, ma comunque fisso, con il prevalente supporto di strumenti telematici, che consentano la comunicazione a distanza tra lavoratori, sede aziendale ed eventuali referenti esterni»; il lavoro agile, invece, consiste in una «prestazione di lavoro subordinato che si svolge al di fuori dei locali aziendali attraverso il supporto di strumenti telematici, senza l'obbligo di utilizzare una postazione fissa durante il periodo di lavoro al di fuori dell'azienda, pur nel rispetto tassativo della idoneità del luogo quanto agli aspetti relativi alla sicurezza e alla riservatezza dei dati trattati». In ogni caso, gli accordi, come l'Accordo del Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017, escludono espressamente che il lavoro agile si configuri come telelavoro.

⁹² Cfr., ad esempio, la premessa dell'Accordo Barilla del 2 marzo 2015; l'Accordo Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017; il Regolamento Vodafone "Procedura per lavoro in *smart working*" del 16 giugno 2014; Accordo BNP Paribas del 2 novembre 2015.

nell'accesso al lavoro agile⁹³. Sul punto è interessante l'accordo stipulato da Barilla il 2 marzo 2015. Tale contratto prevede la possibilità di svolgere la prestazione lavorativa in un luogo diverso dalla sede aziendale al massimo per 32 ore al mese; tale limite viene elevato a 64 ore, nel caso di «personale femminile, dalla comunicazione dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del figlio/a; personale maschile per il periodo che decorre dalla nascita del figlio/a fino al compimento di un anno di età del bambino/a; persone con invalidità superiore all'80%; personale che sta svolgendo terapie salvavita; personale con figlio/a minorenne che sta svolgendo terapie salvavita».

Con riferimento al miglioramento delle performance aziendali e dell'orientamento al risultato, la contrattazione collettiva fa riferimento «ad una pianificazione preventiva dell'attività lavorativa, da condividere con il proprio responsabile»⁹⁴ o, in altri casi, prevede la definizione di «obiettivi puntuali e misurabili che possano consentire di monitorare i risultati della prestazione lavorativa in *smart-working*»⁹⁵. Come l'art. 18, comma 1, della legge fa riferimento a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi», anche la contrattazione collettiva, dunque, interpreta il lavoro agile come una prestazione di lavoro subordinato sempre più orientata verso logiche di risultato e, in tal senso, sempre più simile al lavoro autonomo.

Inoltre, il lavoro agile può essere un valido strumento per garantire la conservazione del posto e la permanenza dei lavoratori sul territorio, nel caso in cui l'azienda si trovi ad affrontare un momento di crisi, come avvenuto nel caso del gruppo Bassilichi spa. Tale società, dopo aver chiuso la sede di Pisa, in cui erano impiegati 57 lavoratori, per evitare il trasferimento di tutti i lavoratori presso la sede di Firenze, nell'aprile 2016 ha concluso un accordo aziendale nel quale ha riconosciuto ai lavoratori la facoltà di svolgere la loro attività di lavoro in modalità telelavoro presso il proprio domicilio oppure in un centro di telelavoro in *co-working* o in *smart-working*⁹⁶.

⁹³ Contratto collettivo per l'industria alimentare del 5 febbraio 2016.

⁹⁴ Accordo Barilla del 2 marzo 2015.

⁹⁵ Accordo Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017.

⁹⁶ Per attuare tale modalità di lavoro, la Bassilichi ha stipulato "un contratto di servizi di coworking presso una struttura in possesso di tutti i requisiti. Secondo tale accordo, «l'azienda si impegna a dare priorità, a parità di condizioni tecnico organizzative, alle situazioni personali, previo confronto con le ooss, come identificate dall'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002: 1. situazioni di disabilità psico-fisiche tali da rendere disagevole il raggiungimento del luogo di lavoro; 2. esigenze di cura dei figli minori di 12 anni; 3. esigenze di cura nei confronti di familiari o conviventi, debitamente certificate».

3. La definizione di lavoro agile.

Il lavoro agile è definito dalla legge quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi, senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro e con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva⁹⁷.

Nella maggior parte dei contratti collettivi intervenuti in materia, lo *smart working* viene definito, in modo analogo alle disposizioni legislative, come una modalità flessibile di svolgimento dell'attività lavorativa, che consiste in «una mera variazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa»⁹⁸ e consente al dipendente di lavorare in un luogo diverso dalla propria sede di lavoro, «in modo non stabile e continuativo, con il supporto dei sistemi tecnologici»⁹⁹. Si afferma in modo esplicito, quindi, che la prestazione in modalità agile non ha alcun riflesso sulla tipologia del rapporto di lavoro, che rimane a tutti gli effetti di lavoro subordinato¹⁰⁰. A conferma di ciò, si richiede al dipendente di assolvere alle proprie mansioni con diligenza, attenendosi all'osservanza delle norme legali e contrattuali, nonché «alle istruzioni ricevute dall'impresa per l'esecuzione del lavoro»¹⁰¹.

Lo svolgimento della prestazione di lavoro agile non comporta «alcuna ricaduta sull'inquadramento e sul livello retributivo del singolo lavoratore e sulle opportunità rispetto ai percorsi di carriera, iniziative formative e percorsi professionali»¹⁰².

Inoltre, alcuni contratti collettivi stabiliscono in modo esplicito che «qualora il dipendente acceda alla giornata di lavoro agile senza rispettare le modalità previste» dall'accordo, «l'assenza sarà considerata ingiustificata con perdita automatica del trattamento economico, ferma restando la valutazione del comportamento»¹⁰³.

⁹⁷ Art. 18, l. n. 81/2017.

⁹⁸ Accordo Barilla del 2 marzo 2015.

⁹⁹ Accordo del 4 Aprile 2017, tra ENEL Italia s.r.l. (Gruppo) e FILCTEM, FLAEI, UILTEC, sullo *smart working*.

¹⁰⁰ Accordo ENEL del 4 Aprile 2017; nello stesso senso, Regolamento Vodafone "Procedura per lavoro in *smart working*" del 16 giugno 2014.

¹⁰¹ Contratto collettivo per l'industria alimentare del 5 febbraio 2016; Accordo TIM del 20 luglio 2017.

¹⁰² Accordo Barilla del 2 marzo 2015.

¹⁰³ Accordo Smartworking Gruppo Eni del 6 febbraio 2017.

4. Il patto di lavoro agile disciplina le modalità di esercizio dei poteri datoriali?

Ai sensi dell'art. 19, comma 1, della l. n. 81/2017, l'accordo di lavoro agile disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro; inoltre, secondo quanto previsto dall'art. 21, regola l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro, nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 4 st. lav., ed individua le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali che possono dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari. La legge affida all'accordo individuale un compito generalmente svolto dai contratti collettivi: pare, quindi, che le tradizionali tipizzazioni contrattuali relative alle condotte disciplinarmente rilevanti siano valide ed applicabili solo con riferimento alle prestazioni rese all'interno dei locali aziendali¹⁰⁴.

Da una prima lettura delle norme brevemente illustrate risulta evidente l'ampio spazio lasciato all'autonomia individuale. In particolare, la legge affida all'accordo il compito di determinare le modalità di esercizio dei poteri datoriali con riferimento alle prestazioni eseguite all'esterno dei locali aziendali. Il riconoscimento di una simile competenza a favore dell'autonomia individuale, tuttavia, pare un paradosso, dal momento che il potere del datore di lavoro è di per sé unilaterale¹⁰⁵. È perciò ragionevole ritenere che la norma non riconosca all'autonomia individuale una facoltà di limitare i poteri datoriali¹⁰⁶, ma piuttosto attribuisca al patto di lavoro agile il compito di determinare come in concreto il datore di lavoro possa esercitare i propri poteri con riferimento alla prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, ferma ovviamente la disciplina legislativa in materia. Si pensi, ad esempio, all'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti, che potrebbero essere diverse da quelle individuate dai contratti collettivi con riferimento alla prestazione resa all'interno dell'azienda. Tuttavia, per garantire una maggiore tutela ai lavoratori agili, sarebbe

¹⁰⁴ Cfr. DONINI A., *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 87.

¹⁰⁵ Cfr. PERULLI A., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 341/2017, 14, secondo cui tale previsione «non rende consensuale l'esercizio del potere direttivo, ciò che sarebbe invero "cosa impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale"».

¹⁰⁶ Cfr. PINTO V., *La flessibilità funzionale ed i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, RGL, 2016, 2, 367.

stato forse più opportuno affidare un simile compito proprio ai contratti collettivi¹⁰⁷.

La formulazione delle norme in relazione all'esercizio dei poteri datoriali, inoltre, rischia di creare confusione sulle fattispecie e sulla distinzione tra lavoro subordinato, lavoro agile e collaborazioni coordinate e continuative.

Per prima cosa, emerge una certa incoerenza del legislatore: dopo aver esteso, nell'art. 2 d.lgs. n. 81/2015, l'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato anche alle collaborazioni coordinate e continuative organizzate dal committente con riferimento a tempi e luogo di lavoro, nella l. n. 81/2017 disciplina una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato sempre più vicina al lavoro autonomo, dal momento che l'organizzazione delle prestazioni al di fuori dei locali aziendali è rimessa all'accordo tra le parti per quanto riguarda i tempi ed il luogo di lavoro¹⁰⁸. Proprio per questo carattere la prestazione resa in modalità di lavoro agile rischia di sovrapporsi alle collaborazioni coordinate e continuative. Infatti, l'art. 15 della l. n. 81/2017 ha definito coordinate le collaborazioni in cui il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa, «nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti».

L'art. 18 della legge fa poi riferimento a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi», elementi che richiamano alcuni tratti tipici del lavoro autonomo e, in particolare, del lavoro a progetto¹⁰⁹. Tale disposizione solleva alcuni dubbi sul tipo di obbligazione che sorge in capo al lavoratore agile e, indubbiamente, modifica le modalità di esecuzione della prestazione verso logiche di risultato tipiche del lavoro autonomo¹¹⁰. Sulla

¹⁰⁷ Discorso analogo è valido in relazione al diritto alla disconnessione. Cfr. TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 335/2017, 33, secondo cui sarebbe stato più opportuno affidare la competenza alla contrattazione collettiva, dal momento che il diritto alla disconnessione, se affidato solo alla negoziazione individuale, rischia di sfumare.

¹⁰⁸ PINTO V., *La flessibilità funzionale ed i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, cit., 368; SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 327/2017, 12.

¹⁰⁹ L'art. 61 del d.lgs. 276/03 prevedeva, infatti, che le collaborazioni coordinate e continuative dovessero «essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato».

¹¹⁰ Cfr. TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., 11. La stessa tendenza è ravvisabile anche in alcuni contratti collettivi, come nell'accordo Accordo Gruppo FS Italiane

base di tali valutazioni appare condivisibile la posizione di chi rileva come i confini tra subordinazione ed autonomia tendano ad essere sempre più sfumati¹¹¹. Per le medesime ragioni è comprensibile anche il sorgere di qualche dubbio sulla persistente validità della distinzione tra subordinazione ed autonomia come criterio per l'accesso alle tutele¹¹². Altra parte della dottrina ritiene, invece, che il riferimento ad un'organizzazione «per fasi, cicli ed obiettivi» non escluda in alcun modo la natura subordinata del rapporto. Qualche autore si domanda, tutt'al più, se con una simile previsione non sia stato introdotto «un nuovo tipo di lavoro subordinato»: proprio il rinvio alla disciplina del contratto individuale per quanto riguarda l'esercizio dei poteri datoriali determinerebbe, infatti, «una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094»¹¹³.

La contrattazione collettiva, per quanto riguarda l'esercizio dei poteri datoriali, conferma «l'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'azienda in conformità e nel pieno rispetto di quanto previsto dall'art. 4 legge n. 300/1970»¹¹⁴: specifica che lo svolgimento della prestazione in modalità agile non incide «in nessun modo sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e sul relativo assoggettamento al potere direttivo, di controllo, di indirizzo e disciplinare esercitato dal datore di lavoro»¹¹⁵.

del 2 maggio 2017, che fa riferimento a «obiettivi puntuali e misurabili che possano consentire di monitorare i risultati della prestazione lavorativa in *smart-working*».

¹¹¹ Cfr. MARESCA A., *Smart working, subordinazione soft. La distinzione tra attività dipendente e autonoma non regge più come cardine per le tutele*, *Il Sole 24 ore*, 26 luglio 2017. Per alcuni la normativa in materia di lavoro agile modifica la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c. e limita sensibilmente il potere del datore di lavoro. Cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 14; PERULLI A., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 14, secondo cui tale adeguamento alle esigenze dell'impresa avviene «mediante la creazione di una forma "speciale" di subordinazione, caratterizzata da una regolazione legislativa assai scarna che rinvia all'autonomia individuale»

¹¹² Cfr. MARESCA A., *Smart working, subordinazione soft. La distinzione tra attività dipendente e autonoma non regge più come cardine per le tutele*, cit.

¹¹³ Cfr. PERULLI A., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 15.

¹¹⁴ Accordo del 4 Aprile 2017, tra ENEL Italia s.r.l. (Gruppo) e FILCTEM, FLAEI, UILTEC, sullo *smart working*; Accordo per il *Flexible Working* nel Gruppo Bancario BNL. Anche l'Accordo TIM del 20 luglio 2017 esclude che lo svolgimento della prestazione in modalità agile comporti la modifica dell'esercizio del potere direttivo o del potere di controllo dell'azienda.

¹¹⁵ Accordo Barilla del 2 marzo 2015; Contratto collettivo per l'industria alimentare del 5 febbraio 2016. Accordo del 4 Aprile 2017, tra ENEL Italia s.r.l. (Gruppo) e FILCTEM, FLAEI, UILTEC, sullo *smart working*

5. Le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro agile.

Come già evidenziato, per *smart working* si intende lo svolgimento della prestazione lavorativa con modalità flessibili sia rispetto all'orario che al luogo in cui viene eseguita, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La legge si limita, dunque, a fare riferimento ad una prestazione resa in assenza "di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", entro i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva¹¹⁶.

I contratti collettivi prevedono che l'orario possa essere articolato anche secondo «orari diversamente distribuiti nell'arco della giornata»; allo stesso tempo richiedono che, durante l'orario di lavoro definito in fase di pianificazione tra dipendente e responsabile, il lavoratore agile sia disponibile e contattabile tramite gli strumenti aziendali messi a disposizione dall'azienda. La prestazione in modalità agile è ammessa solamente nell'orario di lavoro diurno e nei giorni feriali e, in alcuni casi, si esclude espressamente il ricorso a prestazioni di lavoro straordinario nelle giornate svolte in modalità *smart working*¹¹⁷.

Le giornate di lavoro agile sono pianificate in base a quanto definito fra dipendente e diretto responsabile¹¹⁸. I contratti collettivi individuano un numero minimo ed un numero massimo di giornate al mese per lo svolgimento della prestazione in modalità agile. Ad esempio l'accordo del Gruppo FS Italiane prevede un minimo di 4 ed un massimo di 8 giornate al mese; l'Accordo ENEL limita la prestazione di lavoro agile ad 1 giorno alla settimana; l'accordo Vodafone del giugno 2014 prevede un massimo di 4 giorni al mese e, in ogni caso, di 1 giorno a settimana¹¹⁹. L'Accordo TIM del 20 luglio 2017 consente di collocare la prestazione lavorativa in modalità lavoro agile «tutti i giorni lavorativi della settimana, per 1 giorno a settimana, con un massimo di 44 gg/anno». Inoltre, al fine di garantire i tempi di riposo e di disconnessione, prevede specifici regimi di orario: nel caso in cui la prestazione sia svolta presso una diversa sede aziendale, è rispettato lo stesso orario di lavoro applicato presso la sede di appartenenza; nel caso di prestazione resa all'esterno dei locali aziendali,

¹¹⁶ Art. 18, l. n. 81/2017.

¹¹⁷ Accordo Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017.

¹¹⁸ Accordo Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017.

¹¹⁹ Una soluzione simile è adottata dall'Accordo di Randstad Group del 2 febbraio 2016. L'Accordo di BNP Paribas distingue tra lavoro agile sistematico, che consiste in un giorno fisso a settimana o ogni due settimane, e lavoro agile occasionale, in cui le giornate di lavoro agile sono programmate con il responsabile nel limite massimo di 30 giorni all'anno. L'Accordo di General Motors Powertrain del 6 marzo 2015 prevede il limite massimo 10 giorni all'anno.

invece, individua un periodo compreso tra le 8.00 e le 20.00, con un intervallo tra le 12.30 e le 14.30, a condizione che sia garantita la contattabilità telefonica o telematica tra le 10.00 e le 12.30 e tra le 14.30 e le 16.30. Inoltre, si richiede al lavoratore di segnalare il proprio status operativo tramite un apposito applicativo informatico e di dare tempestiva comunicazione di eventuali indisponibilità in determinati archi temporali¹²⁰. In tal modo i contratti collettivi cercano di perseguire l'obiettivo di una maggiore flessibilità organizzativa, ferma restando, tuttavia, la richiesta della disponibilità necessaria per consentire il coordinamento della prestazione con l'attività degli altri lavoratori.

6. La scelta del luogo di lavoro e la tutela della salute e della sicurezza dello smart worker.

In materia di sicurezza sul lavoro, in modo generico l'art. 22 della legge prevede l'obbligo in capo al datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile. A tal fine, il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, «un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro». Per quanto riguarda il lavoratore, le disposizioni legislative si limitano a prevedere l'obbligo di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali.

Come la l. n. 81/2017, i contratti collettivi si limitano, in genere, a rinviare ad apposita informativa in materia di sicurezza, nella quale devono essere individuati i rischi generali ed i rischi specifici connessi alla modalità di esecuzione del rapporto di lavoro; solo alcuni prevedono espressamente l'obbligo in capo al datore di lavoro di fornire una formazione specifica in tema di salute e sicurezza, nella quale individuare i comportamenti che il lavoratore è tenuto ad osservare¹²¹.

La prestazione di lavoro agile, secondo quanto stabilito dall'art. 18 della legge, è svolta in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa. Per i contratti collettivi, il lavoratore può scegliere liberamente il luogo in cui svolgere la prestazione, a condizione che «sia rispettata l'idoneità per gli aspetti relativi alla sicurezza

¹²⁰ Accordo TIM del 20 luglio 2017; Regolamento Vodafone "Procedura per lavoro in *smart working*" del 16 giugno 2014.

¹²¹ Accordo Gruppo FS Italiane del 2 maggio 2017.

e alla riservatezza», «anche dal punto di vista dell'integrità fisica secondo quanto previsto dall'art. 2087 c.c.»¹²².

Per garantire la salute e la sicurezza del lavoratore e consentire al datore di lavoro di adempiere alla propria obbligazione di sicurezza, alcuni contratti collettivi individuano preventivamente i luoghi in cui può essere svolta la prestazione di lavoro agile: il domicilio del dipendente, altre sedi aziendali o «altro luogo liberamente scelto dal dipendente», sempre che risponda ai criteri di sicurezza e riservatezza, «anche dal punto di vista dell'integrità fisica e salubrità e garantisca la necessaria connettività»¹²³. Il datore di lavoro è quindi responsabile per la sicurezza e per il corretto funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa anche con riferimento alle prestazioni in modalità agile svolte nei luoghi così individuati.

L'allegato all'Accordo Siemens del 6 giugno 2017, riconosce in modo esplicito che gli obblighi in materia di salute e sicurezza in capo al datore di lavoro «rimangono quelli previsti dalla normativa in vigore (in particolare il d.lgs. n. 81/2008)» e richiede al lavoratore il corretto utilizzo degli strumenti di lavoro, il rispetto della «quantità oraria globale massima di lavoro al video terminale», nonché la sua cooperazione nell'attuare le misure di prevenzione necessarie a fronteggiare i rischi connessi allo svolgimento della prestazione al di fuori dei locali aziendali.

7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro agile.

Come già evidenziato, la legge non prevede espressamente una competenza della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro agile; tuttavia, non la si può nemmeno ritenere esclusa. È anzi facile ipotizzare un intervento dei contratti collettivi, in particolare aziendali, per adattare la disciplina del lavoro agile alle esigenze delle singole aziende.

Pur nei limiti previsti dalla legge e fatto salvo il necessario consenso del lavoratore, infatti, i contratti collettivi possono svolgere un ruolo importante nel predeterminare almeno in parte i contenuti del patto individuale e specificare alcuni aspetti del lavoro agile definiti in modo poco chiaro dalla legge. In particolare con riferimento ai poteri datoriali, all'orario di lavoro, al diritto alla disconnessione, l'accordo individuale non pare sempre garantire un sufficiente grado di tutela al lavoratore. Per evitare che il maggior potere contrattuale del datore di lavoro renda l'accordo eccessivamente sbilanciato a sfavore di questo, è perciò auspicabile l'ulteriore intervento della contrattazione collettiva.

¹²² Accordo Barilla del 2 marzo 2015.

¹²³ Accordo ENEL del 4 Aprile 2017.

Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la *revanche* dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile

Marco Cuttone^α

SOMMARIO: 1. Premessa: il lavoro agile tra "estensione" della subordinazione e valorizzazione dell'autonomia individuale. – 2. Il lavoro agile quale peculiare forma della fattispecie del lavoro subordinato 3. – L'impatto propulsivo della *revanche* dell'autonomia individuale. – 3.1. L'accantonamento del ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione della fattispecie. – 3.2. Il ruolo propulsivo dell'accordo individuale nella regolamentazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa. – 4. Conclusioni: l'effetto destabilizzante della promozione dell'autonomia individuale.

1. Premessa: il lavoro agile tra "estensione" della subordinazione e valorizzazione dell'autonomia individuale.

Il lavoro agile¹²⁴ è fattispecie di recente regolamentazione legislativa, ma rischia di incidere su alcuni paradigmi fondanti del diritto del lavoro novecentesco quali il ruolo della contrattazione collettiva e il perimetro di estensione del concetto di subordinazione¹²⁵.

^α Dottore di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Catania.

¹²⁴ Per una presentazione sociologica della fattispecie si rimanda a G. CHIARO, G. PRATI, M. ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *Sociologia del lavoro*, n. 138/2015.

¹²⁵ Tra i primi contributi in materia si segnala G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di*

Nell'introdurre la fattispecie del "lavoro agile" il legislatore ha "oltrepassato" la fattispecie del telelavoro¹²⁶ declinando una fattispecie autonoma e foriera al contempo di potenzialità e problematicità.

E infatti, con l'approvazione del d.lgs. n. 81/2017 il legislatore, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha avviato la propria azione di "regolamentazione promozionale" del "lavoro agile"¹²⁷.

Ai fini degli obiettivi del presente contributo è opportuno evidenziare i pilastri regolativi sui quali si fonda la fattispecie declinata dal d.lgs. n. 81/2017.

In particolare gli artt. 18 e ss. del d.lgs. n. 81/2017 hanno previsto che, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro è promosso il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo individuale 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. La normativa prevede che prestazione lavorativa possa essere eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Con riguardo ai caratteri dell'accordo individuale è previsto che lo stesso è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della

trasformazione, DRI, 2017; G. PROIA, in L. FIORILLO, A. PERULLI, a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Giappichelli editore, Torino, 2017 (in corso di stampa). M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 335/2017; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 341/2017; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017; L. TASCHINI, *Smart Working: la nuova disciplina del lavoro agile*, in MGL, n. 6/2017; M. LAI, L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in DPL, n. 11/2016; V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, RIDL, 2017.

¹²⁶ L. NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, QDLRI, 1998.

¹²⁷ Per una rassegna definitoria del lavoro agile si rimanda alla sezione «*smart working*» della banca dati del sito www.farecontrattazione.it, che raccoglie oltre 1.500 contratti di secondo livello (in prevalenza aziendali) e circa 100 contratti nazionali di categoria e i cui principali contenuti sono resi pubblici tramite il rapporto annuale ADAPT sulla contrattazione collettiva. Cfr., da ultimo, *La contrattazione collettiva in Italia nel 2016*, ADAPT University Press, 2017.

prova, e che lo stesso disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo individua, altresì, i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Relativamente alla durata ed ai tempi l'accordo individuale, specifica la legge, può essere a termine o a tempo indeterminato; in tale ultimo caso, il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni. Il d.lgs. n. 81/2017 si premura di specificare che solo 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 ciò che più rileva è che all'accordo individuale è demandata la disciplina dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, pur nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300¹²⁸. Tra l'altro, l'accordo deve individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Quindi, come evidenziato dai primi contributi¹²⁹, gli elementi caratterizzanti del lavoro agile sono i seguenti: a) l'accordo tra le parti circa la modalità "agile" di esecuzione del rapporto; b) l'organizzazione anche per fasi, cicli o obiettivi; c) l'assenza di precisi vincoli di orario, fermi restando i limiti di durata massima previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; d) l'assenza di un preciso luogo di lavoro, con una prestazione eseguita in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno, senza una postazione fissa; e) il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa; f) la previsione di condotte disciplinarmente rilevanti relative alla fase svolta all'esterno dei locali aziendali.

¹²⁸ A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 dello Statuto dei Lavoratori*, RIDL 2016, 4.

¹²⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017 che sottolinea, tra l'altro, che gli ambiti applicativi del lavoro agile potrebbero essere i più svariati e spaziare dalle prestazioni ad alto contenuto intellettuale (grafici pubblicitari, tecnici informatici operanti da remoto) a quelle meno specialistiche (addetti ai servizi di consegna a domicilio, manutentori on site, per i quali può essere necessario lo svolgimento dell'attività solo in parte all'interno dell'azienda, sotto la direzione del datore di lavoro e dei suoi sottoposti in modo incostante nel tempo o limitato nel corso nella giornata lavorativa).

Dall'esame della normativa è evidente che la fattispecie sul lavoro agile si interseca all'interno delle fondamentali definitorie (in un'ottica estensiva) del lavoro subordinato, ma soprattutto incide sulla forza dell'autonomia individuale¹³⁰ a discapito di quella collettiva¹³¹.

È sull'approfondimento di questa duplice traiettoria che si concentra il presente contributo.

2. Il lavoro agile quale peculiare forma della fattispecie del lavoro subordinato.

Come sottolineato nei primi commenti alla nuova fattispecie, il legislatore, con la definizione del lavoro agile come modalità di esecuzione del lavoro subordinato, prende atto della trasformazione dell'impresa e dell'organizzazione del lavoro¹³² estendendo e/o modificando la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.¹³³ Tuttavia compie questa operazione di allargamento della definizione di subordinazione anche stavolta senza incidere in alcun modo sulla clausola generale dell'art. 2094 c.c.¹³⁴ che rimane immutata ed adagiata alla sua versione storica pensata per la fabbrica fordista e taylorista e forse inadatta alle metamorfosi sempre più incalzanti della trasformazioni sociologiche ed economiche sottese¹³⁵.

Con riferimento al ruolo "estensivo" che la fattispecie del lavoro agile riveste nella fattispecie della subordinazione è possibile evidenziare che il lavoro agile è declinato non come autonoma fattispecie che si somma a quelle già esistenti (il lavoro subordinato, il lavoro para-subordinato in tutte le sue accezioni, e il lavoro autonomo)¹³⁶, ma quanto piuttosto quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi,

¹³⁰ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici* GDLRI, 1990; M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, GDLRI, 1991; M. D'ANTONA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, GDLRI, 1991.

¹³¹ R. ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, GDLRI, 2011, 33.

¹³² B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nella stagione del Jobs Act*, GDLRI, 2016, 2.

¹³³ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 335/2017.

¹³⁴ E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, GDLRI, 2006, 1; M. D'ANTONA, *Limiti Costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, ADL, 1997, 4-5.

¹³⁵ L. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della nuova geografia del lavoro*, WPCSDLE 2017, 338.

¹³⁶ E. GHERA, *La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano*, DL, 2004, 3-4.

cicli e obiettivi¹³⁷ e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La legge in questione quindi dispone la semplice articolazione delle flessibilità «*nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*» superando ostacoli prima invalicabili dalle rigidità del lavoro subordinato nell'unica accezione dell'art. 2094 del c.c.

Le modalità di esecuzione della prestazione nel modello del lavoro agile permettono che la prestazione lavorativa venga eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

L'ordinamento italiano ha quindi compiuto un ulteriore passo verso il superamento del solido e un tempo ritenuto inscalfibile paradigma dell'unità di luogo, tempo e azione nello svolgimento dell'attività lavorativa, frutto di quell'idea per cui il rapporto sinallagmatico tra datore e lavoratore si traducesse necessariamente nell'immagine del lavoratore subordinato che presta la sua attività di lavoro in un luogo prestabilito, in un tempo predeterminato e con un'azione costantemente monitorata.

La dottrina sino a questo momento intervenuta ha evidenziato con riferimento alla possibilità che l'accordo individuale disciplini anche le forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, che siffatta previsione non renderebbe consensuale l'esercizio del potere direttivo, ciò che sarebbe invero cosa impossibile perché determinerebbe la negazione del potere stesso, che non può che essere unilaterale¹³⁸. Al contrario, la norma permetterebbe di attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle modalità, con le quali le direttive del datore di lavoro sono impartite al lavoratore durante la parte della prestazione, in cui possono risultare non funzionali i normali strumenti di comunicazione utilizzati quando la prestazione avviene all'interno dei locali aziendali (come le istruzioni verbali o gli ordini di servizio affissi nelle bacheche fisicamente presenti sul luogo di lavoro)¹³⁹.

Eppure il potere direttivo dovrebbe essere legalmente previsto e discrezionalmente esercitabile proprio ai sensi della definizione stessa di

¹³⁷ Quest'ultima è una formulazione già utilizzata per il lavoro a progetto e poi abbandonata, a causa della sua genericità così come evidenziato da G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017.

¹³⁸ In questi termini A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 341/2017; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017.

¹³⁹ A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 341/2017.

subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. e non esser rimesso alle condizioni dell'autonomia individuale.

Tale elemento caratterizza il lavoro agile come una "fattispecie speciale" di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di elementi ulteriori al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., ed in particolare sotto il profilo degli interessi, quali ad esempio l'interesse alla definizione delle forme di esercizio dei poteri datoriali in vista della migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nell'ottica di una corresponsabilizzazione del soggetto che versa in uno stato di soggezione, il lavoratore subordinato, nella definizione delle modalità con cui si attua la dimensione attiva del rapporto.

Si verifica nel lavoro agile una subordinazione condivisa dalle parti che sposa le tendenze evolutive più generali del lavoro subordinato, sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro. In questa accezione il profilo causale del contratto di lavoro subordinato si allontana dal prototipo legale tipico dell'art. 2094 c.c., ed è invece funzionale al raggiungimento di un diverso assetto degli interessi implicati, ed in particolare a realizzare una nuova visione dell'organizzazione del lavoro, volta a "stimolare l'autonomia e la responsabilità dei lavoratori e a realizzare una maggiore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"¹⁴⁰.

3. L'impatto propulsivo della revanche dell'autonomia individuale.

Eppure l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2017 non ci consegna solo l'introduzione una differente modalità di svolgimento dell'attività di lavoro all'interno del paradigma del lavoro subordinato, ma, invece, sembra auspicare, grazie ad una evidente "riscossa" dell'autonomia individuale, un differente ruolo delle fonti giuridiche nella declinazione dell'equilibrio delle posizioni del lavoratore, da un lato, e del datore di lavoro, dall'altro. Il legislatore assegna all'autonomia individuale il compito di ridisegnare le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato nell'accezione del lavoro agile.

Proprio questo è uno degli aspetti in astratto più problematici che richiederà necessariamente un esame pratico nella realtà dei fatti¹⁴¹.

¹⁴⁰ Per un approfondimento si rimanda a A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 341/2017.

¹⁴¹ Sugli aspetti problematici si rimanda a un intervento antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2017 E. COMO, R. TURI, *Smart working: ne avevamo proprio bisogno? Come cambia il telelavoro*, Ufficio studi Fiom nazionale e Segreteria nazionale Fiom, febbraio 2016.

3.1 L'accantonamento del ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione della fattispecie.

Il legislatore, con l'approvazione del d.lgs. n. 81/2017, sembra non aver voluto valorizzare il ruolo di supplenza normativa nella disciplina del lavoro agile o *smart working* che la contrattazione collettiva, sebbene in forma estremamente ridotta aveva assunto in assenza di un intervento di regolazione legislativa¹⁴².

In tal senso non può non evidenziarsi che l'“Osservatorio ADAPT sullo Smart Working” segnala in particolare, alla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge 22 maggio 2017, n. 81, la presenza di sei accordi nazionali di categoria sugli oltre ottocento censiti dal CNEL e di almeno ventiquattro accordi aziendali che disciplinano la fattispecie¹⁴³.

¹⁴² E. DAGNINO, P. TOMASSETTI, C. TOURRES, *il lavoro agile nella contrattazione collettiva oggi*, ADAPT Working Paper, n. 2/2016. Si rileva però che, così come evidenziato da M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 335/2017 le aziende che hanno sperimentato forme di lavoro agile sono decisamente più numerose rispetto a quelle che lo hanno introdotto per via contrattuale posto che, in non pochi casi, risultano prassi aziendali non formalizzate o comunque disciplinate unicamente per via unilaterale non di rado mediante la definizione di precise policy aziendali come peraltro raccomandato da Assolombarda, Indicazioni per la gestione degli aspetti di salute e sicurezza legati al “Lavoro Agile/SmartWorking”, dispensa n. 1/2015

¹⁴³ In tal senso si rimanda a M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, 335/2017 che segnala: l'accordo di rinnovo del 5 febbraio 2016 del CCNL dell'industria alimentare, valido per il quadriennio 2016-2019, sottoscritto dalle (numerose) rappresentanze datoriali del settore, coordinate da Federalimentare, e da Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil con la previsione di un nuovo articolo espressamente dedicato al lavoro agile, nonché l'ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL area alimentazione-panificazione sottoscritto il 23 febbraio 2017 tra CNA, Confartigianato, Casa Artigiani, CLAAI e Flai-Cgil, Fai-Cisl, Uila-Uil e anche il verbale di accordo per il rinnovo del contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dipendenti dalla piccola e media industria alimentare sottoscritto il 16 settembre 2016 tra Unionalimentari, Confapi e dalla Fai-Cisl, Flai-Cgil, Uila-Uil. Si vedano altresì, sebbene in forma meno articolata, l'articolo 5-bis in materia di lavoro agile/smart working della ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL energia e petrolio sottoscritto il 25 gennaio 2017 tra Confindustria energia e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, l'accordo per il rinnovo del CCNL per le attività minerarie sottoscritto il 15 febbraio 2017 tra Assomineraria e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uiltec-Uil, nonché l'ipotesi di accordo per il rinnovo del CCNL per la piccola e media industria manifatturiera metalmeccanica sottoscritto il 22 luglio 2016 tra Confimi e Fim-Cisl, Uilm-Uil che contiene robuste linee-guida per l'applicazione del lavoro agile. Parlano di lavoro agile o *smart working*, ma in termini meramente programmatici o comunque rinviando per la sua compiuta regolamentazione alla approvazione dei disegni di legge in discussione in Parlamento, anche il nuovo articolo 5, Sezione IV, Titolo III, dell'accordo di rinnovo del 26 novembre 2016 tra Federmeccanica, Assital e Fim-Cisl, Fiom-Cgil, Uilm-Uil, l'articolo 19-ter del verbale di accordo del 12 maggio 2016 per il rinnovo del CCNL tra Federculture e FP-Cgil, Cisl-FP, Uil-FPL, Uil-PA e l'accordo di rinnovo del CCNL per gli addetti

E però il legislatore ha adottato una scelta differente nella valorizzazione delle fonti¹⁴⁴. La fonte individuale¹⁴⁵, l'accordo fra le parti, viene valutata dal legislatore come unico strumento giuridico idoneo a raggiungere gli obiettivi che la legge affida al lavoro agile: a) sotto il profilo dell'interesse spiccatamente datoriale l'incremento della competitività, b) sotto il versante della figura del lavoratore la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Il legislatore ha dovuto prendere atto del cambiamento morfologico del lavoro, più responsabilizzato e partecipato anche in ordine agli obiettivi e ai risultati della propria prestazione di lavoro.

In tal senso sembrano ottimistiche le visioni che individuano il patto individuale come accessorio e ulteriore al ruolo della contrattazione collettiva attribuendo al d.lgs. n. 81/2017 un ruolo "promozionale" e "propulsivo" della fattispecie. Al contrario, proprio un'interpretazione letterale della legge, sembrerebbe far optare per la prevalenza/preferenza della fonte individuale su quella collettiva. Ed infatti, in esecuzione all'antico brocardo secondo cui *ubi lex voluit dixit*, qualora il legislatore avesse voluto affiancare al patto individuale il ruolo della contrattazione collettiva lo avrebbe dovuto specificare. Ed invece, com'è evidente nessun riferimento alla contrattazione collettiva è ricercabile negli artt. 18 e ss. d.lgs. n. 81/2017¹⁴⁶.

all'industria chimica, chimico-farmaceutica, delle fibre chimiche e dei settori abrasivi, lubrificanti e GPL sottoscritto il 15 ottobre 2015 tra Federchimica, Farmindustria e FilcemCgil, Femca-Cisl, Uilcem-Uil.

¹⁴⁴ L'accordo Cariparma dell'8 marzo 2016 ove le parti firmatarie «*si danno atto che lo "smart working - lavoro agile" come sopra definito e come disciplinato nel presente accordo non configura una fattispecie di telelavoro ai sensi dell'articolo 36 del vigente CCNL*». Esattamente negli stessi termini l'accordo per il Gruppo Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014 con la precisazione che detta modalità di lavoro, definita di «lavoro flessibile», «*non può mai essere prevalente rispetto all'attività lavorativa complessivamente svolta*». Più articolato l'accordo Nestlé Italia del 12 ottobre 2012 secondo cui «*il lavoro agile si differenzia dal telelavoro in quanto: 1) non deve essere necessariamente svolto da una postazione fissa e predeterminata; 2) non viene svolto stabilmente a distanza, ma in modo non continuativo, sporadico, occasionale ovvero limitato ad un breve periodo di tempo*».

¹⁴⁵ Sul ruolo dell'autonomia individuale nel contratto di lavoro si rimanda a A. MARESCA, *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro*, GDLRI, 2009, 97.

¹⁴⁶ Tuttavia autorevole dottrina sottolinea che la legge, nel fare riferimento ad un patto individuale di lavoro agile non abbia voluto escludere la competenza regolativa anche dei contratti collettivi sulla scorta della circostanza che il lavoro agile è diffuso principalmente nelle grandi aziende ed è un fenomeno che riguarda, di norma, collettività di lavoratori. Pertanto sarebbe pertanto poco realistico regolamentare questa modalità di esecuzione della prestazione solo sulla base di accordi individuali quando i lavoratori interessati sono numerosi. Tale lettura è fornita da G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il*

Sembra che l'accordo individuale o anche "patto di lavoro agile" non si sostituisca al contratto di lavoro originario, ma piuttosto ne rappresenti un'appendice in accezione di novazione oggettiva delle condizioni¹⁴⁷.

Tuttavia, non si può non rilevare che gli obiettivi di una maggiore produttività¹⁴⁸ e di una migliore conciliazione tra vita e lavoro non sono automatici e non necessariamente vengono raggiunti contestualmente.

Al contrario il raggiungimento degli stessi presuppone un delicato equilibrio tra le contrapposte esigenze organizzative dell'impresa e quelle della persona, il cui raggiungimento è affidato, o meglio dire demandato, dal d.lgs. n. 81/2017 ai contenuti dell'accordo individuale tra le parti a discapito del ruolo della contrattazione collettiva e anche della legge.

3.2 Il ruolo propulsivo dell'accordo individuale nella regolamentazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Il legislatore ha rimesso nelle mani della forza negoziale delle parti e, in particolare, di quella del singolo lavoratore, la definizione delle modalità di esecuzione del rapporto con modalità di lavoro agile. In particolare, parafrasando la lettera del d.lgs. n. 81/2017, l'accordo individuale relativo alle modalità di lavoro agile: a) disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, b) regola l'esercizio del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro per il periodo di prestazione svolto all'esterno dei locali aziendali; c) individua gli strumenti utilizzati dal lavoratore; d) individua i tempi di riposo del lavoratore; e) prevede le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. L'accordo deve essere sottoscritto *ad probationem*, può essere a termine o a tempo indeterminato; in tale ultimo caso, il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni. Chiaramente, sulla scorta del ruolo di appendice del patto individuale di lavoro agile rispetto al contratto di lavoro che sta alla base, il recesso riguarda esclusivamente le modalità di lavoro agile e, pertanto, in presenza di un recesso il rapporto di lavoro continua secondo le modalità ordinaria cessando solo lo svolgimento del lavoro agile.

telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, DRI, 2017.

¹⁴⁷ In termini simili G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017

¹⁴⁸ M. MENEGOTTO, *Produttività, sistemi di incentivazione e lavoro agile*, Quaderni di Giurisprudenza del Lavoro di Confindustria Bergamo, n. 2/2016, pp. 69-76. Vedi ora l'articolo 18, comma 4, della legge 22 maggio 2017, n. 81.

Dalla lettura del disposto normativo emerge la pervasività e il ruolo determinante dell'autonomia individuale con picchi di notevole intensità soprattutto laddove la stessa viene autorizzata, o se si voglia, delegata a regolare l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, pur nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 4 legge n. 300/1970, e ad individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari. In quest'ultimo caso l'autonomia individuale è autorizzata dalla legge a regolare istituti normalmente disciplinati dalla contrattazione collettiva come la tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti¹⁴⁹.

Dalla lettura delle norme introdotte dal d.lgs. n. 81/2017 sembra evidente che l'accordo individuale rappresenta la fonte principale di regolazione delle nuove modalità di svolgimento delle prestazioni di lavoro nell'ottica del "lavoro agile". Quindi sembra ritrovare cittadinanza nell'ordinamento giuslavoristico una norma poco considerata, o ritenuta pericolosa, l'art. 1322 del c.c. e il correlato principio dell'autonomia individuale. E infatti, il d.lgs. n. 81/2017 esalta i due profili dell'autonomia contrattuale introdotti nei due commi di cui si compone la norma codicistica. Il primo profilo dell'autonomia contrattuale, che attiene al contenuto del contratto, da intendersi come tutte le determinazioni con cui le parti regolano il loro rapporto; il secondo profilo di autonomia delle parti attinente al tipo contrattuale, in quanto i contraenti non sono tenuti ad adottare le fattispecie individuate dalla legge ma possono anche creare nuovi contratti se questi sono più adatti a regolare i loro rapporti. E l'autonomia individuale in questa seconda accezione, si inverte laddove il legislatore permette alle parti di "disegnare" diversamente e riadattare gli elementi tipici dell'etero-direzione dell'art. 2094 del c.c. nelle modalità di esecuzione del lavoro agile¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sul punto G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, DRI, 2017 V. PASQUARELLA, *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, in RIDL, 2017 che sottolinea che si tratta di un effetto del tutto nuovo, considerando che, per esempio, l'art. 30 del collegato lavoro quando ha voluto attribuire all'autonomia individuale una limitata rilevanza nella tipizzazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare lo ha fatto con riferimento a contratti certificati e non ad accordi stipulati tra le parti senza la garanzia di una sede protetta.

¹⁵⁰ Di opinione contraria è che individua il lavoro agile come modalità espressiva del principio di autonomia individuale di cui al primo comma dell'art. 1322 c.c. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT.

Tuttavia non possono non sollevarsi talune perplessità laddove il superamento del paradigma aristotelico¹⁵¹ dell'unità di luogo, tempo e azione si accompagna al superamento della centralità del ruolo della contrattazione collettiva nel suo classico strumento di riequilibrio dei rapporti tra il contraente forte (il datore di lavoro) e il contraente debole (il lavoratore). In tal modo questa promozione dell'autonomia individuale consegna elementi di potenziale *vulnus* rispetto alle tutele del prestatore di lavoro con riferimento all'individuazione dei luoghi e dei tempi di lavoro, con riguardo agli obiettivi da raggiungere, con riferimento alle condotte disciplinarmente rilevanti, ma anche relativamente alle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare al lavoratore il diritto di disconnessione.

Eppure, non può non notarsi come gli ampi spazi che la legge ha lasciato alla contrattazione individuale presupporrebbe una parità d'armi fra le parti che nella realtà difficilmente sarà verificabile, salvo per le figure e le qualifiche professionali più elevate, laddove è lecito attendersi un riequilibrio maggiore dei poteri fra le parti. Per il resto sembra chiaro che la *revanche* dell'autonomia individuale si possa tradurre nell'infiltrazione dei desiderata e delle priorità del datore di lavoro con detrimento della posizione giuridica del prestatore di lavoro. E infatti l'autonomia individuale potrà configurare, al di là delle previsioni della contrattazione collettiva, nuove fattispecie disciplinarmente rilevanti, l'autonomia individuale potrà prevedere specifici obiettivi da dover raggiungere, e nuove forme di controllo da adattare, ma dovrà soprattutto individuare "le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". Su quest'ultimo punto, in particolare, la legge avrebbe con ogni probabilità potuto individuare un livello minimo di tutela per il prestatore di lavoro o, comunque, prevedere delle tutele sussidiarie nel caso in cui le parti nulla dovessero regolamentare sul punto. Ad oggi è dubbio, ma la lettera della legge sembrerebbe propendere per una risposta negativa, se sia immaginabile un diritto alla disconnessione nel caso in cui l'accordo individuale dovesse essere silente sul punto. Al più, in applicazione dei principi generali del diritto dei contratti, potrebbe sostenersi che un accordo individuale

¹⁵¹ Sul superamento delle c.d. "regole aristoteliche" si rimanda da ultimo a M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WPCSDLE, IT, ma anche B. VENEZIANI, *Le nuove forme di lavoro*, in R. Blanpain, M. Biagi (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei Paesi industrializzati ad economia di mercato. Profili comparati. I. Diritto del lavoro*, Maggioli, 1991, 107-139. Vedi anche M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, DLRI, 2008, 22.

sottoscritto senza la previsione del diritto alla disconnessione è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. per mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto.

I limiti dell'autonomia individuale emergono con grande vigore su questo punto se si pensa che gran parte delle probabilità di successo del lavoro agile passano dalla evidente necessità di tutelare il lavoratore da un'onnipresenza della nuova dimensione virtuale e tecnologica del lavoro all'interno della propria vita. A titolo esemplificativo i rischi hanno il nome del sovraccarico informativo e dell'*internet disorder addiction* (si vedano in tal senso i recenti studi volti ad approfondire il nuovo panorama delle malattie professionali degli "*smart workers*"). L'assenza o anche solo l'insufficiente affermazione di un diritto di disconnessione del lavoratore, determinerebbe il venir meno di una delle premesse che la legge ha posto sul lavoro agile: l'agevolazione della conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro. Si aggiunga poi che l'enfasi nella determinazione degli obiettivi rimessi alla fonte individuale non fa che legittimare l'introduzione di elementi valutativi della prestazione lavorativa commisurati al conseguimento degli obiettivi (anche commerciali), ed in tal modo amplia ed aggrava l'accezione della violazione del dovere di diligenza del lavoratore che può configurare un'ipotesi di giustificato motivo soggettivo di licenziamento. In tal modo il lavoro agile rappresenterebbe il "cavallo di troia" per la definitiva consacrazione del licenziamento per scarso rendimento nel rapporto di lavoro subordinato. Tutto ciò non può che apparire confermato anche dalla circostanza che, a prescindere dal contenuto dei singoli accordi individuali, il controllo sulle prestazioni del lavoratore svolte all'esterno dei locali aziendali non potrà che essere un controllo maggiormente orientato alla *performance* piuttosto che al tempo d'esecuzione. Inoltre la fonte individuale diviene depositaria di un codice disciplinare individualmente adattato ai singoli "lavoratori agili" tal per cui, aderendo al tenore letterale della norma, alla contrattazione collettiva è inibita la possibilità di individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Quindi la presenza di una spiccata autonomia individuale, non etero-integrata e non etero - supportata da altre fonti, potrebbe creare un lavoro agile a dimensione d'impresa, che guarda alla produttività e poco o nulla da indietro in termini di benessere individuale del prestatore e di riflesso della sua realtà familiare, amicale e sociale.

4. Conclusioni: l'effetto destabilizzante della promozione dell'autonomia individuale.

La valorizzazione dell'autonomia contrattuale individuale di datore di lavoro e lavoratore mette di canto, volontariamente probabilmente, il ruolo della contrattazione collettiva con immediate refluenze sul sistema di relazioni industriali. Non può non rilevarsi in questo senso lo stralcio della previsione, originariamente contenuta nell'art. 20 del disegno di legge Poletti dell'8 febbraio 2016, poi non riprodotta, che affidava alla contrattazione collettiva e nello specifico cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 il compito di «*introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile*».

Eppure, la contrattazione collettiva è il grande assente nella disciplina introdotta negli artt. 18 e ss. del d.lgs. n. 81/2017. La scelta del legislatore sembra andare in controsenso rispetto all'attività suppletiva che proprio la contrattazione collettiva di primo e secondo livello aveva giocato nella regolamentazione della fattispecie.

Non può infatti sposarsi l'ottimistica visione del legislatore di rimettere all'autonomia contrattuale individuale di lavoratore e datore di lavoro la regolazione di profili dirimenti nell'esecuzione delle modalità di lavoro agile. Il lavoratore, anche se agile, è pur sempre il soggetto debole del rapporto, tanto nell'ottica del proprio potere contrattuale quanto in quella delle necessarie competenze nella valutazione giuridica dell'accordo che va a sottoscrivere. Il livello della contrattazione individuale nell'attuale assetto di legge, la pattuizione (tra soggetti in palese disequilibrio contrattuale) di forme non solo di mera flessibilità della prestazione, ma di vera e propria riprogrammazione del lavoro "per obiettivi".

Tali elementi appaiono, sotto tale profilo, di portata potenzialmente destrutturante: non solo per la categoria giuridica del lavoro subordinato, ma anche per quella delle relazioni industriali e, in specie, della contrattazione collettiva. Come visto la legge poco dice e tanto offre all'autonomia delle parti nella regolazione delle modalità di svolgimento del lavoro agile. Eppure, pur nella necessaria promozione dell'autonomia individuale, all'arretramento dei paletti normativi legali avrebbe dovuto far da contraltare la presenza dell'azione nomopoietica della contrattazione collettiva nella definizione di elementi minimi di tutela che potessero meglio garantire contestualmente gli obiettivi della l.n. 81/2017: la redditività

d'impresa e l'aumento del benessere individuale del prestatore di lavoro "agile"¹⁵².

In altre parole sarebbe stato opportuno che il presidio dell'equilibrio tra gli obiettivi fatti propri dal d.lgs. n. 81/2017 (l'aumento della produttività e redditività d'azienda, e la migliore conciliazione tempi di vita e tempi di lavoro) fosse stato affidato alla capacità di sintesi e supplenza negoziale delle parti collettive¹⁵³, anziché anche solo a quella delle parti individuali.

¹⁵² Per un approfondimento del ruolo delle parti sociali nella modernizzazione del diritto del lavoro A. MARESCA, I. ALVINO, *Il rinvio alla contrattazione collettiva nella legislazione recente e il ruolo delle parti sociali nella modernizzazione del diritto del lavoro*, AGENS Quaderni, 2008, 9.

¹⁵³ Per un recente approfondimento sul rapporto tra inderogabilità e sistema di competenze nell'azione dell'autonomia collettiva si rimanda a D. COMANDÈ, *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, RIDL, 2017.

L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione

Antonio Riccio^α

SOMMARIO: 1. Gli spazi dell'autonomia individuale nell'accordo di lavoro agile e la mancata individuazione di una sede assistita. – 2. La funzione primaria della certificazione e l'(in?)efficacia della procedura. – 3. Il ruolo centrale dell'attività di supporto alle parti affidato alle Commissioni e le possibili utilità in materia di lavoro agile. 3.1. Il *come*, il *dove* e il *quando* della prestazione e il loro impatto sulla questione qualificatoria. – 3.2. Le previsioni specifiche in materia di poteri datoriali e il rispetto delle norme inderogabili applicabili. – 3.3. Le misure tecniche e organizzative per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore e la loro adeguatezza.

1. Gli spazi dell'autonomia individuale nell'accordo di lavoro agile.

Con la legge n. 81 del 2017, il legislatore, perseguendo il dichiarato obiettivo di incentivare l'incremento della capacità competitiva delle imprese e, al tempo stesso, di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha voluto regolare e promuovere il cosiddetto "lavoro agile".

Pur non avendo in questo scritto - il cui *focus* resta necessariamente limitato all'ampio ruolo assegnato all'autonomia individuale e alle possibili utilità dell'istituto della certificazione lavoristica - l'ambizione di sviluppare tutte le varie implicazioni dell'istituto, è il caso di sottolineare che l'espressa *ratio* legislativa sembra disegnare un istituto (e un accordo) dalla necessaria doppia anima, *pro-mercato* e *pro-labour*. Ciò non può che costituire sia uno dei principali strumenti interpretativi di una disciplina in

^α Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Firenze.

molti tratti non sufficientemente precisa sia una valida chiave di verifica della riconducibilità dei singoli accordi nell'alveo dello *smart work* così come delineato dal legislatore.

Come è ormai noto, per lavoro agile la legge intende la peculiare modalità di esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato, strettamente connessa con l'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa, stabilita mediante la conclusione di un accordo tra le parti¹⁵⁴. Nonostante le numerose incertezze poste dal dato legislativo, ciò che appare sufficientemente chiaro è il ruolo di primo piano affidato all'autonomia privata individuale nella definizione dell'accordo, tanto da indurre taluno a parlare di vera e propria *revanche* dell'autonomia individuale¹⁵⁵.

In primo luogo, è appena il caso di precisarlo, nessuna delle disposizioni della l. n. 81/2017 sembra tale da legittimare deroghe alla disciplina legale¹⁵⁶ della subordinazione da parte dell'autonomia individuale. Piuttosto, le parti, nell'accordo, avranno la possibilità di intervenire in senso specificativo-gestionale su molti degli elementi e istituti tipici del rapporto di lavoro subordinato, al fine di calibrarne la determinazione e disciplina alle peculiari modalità organizzative del lavoro agile.

Nonostante ciò, è evidente come la cornice della l. n. 81/2017 abiliti le parti individuali a realizzare nell'accordo, che può essere a termine o a tempo indeterminato, operazioni specificative nient'affatto irrilevanti sia per le conseguenze determinate sulla disciplina complessiva del rapporto sia per i risvolti in termini di certezza del diritto.

Rinviandone l'approfondimento ai paragrafi che seguiranno, può essere utile qui ricordare schematicamente i principali tratti legali che rinviano, in maniera diretta o indiretta, all'autonomia individuale. Sono tali le disposizioni che:

a) prevedono la possibilità di adottare forme di organizzazione della prestazione per fasi, cicli e obiettivi;

b) stabiliscono che l'attività venga svolta senza precisi vincoli di luogo e però obbligano, in via del tutto generica e senza offrire criteri interpretativi sulle sue proporzioni, all'alternanza del luogo di svolgimento,

¹⁵⁴ Sulla questione definitoria si v., in *q. vol.*, gli interventi di CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi. Possibili sovrapposizioni e distinzioni* e MONTEROSSO, *La definizione di lavoro agile e lo svolgimento della prestazione lavorativa. Finalità e politiche retributive e di welfare*

¹⁵⁵ CUTTONO, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo, tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie del lavoro agile*, in *q. vol.*

¹⁵⁶ Molto più problematica ci sembra, al contrario, la questione relativa alla possibilità per le parti individuali di derogare alle eventuali regole specifiche dettate dalla contrattazione collettiva in assenza di un espresso rinvio legale.

in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa;

c) stabiliscono che l'attività venga svolta senza precisi vincoli di orario entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;

d) assegnano all'accordo relativo alla modalità di lavoro agile il compito di disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro.

e) attribuiscono all'accordo la disciplina dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali e l'individuazione delle condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

f) assegnano all'accordo l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore nonché, in particolare, delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche adoperate per rendere la prestazione.

Il particolare peso attribuito all'autonomia individuale emerge in maniera ancora più evidente se si considera che il legislatore, a dispetto delle stesse origini dell'istituto¹⁵⁷, omette qualunque riferimento al contratto collettivo e non affida, dunque, alcun ruolo *privilegiato* alla mediazione collettivo-sindacale. Né come chiave di accesso generale per l'utilizzo dell'istituto, né condizionando la possibilità delle parti di agire su aspetti piuttosto critici della disciplina del rapporto - e tradizionalmente affidati all'autonomia collettiva, pensiamo al tema delle condotte rilevanti disciplinarmente - a un preventivo intervento dell'accordo sindacale. Naturalmente, come è stato già osservato¹⁵⁸, la mancanza di un espresso rinvio legale non impedisce alle parti collettive di intervenire autonomamente adottando una propria disciplina integrativa del dato normativo legale.

Per valutare quanto inciderà l'assenza del rinvio legale sulla propensione delle parti collettive a intervenire in materia, soprattutto a livello aziendale, bisognerà attendere i primi sviluppi empirici determinati dalla l. n. 81/2017. Quel che resta, ciononostante, un dato acquisito, è la non indispensabilità, con riguardo ad ogni profilo dell'accordo di lavoro agile, della disciplina collettiva.

¹⁵⁷ DAGNINO-TIRABOSCHI-TOMMASSETTI-TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO-TIRABOSCHI, *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADPT University Press, 2017, p. 75 ss.

¹⁵⁸ MARCHI, *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, in *q. vol.*

Tale scelta, condivisibile o meno, è determinata, principalmente, dalla evidente volontà di predisporre uno strumento di organizzazione flessibile della prestazione dalla natura fortemente individualizzata che mal riuscirebbe a conciliarsi con una disciplina collettiva eccessivamente pervasiva e, forse, rigida. Quasi certamente, poi, sulla scelta del legislatore ha inciso anche la persuasione che in materia di telelavoro i contratti collettivi abbiano contribuito, sovraccaricandone le regole, alla scarsa diffusione dell'istituto.

Dato l'ampio spazio di manovra concesso alle parti nell'accordo, e anche in ragione dell'assenza di competenze specifiche assegnate alla mediazione del contratto collettivo, di più difficile comprensione appare, al contrario, l'esclusione di ogni riferimento nel testo legale all'unico strumento di assistenza all'autonomia individuale previsto dall'ordinamento lavoristico italiano, ossia la certificazione dei contratti di lavoro di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003.

Anche in questo caso, ovviamente, ciò non impedisce la possibilità che le parti si rivolgano alle commissioni di certificazione in occasione della stipulazione dell'accordo di lavoro agile. Non può non segnalarsi, tuttavia, come il legislatore, che pure ha dimostrato nel tempo l'intenzione di valorizzare l'istituto - da ultimo con i numerosi richiami contenuti nel d.lgs. n. 81/2015 - abbia forse perso l'occasione di farlo in quello che potrebbe essere definito come un esempio paradigmatico delle concrete, seppur potenziali, utilità della procedura di certificazione.

2. La funzione primaria della certificazione e l'(in?)efficacia della procedura.

Prima di passare all'analisi dei possibili profili di utilità della certificazione in tema di lavoro agile, è forse opportuno riepilogare sinteticamente il quadro delle funzioni dell'istituto e interrogarsi sulla efficacia o inefficacia, in termini generali, dello stesso¹⁵⁹. La certificazione dei contratti di lavoro rappresenta, infatti, fin dai suoi esordi, uno degli istituti più controversi del diritto del lavoro italiano, in primo luogo, proprio in ragione dell'affermarsi, in larga parte della dottrina, dell'idea della sostanziale scarsa utilità dello strumento nella realizzazione degli obiettivi perseguiti.

¹⁵⁹ Le riflessioni contenute in questo par. e nel successivo sono frutto di una sintesi di alcune delle conclusioni alle quali si è giunti nel saggio dal titolo *I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro* di prossima pubblicazione nella rivista *Diritti Lavori Mercati*, n. 3/2017.

La seconda ragione di problematicità è legata, invece, alla frequente sovrapposizione di analisi tra la certificazione e il tema della derogabilità individuale assistita, tanto che le considerazioni espresse sulla seconda rischiano di mettere in ombra l'esame scrupoloso di ogni autonomo rilievo della prima.

Non vi è dubbio che, naturalmente, nella sua fase gestazionale, la certificazione rappresentasse, nell'idea dei suoi promotori¹⁶⁰, uno strumento volto - anche - alla rivisitazione del rapporto tra le fonti regolative del diritto del lavoro, con l'apertura di spazi di agibilità più o meno marcati all'autonomia individuale, purché assistita. Scorrendo la l. n. 30/2003 e il successivo d.lgs n. 276/2003, però, appare chiaro che a trovare accoglimento sul piano legislativo sia stata, principalmente - le ipotesi di derogabilità individuale assistita sono tuttora molto limitate - una procedura priva di necessarie implicazioni derogatorie¹⁶¹ e con funzione primaria¹⁶² qualificatorio-deflattiva. Tale funzione, come è noto, è svolta attraverso la possibilità offerta alle parti di ricorrere alla certificazione di tutti i contratti in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro ed è, in tutta evidenza, quella che qui ci riguarda da vicino.

Per quanto attiene, invece, la diffusione dell'istituto, i dati annuali relativi alle attività di tutte le commissioni attive tenute presso il Ministero del lavoro, mostrano valori ancora abbastanza contenuti ma in costante e progressiva crescita. Dalle circa 14.000 istanze del periodo 2003-2007, si è passati alle circa 38.000 del periodo 2010-2015, di cui 12.878 nel solo 2015.

Con riguardo a questi dati, tuttavia, si può osservare che, a quanto consta scorrendo le sezioni dedicate ai casi giurisprudenziali nelle riviste di settore e le più rilevanti banche dati, sulle circa 52.000 istanze complessive, si è formata, nel corso dei quindici anni di vita dell'istituto, una giurisprudenza, almeno nota, limitatissima.

¹⁶⁰ BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in QDLRI, 1998, p. 346 ss. Ma si v. anche VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, 1992, pp. 479 ss.

¹⁶¹ Così, PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE-VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, 2004, p. 403 ss.; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, p. 291-292. Per una diversa opinione, però, si veda GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO-RUSCIANO-ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, 2004, p. 284-285.

¹⁶² Di funzione primaria, in relazione alla riduzione di incertezza, parla BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in LD, 2006, 386.

È opportuno, dunque, considerare separatamente i dati relativi alla diffusione da quelli concernenti l'efficacia delle certificazioni effettuate. Se non vi è dubbio, infatti, che la scarsa diffusione della procedura di certificazione incida in maniera sensibilmente negativa sul generale obiettivo di stemperare i livelli complessivi del contenzioso giudiziale che caratterizzano il nostro mercato del lavoro, allo stesso tempo le poche sentenze reperibili in materia lasciano legittimamente presumere che laddove vi si faccia ricorso la certificazione abbia la capacità d'incidere positivamente sulla litigiosità delle parti.

Ad avviso di chi scrive, poi, i giudizi negativi espressi con riguardo all'efficacia dell'istituto derivano anche dalla tendenza dei commentatori a concentrare eccessivamente l'attenzione sugli effetti legali derivanti dal provvedimento di certificazione e questa impostazione rende ardua la possibilità di cogliere appieno le potenzialità dell'istituto legate agli effetti intrinseci all'esperienza della procedura.

Come è noto, il provvedimento di certificazione produce conseguenze giuridiche sia tra le parti del contratto sia verso i terzi, ossia le autorità pubbliche e i loro organi ispettivi. L'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che gli effetti legati all'accertamento - come, ad esempio, quelli derivanti dalla qualificazione - "permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili".

Mentre l'estensione degli effetti anche verso i terzi determina una serie di conseguenze tutt'altro che irrilevanti¹⁶³, nei confronti delle parti, al contrario, e in particolare del lavoratore, la conseguenza principale è rappresentata dall'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione dinanzi all'organo certificante prima di proporre un eventuale giudizio che implichi la messa in discussione dell'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo. A parte il previo assolvimento di quest'onere, il lavoratore avrà la facoltà - e non potrebbe essere il contrario, in ossequio ai consolidati e condivisibili orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di indisponibilità del tipo contrattuale¹⁶⁴ - di proporre ricorso per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Così come avrà il diritto d'invocare uno dei vizi del consenso, ipotesi che dovrebbe essere del tutto residuale, laddove le commissioni abbiano

¹⁶³ GHERA, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 290

¹⁶⁴ C. Cost., n. 115/1994, in *ADL*, 1995, p. 297 ss. e C. Cost., n. 30/1996, in *NGL*, 1996, p. 105 ss.

effettivamente svolto il loro ruolo di assistenza¹⁶⁵. Il lavoratore avrà anche la possibilità, inoltre, d'invocare in giudizio l'erronea qualificazione del rapporto da parte del certificatore.

A ciò bisogna aggiungere, infine, la possibile attivazione, per violazione del procedimento e per eccesso di potere, del contenzioso amministrativo.

Pur senza trascurare l'eventuale apporto in tal senso del tentativo obbligatorio di conciliazione, è abbastanza evidente che il contributo alla deflazione del contenzioso offerto dagli effetti legali prodotti tra le parti, derivanti dall'adozione del provvedimento, sia alquanto limitato.

Quindi, se è vero che i livelli di litigiosità riscontrabili sui contratti certificati si sono rivelati finora tanto trascurabili, le ragioni non possono che essere ricercate tra gli effetti intrinseci all'esperimento della procedura delineata dal legislatore che, come sottolineato nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003, rappresenta "un meccanismo finalizzato a dare alle parti ausilio nella più precisa definizione del testo contrattuale, potendo contare sul supporto fornito" dal soggetto terzo "in una logica di assistenza"¹⁶⁶.

3. Il ruolo centrale dell'attività di supporto alle parti affidato alle Commissioni e le possibili utilità in materia di lavoro agile.

Se è vero, dunque, che alla certificazione possiamo riferirci anche come ad una procedura di verifica e controllo preventivo della corrispondenza tra fattispecie astratta e regolamento contrattuale - e/o del rispetto della normativa applicabile -, è altrettanto vero che questa procedura non può mai presentarsi nei termini di uno sterile esame formale. Anzi, come si è altrove cercato di argomentare in maniera ampia, il fine deflattivo appare strettamente connesso alle funzioni di assistenza alle parti individuali affidate alle Commissioni.

Tanto che, ad avviso di chi scrive, acquista un rilievo sistematico centrale nell'analisi dell'istituto l'art. 81, d.lgs. n. 276/2003, nel quale è stabilito che "le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma

¹⁶⁵ Sulla scorta di argomentazioni che per motivi di spazio non ci è qui possibile riepilogare, le commissioni universitarie emergono come le sedi più adeguate a svolgere le attività individuate dal legislatore. Sul punto ci sia consentito il rinvio a RICCIO, *I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro*, DLM, n. 3/2017, (in corso di pubblicazione). Per tale ragione, in questo scritto, il riferimento alle commissioni evoca principalmente quelle costituite presso le Università e Fondazioni universitarie.

¹⁶⁶ DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. "volontà assistita": una lettura alternativa*, in Bollettino ADAPT, n. 36/2005, p. 3 ss.

negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

Sebbene ponga una serie di distinte questioni interpretative, la norma pare affermare con chiarezza che, nell'ambito della procedura, le Commissioni non svolgono soltanto la funzione formal-burocratica di attestazione della conformità del regolamento contrattuale al tipo astratto ma anche quella di supporto effettivo¹⁶⁷ alle parti.

Una conferma a questa lettura viene dal d.m. del 21 luglio 2004, che ha istituito e regolamentato le procedure di certificazione presso le direzioni provinciali del lavoro - oggi divenute Ispettorati Territoriali - e presso le province. Sia dal tenore letterale dell'art. 4, per cui "nel corso del procedimento (...), la commissione presta attività di consulenza e assistenza", sia dall'ulteriore previsione che consente in maniera esplicita alle commissioni, ove si renda necessario, di proporre "eventuali modifiche e integrazioni"¹⁶⁸.

Lo stesso d.m., poi, prevede lo strumento della necessaria audizione personale delle parti che risponde proprio all'esigenza di assicurare termini minimi di effettività dell'assistenza¹⁶⁹. Come rammentato dal Ministero del lavoro, quest'ultima, infatti, non potrà mai "esplicarsi in un'attività meramente burocratica" ma dovrà essere effettiva e "finalizzata ad evidenziare sia l'esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili"¹⁷⁰. L'audizione, perciò, come occasione di diretto contatto con le parti, offre l'opportunità al certificatore di approfondire gli obiettivi negoziali delle stesse, ponendosi come strumento di base per garantire un certo grado di effettività della consulenza, oltre a costituire uno dei mezzi attraverso i quali le commissioni dovranno poi svolgere il compito ultimo di certificare il

¹⁶⁷ Sul tema della effettività dell'assistenza prestata dalle sedi abilitate di conciliazione cfr. ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore. Art. 2113*, in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da) - BUSNELLI (diretto da), Giuffrè, 2016, p. 111 ss.

¹⁶⁸ D.m. 21 luglio 2004, art. 3.

¹⁶⁹ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004, in cui si sottolinea che "particolarmente rilevante risulta essere la fase dell'audizione delle parti in quanto, così come previsto dall'art. 4 del D.M. 21 luglio 2004 che riprende i contenuti dell'art. 81 del D.Lgs n. 276/2003, la Commissione svolge altresì i compiti di consulenza e assistenza per la stipula del contratto e del programma negoziale".

¹⁷⁰ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004; Inps, Circ. 71/2005.

contratto¹⁷¹. Questa è la ragione per la quale, pur essendo imposta legalmente soltanto ad alcune delle sedi di certificazione, l'audizione personale è stata comunque introiettata da quasi tutti i regolamenti delle commissioni.

Se, dunque, la certificazione può essere intesa come un vero e proprio strumento di ausilio alle parti per giungere a una corretta e consapevole costruzione e qualificazione della fattispecie contrattuale, ciò induce a rivedere il tema dei principali compiti delle commissioni.

La certificazione, come procedimento volto ad accertare la corretta riconduzione della fattispecie negoziale concreta a quella legale, - sia essa riconducibile ad un atto amministrativo di certazione¹⁷², o ad una forma peculiare di *iuris-dictio*¹⁷³ - rappresenta sicuramente il "fine precipuo del procedimento", ma è un fine del tutto incerto, potendo giungersi a un provvedimento di rigetto e non avendo il certificatore alcun potere di attribuire una diversa qualificazione rispetto a quella proposta dalle parti¹⁷⁴.

Da questo angolo prospettico, se più che sull'atto conclusivo si presta attenzione alla procedura, affiora come siano proprio l'assistenza e la consulenza a rappresentare il nucleo essenziale dell'attività. Come il supporto alle parti non sia, cioè, mai eventuale.

Tanto che, soprattutto per il lavoratore, il valore aggiunto assicurato dal ricorso alla certificazione risiede, ad avviso di chi scrive, nella possibilità di conseguire un grado maggiore di consapevolezza¹⁷⁵ sulle conseguenze, in termini di diritti e obblighi, derivanti dalla sottoscrizione di un determinato regolamento contrattuale con l'assistenza del certificatore. Nel fornirgli, quindi, un adeguato strumento di lettura del rapporto concreto che ne scaturirà e che gli potrà consentire di valutare con più cognizione di causa anche gli eventuali scostamenti tra il pattuito e il realizzato.

¹⁷¹ CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in CIUCCIOVINO (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Questioni aperte e problemi*, Giappichelli, 2014, p. 4.

¹⁷² V. in particolare, NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 211 ss.; CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, p. 3 ss.

¹⁷³ TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI-VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali, Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2004, p. 637 ss.; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, 235 ss.

¹⁷⁴ TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE-GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 155.

¹⁷⁵ Sul tema delle asimmetrie informative si veda, FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

Almeno con riferimento alla funzione primaria della certificazione, e tenendo conto dell'essenzialità del sostegno alle parti nel disegno complessivo dell'istituto, si può dare una definizione della certificazione come procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte di esso) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile.

Date le considerazioni circa l'inadeguatezza degli effetti legali del provvedimento tra le parti a perseguire l'obiettivo deflattivo, ci sembra evidente che le possibilità di contribuire a stemperare il contenzioso giudiziario tra i contraenti siano quasi totalmente affidate al complessivo buon funzionamento della procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del *programma* negoziale. La certificazione, pertanto, potrà rappresentare davvero un filtro deflattivo soltanto laddove abbia garantito la conclusione consapevole del negozio attraverso un percorso trasparente¹⁷⁶ e realmente assistito.

Se così intesa, a ben vedere, la certificazione potrebbe in qualche modo incidere in maniera positiva - anche se in via indiretta - perfino in materia di difformità tra programma negoziale e successiva attuazione¹⁷⁷ - causa principale di contenzioso -, sconsigliando il datore/committente dal tenere comportamenti contrari a quanto pattuito, dinanzi a un soggetto terzo e imparziale, con un lavoratore informato anche sugli eventuali diritti che ne scaturirebbero e a cui il provvedimento offre l'indicazione diretta dei termini e dell'autorità a cui potrà rivolgersi.

La lettura della certificazione come strumento innovativo di riduzione dell'incertezza nella fase genetica dei regolamenti negoziali lavoristici, per il tramite di un'attività di supporto svolta dalle commissioni in favore di entrambe le parti dell'accordo, ci consente di cogliere appieno il ruolo potenziale che l'istituto può rivestire in tema di lavoro agile anche e soprattutto in ragione dei molti profili d'indeterminatezza contenuti nella l. n. 81/2017. Tali profili, elencati in apertura, riguardano tre aree problematiche principali, alle quali sono dedicate le riflessioni che seguono.

3.1 Il come, il dove e il quando della prestazione e il loro impatto sulla questione qualificatoria.

La prima area problematica posta dalla disciplina del lavoro agile contenuta nella l. n. 81/2017 e sulla quale la certificazione ha la possibilità di essere utilmente impiegata riguarda la questione qualificatoria.

¹⁷⁶ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 396.

¹⁷⁷ In termini simili, FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *DLM*, 2005, p. 79.

Sebbene il lavoro agile sia soltanto una particolare modalità organizzativa di una normale prestazione di lavoro subordinato, infatti, non vi è dubbio che le sue caratteristiche peculiari entrino, da un lato, in evidente sovrapposizione con la nozione e la disciplina del telelavoro e, dall'altro, in tensione con quella classica di lavoro subordinato.

Di non facile soluzione appare la distinzione tra lavoro agile e telelavoro¹⁷⁸. In primo luogo, come è noto, anche quest'ultimo "costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro in cui l'attività lavorativa"¹⁷⁹ viene svolta al di fuori dei locali dell'impresa. Negli accordi quadro in materia di telelavoro tale attività viene descritta, poi, come *regolarmente* svolta in luoghi diversi da quelli del datore, mentre nel lavoro agile, come abbiamo visto, non vi è nessun cenno a tale regolarità ed è, anzi, prevista come necessaria l'alternanza tra la sede aziendale e la sede altra. In realtà, tuttavia, anche questo elemento sembra insufficiente a tracciare una linea di confine. Nelle esperienze di telelavoro, pur molto limitate, non mancano, infatti, casi di telelavoro alternato (o parziale) volti principalmente a limitare i pericoli di alienazione dalla comunità aziendale del telelavoratore.

Allo stesso modo, di scarso valore differenziale risulta essere anche l'elemento dell'orario di lavoro. L'espressione "senza precisi vincoli di orario" utilizzata dalla legge n. 81/2017 non sembra incompatibile con le acquisizioni in tema di telelavoro *off-line*. Così come appare compatibile con il lavoro agile l'eventuale indicazione nell'accordo, come è avvenuto anche in alcuni casi di telelavoro, sia di un orario ordinario da rispettare - fatta salva la possibilità di derogarvi in presenza di esigenze di conciliazione vita-lavoro del prestatore - sia di fasce di disponibilità in orari considerati *core*.

Probabilmente, con una serie di problematiche non irrilevanti, l'unico elemento utile ai fini della distinzione è rappresentato dal luogo di svolgimento dell'attività inteso come postazione fissa di lavoro¹⁸⁰. Anzi, per

¹⁷⁸ Sempre che questa distinzione sia rintracciabile. Si vedano, sulla possibile assimilazione tra lavoro agile e telelavoro subordinato, le osservazioni di TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 335/2017, p. 22 ss.; PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, p. 2 ss. Sul telelavoro, per tutti, GAETA-PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.

¹⁷⁹ Accordo quadro europeo sul telelavoro tra ces, unice/ueapme e ceep, 16 luglio 2002, art. 1; Accordo interconfederale per il recepimento dell'accordo-quadro europeo sul telelavoro, 9 giugno 2004, art. 1.

¹⁸⁰ DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 78 ss; LAI,

meglio dire, nel lavoro agile la postazione, intesa come precisa collocazione spaziale, resta sempre variabile in quanto affidata alla scelta del lavoratore. Pur non avendo qui occasione di approfondire l'argomento, ciò sembra determinare la più rilevante delle conseguenze della distinzione lavoro agile - telelavoro. Mentre in quest'ultimo, infatti, qualunque sia il luogo, lo spazio materiale di svolgimento della prestazione dovrebbe essere considerato una postazione fissa di lavoro con tutto quel che ne consegue, soprattutto in materia di tutela della salute e sicurezza¹⁸¹, nel lavoro agile ciò non avviene perché la libera e mutabile scelta del lavoratore preclude la stessa concreta possibilità che il datore possa adempiere a molti dei tradizionali obblighi di sicurezza legati al luogo e alla postazione di lavoro¹⁸².

Tuttavia, proprio perché a dover essere assente è solo la postazione di lavoro classicamente intesa, ci sembra compatibile con il lavoro agile anche l'indicazione in termini generali di un luogo abituale di svolgimento della prestazione all'esterno dell'impresa e ciò, come è evidente, potrà determinare non poche incertezze nelle parti in fase di stipulazione dell'accordo.

Su di un piano più teorico-sistematico che pratico - le parti che vorranno far ricorso al lavoro agile, infatti, dovranno sempre concludere, prima o contestualmente all'accordo, un contratto di lavoro dipendente - si pone la tensione con la nozione di lavoro subordinato, nell'ambito del quale pure il lavoro agile si colloca.

Tale tensione appare evidente laddove solo si consideri che la l. n. 81/2017 rende irrilevanti i principali indici classici della subordinazione e persino i nuovi indici del lavoro etero-organizzato, la cui nozione dà rilievo particolare ai legami di luogo e di tempo del collaboratore con l'organizzazione d'impresa, che in questo caso mancano. Anzi, come è stato già osservato in dottrina, se consideriamo che l'art. 409 n. 3 c.p.c., così come modificato dall'art. 15 della stessa legge n. 81, stabilisce che "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di

RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *DPL*, n. 11/2016, p. 707 ss. Di diverso avviso, con sfumature diverse, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 15 ss. e PERUZZI, *Sicurezza e agilità*, cit., p. 4.

¹⁸¹ DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in *q. vol.*; PERUZZI, *Sicurezza e agilità*, cit., *passim*.

¹⁸² Questa lettura ci sembra confermata dalla presenza, nella normativa applicabile in materia di telelavoro, del diritto del datore e delle rappresentanze ad accedere a fini prevenzionistici nei luoghi scelti per l'adempimento della prestazione (Accordo quadro europeo sul telelavoro tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP, 16 luglio 2002, art. 8; Accordo interconfederale per il recepimento dell'accordo-quadro europeo sul telelavoro, 9 giugno 2004, art. 7). Previsione assente nel lavoro agile. In tema si v. anche la recente Circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017.

coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa", nel "concreto svolgimento del rapporto sarà difficile distinguere tra lavoro agile in cui le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate dalle parti e le collaborazioni coordinate in cui parimenti le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate tra le parti"¹⁸³.

3.2 Le previsioni specifiche in materia di poteri datoriali e il rispetto delle norme inderogabili applicabili.

La seconda area di particolare criticità posta dalla disciplina del lavoro agile è rappresentata dalla possibilità di inserire nell'accordo una regolazione specifica, legata alle peculiari modalità organizzative, dei poteri datoriali.

Non tanto con riferimento alle possibili ricadute sulla fattispecie del lavoro subordinato, ancora in termini sistematici, determinate dalla attrazione del potere direttivo, tradizionalmente inteso come unilaterale, alla sfera negoziale¹⁸⁴, quanto piuttosto per la complessa verifica del rispetto, da parte dei contraenti, delle norme inderogabili applicabili alla disciplina pattizia del potere di controllo e disciplinare.

Sul potere di controllo¹⁸⁵, vale la pena segnalare la stretta relazione tra le modalità e gli eventuali strumenti tecnologici usati per lo svolgimento dell'attività lavorativa e le principali modifiche apportate dal legislatore all'art. 4 St. Lav. Le commissioni di certificazione, in questo caso, potrebbero svolgere un ruolo di non poco conto, in termini di certezza, sia per quel che riguarda la riconduzione dei vari strumenti utilizzabili alla nozione di "strumento per rendere la prestazione", che esonera il datore, ai sensi del comma 2, dal preventivo accordo sindacale per l'adozione di strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Sia per la verifica di adeguatezza delle informazioni date al lavoratore circa le modalità d'uso degli strumenti, il sistema di effettuazione dei controlli e, più in generale, sul rispetto delle regole previste dal d.lgs. n. 196/2003. La carenza anche solo di uno di questi elementi determinerebbe, infatti, la totale inutilizzabilità di ogni dato e informazione raccolti.

¹⁸³ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 327/2017, p. 12.

¹⁸⁴ *Ivi.*, p. 11

¹⁸⁵ BINI, *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile*, in *q. vol.*

Sul potere disciplinare, invece, le commissioni potrebbero rappresentare un utile supporto¹⁸⁶ in fase di previsione delle specifiche condotte disciplinarmente rilevanti, potendo fornire indicazioni qualificate sul rispetto del principio di proporzionalità e dei suoi parametri desumibili dalla tipizzazione delle infrazioni contenuta nel contratto collettivo eventualmente applicabile.

Ancora in tema di potere disciplinare, va sottolineato, tuttavia, come lo spazio offerto dal legislatore all'autonomia individuale sia da considerarsi limitato alle sole condotte la cui violazione determini la possibilità di irrogare sanzioni conservative. Qualora intendano concordare l'individuazione di condotte la cui violazione possa configurare ipotesi di licenziamento disciplinare, infatti, le parti dovranno comunque far ricorso alla certificazione. Il comma 3, art. 30, l. n. 183/2010, invero, già prevede che, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice possa tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti individuali di lavoro solo ove questi siano stati stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione.

3.3 Le misure tecniche e organizzative per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore e la tutela dell'infortunio in itinere.

Nel complesso delle garanzie a tutela del prestatore di lavoro agile un ruolo centrale riveste la previsione dell'innovativo diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro¹⁸⁷. Se è vero, infatti, che lo svolgimento a distanza della prestazione, la sua possibile articolazione in obiettivi e risultati e l'assenza di precisi vincoli di orario sembrano delineare una figura molto lontana dai tratti 'alienanti' dell'archetipo lavoristico, è altrettanto vero che la subordinazione, cacciata dalla porta, rischia di poter facilmente rientrare dalla finestra del controllo.

Come è stato condivisibilmente sottolineato, "non sempre le moderne tecnologie agevolano un migliore *work-life balance*" posto che "modelli organizzativi dove il lavoro è possibile in ogni luogo e a ogni ora portano inevitabilmente a intrecciare e anche a confondere i confini tra vita privata e lavoro alimentando nuovi rischi psicosociali e con essi anche nuove patologie"¹⁸⁸. Anzi, proprio l'utilizzo delle più moderne strumentazioni moltiplica i rischi di un controllo costante e invasivo.

¹⁸⁶ Sul punto, segnala l'assenza di un richiamo alla certificazione anche G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro*, cit., p. 13.

¹⁸⁷ DONINI, *I confini della prestazione nel lavoro agile tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in q. vol.

¹⁸⁸ TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 26

Nonostante la sua evidente centralità, tuttavia, anche la garanzia del diritto alla disconnessione è stata affidata all'accordo individuale, nel quale le parti devono indicare, a norma dell'art. 19, d.lgs. n. 81/2017, le misure tecniche e organizzative che lo rendano effettivo, piuttosto che prevedere l'opportuno intervento della contrattazione collettiva¹⁸⁹. In questo caso, dunque, le commissioni potrebbero svolgere la funzione di supporto proprio ai fini di una prima verifica di adeguatezza delle misure immaginate dalle parti individuali.

La medesima funzione, poi, ci sembra ipotizzabile anche in riferimento alle norme in tema di infortunio *in itinere*. Il comma 3 dell'art. 23, l. n. 87/2017, prevede, infatti, che al lavoratore agile spetti non solo la tutela contro gli infortuni sul lavoro dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali, ma anche quella contro gli infortuni *in itinere* occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali.

In quest'ultimo caso la tutela è limitata alle ipotesi in cui la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o di conciliazione vita-lavoro e risponda a criteri di ragionevolezza. Come è evidente, "l'ambiguità di questa ultima condizione", soprattutto con riferimento alla caratterizzazione soggettiva delle esigenze del lavoratore, "è probabilmente destinata a creare contenzioso e rischia di ingenerare una elevata incertezza in mancanza di parametri oggettivi volti a limitare la discrezionalità del giudice"¹⁹⁰. Sebbene la norma non richiami in maniera diretta la possibilità di introdurre previsioni specifiche nell'accordo, potrebbe essere utile che le parti, con l'assistenza qualificata delle commissioni, specificassero già in quella sede una serie di parametri di ragionevolezza della scelta del luogo.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 33, in cui si sottolinea che "cosa diversa, e certamente più in linea con la filosofia del lavoro agile, sarebbe stato affidare alla contrattazione collettiva, aziendale o anche di categoria, il compito di definire, in termini di organizzazione del lavoro e sua sostenibilità, il giusto equilibrio tra reperibilità del prestatore di lavoro e diritto alla disconnessione entro determinati orari di lavoro stabiliti collettivamente".

¹⁹⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro*, cit., p. 14.

Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. brevi osservazioni

Stefano Bini^α

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il lavoro agile e il suo impatto sul Diritto del lavoro. – 3. Il potere datoriale di controllo e le nuove tecnologie. Una prima approssimazione. – 4. Lavoro agile e dubbi sull'attualità dell'impianto dualistico ex art. 4, St. lav. – 5. Tra potere e contratto, un nuovo bilanciamento di interessi?

1. Premessa.

Molteplici sono le questioni interpretative suscitate dall'entrata in vigore della l. 22 maggio 2017, n. 81, recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro subordinato".

Tra tutte, quelle afferenti all'atteggiarsi del potere di controllo nella prestazione di lavoro agile paiono, in specie, meritevoli di attenta considerazione ed è attorno ad esse che si intende focalizzare l'attenzione nel presente studio.

E invero, limitando a dei brevi cenni un inquadramento introduttivo della fattispecie di riferimento, ovverosia quella del lavoro agile, indispensabile al solo fine di sistemare le coordinate ermeneutiche funzionali al prosieguo della trattazione, si intende entrare, *in medias res*, nel cuore della questione.

E ciò attraverso un approccio "problematico", teso a considerare miratamente alcuni degli interrogativi suscitati dalla nuova disciplina del

^α Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma.

lavoro agile, al fine di indagare, in specie, possibili profili di criticità in corrispondenza dei "punti di intersezione" tra la disciplina ex art. 21, l. n. 81/2017 e quella di cui all'art. 4, l. n. 300/1970, anch'essa interessata da recenti interventi riformatori.

2. Il lavoro agile e il suo impatto sul Diritto del lavoro.

Il c.d. "lavoro agile" – traduzione francamente poco evocativa del più pregnante lessema anglofono di "*smart work*", espressivo di una "brillantezza", di un "dinamismo" e di un'"intelligenza" non automaticamente rinvenibili nella mera "agilità"¹⁹¹ – può ben essere inteso quale «lavoro totalmente delocalizzato, in quanto effettuabile, ovviamente grazie alle risorse della tecnologia informatica e telematica, da casa o da qualunque luogo, nonché svincolato dal concetto di orario normale di lavoro, e sottoposto ai soli limiti dell'orario massimo giornaliero e settimanale»¹⁹².

Nel definire il lavoro agile nei termini di 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»¹⁹³, il legislatore ancora tale peculiare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'ambito del tipo "lavoro subordinato", valorizzando altresì l'autonomia privata individuale, cui è rimessa la definizione della disciplina del lavoro agile medesimo.

Orbene, pur essendo solo recentemente entrata in vigore, la normativa sul lavoro agile pone già numerosi interrogativi, ai quali andranno certamente ad aggiungersene altri, derivanti dalla sua applicazione.

In termini generali, e come meglio si dirà in appresso, può riconoscersi come anche il lavoro agile rappresenti una delle molteplici manifestazioni dell'impatto della digitalizzazione sul rapporto di lavoro, per effetto del quale «costruzioni teoriche in apparenza definitive e immutabili, nozioni

¹⁹¹ P. MANZELLA – F. NESPOLI, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in E. DAGNINO – M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, Modena, 2016, 23 ss.

¹⁹² R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, relazione al Congresso internazionale di studio dal titolo "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale" (Brescia, 12 e 13 ottobre 2017), dattiloscritto consultabile all'indirizzo: <http://www.lavoroeconomiaidigitale.it>, 10.

¹⁹³ Art. 18, comma 1, l. 22 maggio 2017, n. 81.

appartenenti alla teoria generale del contratto, sembrano rimesse in discussione»¹⁹⁴.

3. Il potere datoriale di controllo e le nuove tecnologie. Una prima approssimazione.

Tra i molteplici istituti lavoristici *ab imis* interessati dal dilagante fenomeno di digitalizzazione del lavoro, il potere di controllo – quale profilo consustanziale al potere datoriale, *lato sensu* inteso – pare essere tra quelli che presentano un interesse del tutto peculiare.

E ciò per effetto, anzitutto, di un dato di cruciale rilievo: lo stesso modello di lavoro “digitale” – nell’ambito del quale, può a ragione inserirsi anche il lavoro agile, in quanto espressivo del fenomeno dei cc.dd. “lavoratori nomadi” o “*ICT-based mobile workers*”¹⁹⁵ – si fonda ed è reso possibile proprio grazie all’utilizzo di dispositivi elettronici che, com’è nel caso dello *smart working*, consentono lo svolgimento “delocalizzato” della prestazione lavorativa.

Ebbene, molteplici di tali dispositivi (sia *hardware* che *software*) assommano in sé la duplice funzione di consentire l’espletamento delle mansioni cui è adibito il prestatore e, insieme, di rendere possibile un controllo datoriale oggettivamente particolarmente pervasivo.

Il lavoratore che riceve in dotazione tali strumenti può, così, divenire destinatario di un controllo – in potenza anche continuativo – che potrebbe rispondere anche a finalità tra loro molteplici ed eterogenee, e che pone dunque una serie di questioni applicative di significativo rilievo.

A mero titolo d’esemplificazione, si pensi, in primo luogo, al sensibile tema del monitoraggio del rendimento del lavoratore (in termini sia assoluti, che relativi, in comparazione con altri prestatori), con la connessa questione della delicata gestione di ingenti flussi di cc.dd. *big data*, ovvero alla problematicità propria dell’uso promiscuo di dispositivi funzionali allo svolgimento della prestazione di lavoro da remoto.

¹⁹⁴ P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell’impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 8. Suggestiva e sostanzialmente condivisibile pare, al riguardo, la tesi dell’A., che si spinge ad evidenziare «l’esigenza d’un ripensamento della nozione giuridica di adempimento/inadempimento dell’obbligazione lavorativa», in ragione di ciò che, allorché «le funzioni di coordinamento, controllo e assicurazione di qualità sono affidate ad un sistema tecnologico intelligente, si modifica lo spazio della volontà individuale e si pone in tensione il criterio della diligenza (art. 2104 c.c.) richiesta al lavoratore subordinato nell’adempimento contrattuale» (7).

¹⁹⁵ P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in ID. (a cura di), *Controlli a distanza e tutele dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017, 122.

Così, nel fisiologico ampliamento della portata del potere datoriale di controllo, scaturente (anche e soprattutto) dalla digitalizzazione del lavoro, parte della dottrina ha scorto il profilo di un complessivo e generalizzato «rafforzamento delle prerogative datoriali nella gestione dei rapporti di lavoro»¹⁹⁶.

E invero, proprio in ciò è possibile apprezzare l'indissolubile e funzionalistica unitarietà che avvince il potere di controllo a quello direttivo (di cui costituisce un corollario) e al potere disciplinare (di cui rappresenta un essenziale prodromo) del datore di lavoro¹⁹⁷.

4. Lavoro agile e dubbi sull'attualità dell'impianto dualistico ex art. 4, St. lav.

Svolte tali preliminari considerazioni e volgendo lo sguardo più miratamente al lavoro agile, non può non evidenziarsi come esso risulti intrinsecamente concepito attorno a ciò, che il lavoratore sia dotato di dispositivi tecnologici.

Ebbene, gli stessi strumenti che consentono al lavoratore di poter svolgere la prestazione "da remoto", ovverosia fuori dei locali aziendali, sono per larga parte – come sopra accennato – intrinsecamente e (pare) insuperabilmente funzionali oltreché all'adempimento dell'obbligazione lavorativa, anche all'esercizio di una più o meno pervasiva forma di controllo.

Ne deriva dunque che un primo quesito attorno al quale merita ragionare attiene alla conciliabilità del sistema di funzionamento del modello di lavoro agile con il paradigma normativo in materia di controlli a distanza.

In altri termini, avendo in mente la modalità "agile" di svolgimento della prestazione, potrebbe sostenersi una certa obsolescenza dell'impianto di cui all'art. 4, St. lav., che distingue tra strumenti di controllo a distanza *tout court* (art. 4, comma 1, l. n. 300/1970) e «strumenti che consentono un controllo a distanza del lavoratore che sono, al tempo stesso, anche "strumenti di lavoro" o di "rilevazione di accessi e presenze" (comma 2)»¹⁹⁸?

¹⁹⁶ P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., 11.

¹⁹⁷ M. DEL CONTE, *I poteri del datore di lavoro*, in M. PERSIANI – S. LIEBMAN – M. MARAZZA – M. MARTONE – M. DEL CONTE – P. FERRARI – V. MAIO (a cura di), *Fondamenti di Diritto del lavoro*, Padova, 2015, 86 ss.

¹⁹⁸ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, in *ADL*, 2016, 3, 490.

Sul punto, pur senza voler qui proporre una trattazione della materia dei controlli a distanza e del relativo *trend* riformatore, pare opportuno evidenziare l'importanza della distinzione in parola, in ragione delle sue ricadute, in termini di applicazione della procedura autorizzativa (negoziale o amministrativa) di cui al comma 1 del citato art. 4, St. lav., e di delimitazione del perimetro di identificazione dei controlli legittimi soltanto a quelli che identificano la propria ragione nel soddisfacimento di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale¹⁹⁹.

Ebbene, procedendo per gradi, occorre sottoporre a verifica la portata e la relazione tra le nozioni di "strumento di lavoro" e di "strumento di controllo" ex art. 4, St. lav.

Sul punto, di interesse pare la tesi che considera lo «"strumento di lavoro" come *species* del più ampio *genus* "strumenti di controllo". In entrambi i casi si tratta di strumenti potenzialmente in grado di monitorare a distanza, in diretta o differita, l'attività del lavoratore. Ma ciò che qualifica gli strumenti di lavoro è che si tratta – così si esprime letteralmente la legge – di strumenti "utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa"²⁰⁰.

In altri termini, si ricade nell'area dell'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970 solo allorché lo strumento di lavoro sia «direttamente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa»²⁰¹, ovvero «il lavoratore [lo, n.d.r.] impieghi direttamente per lo svolgimento della prestazione lavorativa»²⁰².

Ciò è a dire che uno strumento di per sé idoneo ad esplicare una funzione di controllo a distanza è da considerare quale "strumento di lavoro" ex art. 4, comma 2, St. lav., solo allorché il lavoratore si trovi

¹⁹⁹ Quantunque possa apparire pleonastico, si precisa che, nell'alveo dell'art. 4, comma 1, l. n. 300/1970, sono compresi quei controlli per i quali è richiesta la preventiva autorizzazione, in presenza di comprovate ragioni aziendali; diversamente, entro il perimetro del secondo comma della medesima disposizione, si collocano quelle forme di controllo che non richiedono la preventiva autorizzazione, in quanto realizzate mediante strumenti di lavoro necessari all'espletamento della prestazione.

²⁰⁰ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 491. Aggiunge l'A.: «il medesimo strumento, a seconda di come viene esercitato il potere direttivo e di come viene conseguentemente eseguita la prestazione, può dunque assumere la qualità di "strumento di controllo" (art. 4, comma 1) o di "strumento di lavoro" (art. 4, comma 2), in conseguenza di valutazioni organizzative insindacabili del datore di lavoro che il legislatore asseconda».

²⁰¹ R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sul lavoro (art. 23, d.lgs. n. 151/2015)*, in *RIDL*, 2016, 1, 101.

²⁰² I. ALVINO, *I nuovi limiti al controllo a distanza dell'attività dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, in *LLI*, 2016, 2, 1, 24.

rispetto ad esso in una posizione "attiva", ricadendo invece nella fattispecie di cui all'art. 4, comma 1, St. lav., ove invece esso veda il prestatore di lavoro quale soggetto «meramente passivo»²⁰³.

La tenuta di tale interpretazione pare, del resto, confermata per il tramite di una atipica interpretazione "autentica", intervenuta a mezzo comunicato stampa del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 18 giugno 2015, che ha chiarito come: «l'espressione "per rendere la prestazione lavorativa" comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che "serve" al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi *software* di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che "serve" al lavoratore per rendere la prestazione, il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione. Con la conseguenza che queste "modifiche" possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione»²⁰⁴.

Orbene, calando tali considerazioni di carattere generale nella più circoscritta fattispecie del lavoro agile, ben si coglie come la magmaticità che accompagna la diffusione e l'evoluzione delle novità tecnologiche in atto sia tale da rendere particolarmente complessa e incerta l'attività dell'interprete.

E invero, «applicare l'attuale quadro regolativo dei controlli a queste innovative e mutevoli forme di lavoro da remoto è tutt'altro che facile»²⁰⁵.

Come posto in luce in dottrina, in termini generali, risulta complesso «tracciare un sicuro discrimine – tanto sul piano teorico quanto operativo – tra l'area dei controlli a distanza suscettibili di autorizzazione preventiva

²⁰³ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 493.

²⁰⁴ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Comunicato stampa*, 18 giugno 2015, consultabile al sito: <http://www.lavoro.gov.it/stampa-e-media/Comunicati/Pagine/20150618-Controlli-a-distanza.aspx>. Avendo riguardo ai casi di dispositivi *hardware* utilizzati dal lavoratore come strumento per rendere la prestazione, ma "potenziati", mediante l'installazione di *software* funzionali all'esercizio del potere datoriale di controllo, pare condivisibile la riflessione di M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 504 (nota n. 57): «da un punto di vista pratico è anche possibile che tale approccio interpretativo indurrà i datori di lavoro a farsi certificare dai fornitori di prodotti informatici l'inscindibilità del programma acquistato (e dato in uso ai lavoratori) e delle funzionalità (anche di controllo) che esso può esprimere, senza necessità di integrazione con ulteriori prodotti».

²⁰⁵ P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, cit., 122.

per giustificate ragioni aziendali (...) e quella del monitoraggio attraverso le tecnologie di lavoro che sono esonerate da vincoli e considerate legittime *ex se*»²⁰⁶.

E invero, «tali difficoltà aumentano con la diffusione dei sistemi intelligenti che sono già naturalmente predisposti per una pluralità di applicazioni o facilmente "espandibili" sotto il profilo funzionale»²⁰⁷.

Di talché, il nitore con cui il legislatore opera la distinzione tra tecnologie di controllo e tecnologie destinate allo svolgimento dell'attività lavorativa, nella concretezza dei fatti, pare risentire di un certo sfasamento con la realtà.

Così, pur nella piena condivisione della tesi che sostiene il «(mal)funzionamento dell'art. 4 e le ipocrisie della tutela statutaria»²⁰⁸ antecedenti rispetto alla recente riforma della disposizione in parola²⁰⁹, non pare potersi tacere un certo profilo di perplessità – per lo meno in termini generali – circa l'aderenza della nuova disciplina in materia di controlli a distanza, rispetto alla realtà del lavoro digitale e, in specie (ai fini del presente studio), del lavoro agile.

Anticipando in parte le conclusioni cui si addiverrà nelle pagine che seguono, si ritiene infatti di poter affermare che la nuova disciplina dei controlli a distanza non pare pienamente idonea a «colmare le molte lacune ed avviare all'obsolescenza provocata dallo sviluppo tecnologico e dal fenomeno crescente della digitalizzazione», risultando invero sostanzialmente concepita «con lo sguardo rivolto all'indietro»²¹⁰.

E ciò nonostante fosse stata la stessa legge delega ad aver palesato l'esigenza di procedere alla «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica», pur ribadendo la centralità del

²⁰⁶ P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., 13.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ A. MARESCA, *Controlli tecnologici e tutele del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in P. TULLINI (a cura di), *Controlli a distanza e tutele dei dati personali del lavoratore*, cit., 1. L'A. osserva come «l'esito applicativo dell'art. 4 capovolgeva il disegno perseguito dal legislatore evidenziando l'inefficienza della tutela della riservatezza dovuta alla collettività dei lavoratori sottoposti a controlli a distanza e, per converso, esaltava l'utilizzo dello stesso art. 4 come scudo individuale per contrastare le iniziative disciplinari del datore di lavoro» (2).

²⁰⁹ Modifica apportata dall'art. 23, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 e successivamente corretta con l'art. 5, comma 2, d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185.

²¹⁰ P. TULLINI, *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, cit., 97.

contemperamento delle «esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore»²¹¹.

Si noti, peraltro, che lo stesso linguaggio utilizzato dal legislatore della riforma non pare francamente conferente con il contesto tecnologico di riferimento: si opera ancora un «rassicurante» riferimento, financo nella rubrica della disposizione in parola, alla nozione di "impianto audiovisivo"²¹². Sarebbe stato, invece, legittimo attendersi il richiamo a concetti quali "app", "software", "gps", "webcam", "rete", "localizzazione", eccetera.

E ciò in ragione dell'indiscussa centralità, rivestita nell'odierna contemporaneità globale, dalla c.d. *Internet of Things* (l'Internet delle cose), innovativa modalità di utilizzo di internet, basata sull'automatica interazione tra le cose: «L'Internet delle Cose connette l'intelligenza umana e delle macchine in modi nuovi, assolutamente importanti e a volte terrificanti. Capisce il senso del movimento nelle e fra le cose, comprese le persone, gli animali, i veicoli, le correnti d'aria, i virus, e tanto altro ancora. Riconosce rapporti e prevede modelli che sono fin troppo complessi da afferrare per l'intelletto e i sensi umani»²¹³.

Orbene, ferme le considerazioni a tratto generale che precedono, si ritiene di poter affermare che, con riferimento al modello di lavoro agile, pare indispensabile, ai fini di una consapevole (e auspicabilmente corretta) interpretazione della fattispecie, procedere allo svolgimento di un'accurata opera di accertamento, caso per caso, della natura e del concreto atteggiarsi della strumentazione per mezzo della quale la prestazione di lavoro è resa con modalità, per l'appunto, agili²¹⁴.

Ad ogni buon conto, l'impressione prognostica che pare potersi avanzare è quella di una sostanziale e progressiva limitazione del ricorso alle tecnologie esclusivamente idonee al controllo e non già anche utilizzate/utilizzabili ai fini dello svolgimento della prestazione di lavoro²¹⁵.

²¹¹ Art. 1, comma 7, lettera f), l. 10 dicembre 2014, n. 183, recante "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro".

²¹² P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., 12.

²¹³ S. GREENGARD, *Internet delle cose*, Bologna, 2017, 9.

²¹⁴ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 491: «per ciascun lavoro occorrerà verificare in concreto, e quindi nella specifica organizzazione che lo ospita, ciò che il potere direttivo dell'imprenditore consente di qualificare, caso per caso, alla stregua di uno strumento di lavoro».

²¹⁵ M.T. SALIMBENI, *La riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 2015, 1, 610; V. MAIO, *La nuova disciplina dei controlli a distanza sull'attività dei lavoratori e la modernità post panottica*, in *ADL*, 2015, 6, 1186.

E ciò anzitutto perché il profilo identificativo del lavoratore agile è quello di un soggetto che è adibito allo svolgimento di un'attività lavorativa per obiettivi, che dunque non richiede un controllo continuativo sulla prestazione.

È invero ragionevole immaginare che sarà prevalente il ricorso a strumenti, attivamente utilizzati dal lavoratore per lo svolgimento della prestazione, dai quali scaturisca anche l'esercizio indiretto di una forma di controllo.

La stessa individuazione di strumenti di controllo "puro", inquadrabili entro il perimetro di portata di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 300/1970, pare infatti ardua, in ragione di ciò che il controllo esercitato mediante l'utilizzo di molti di essi è tale da ricadere comunque nella previsione di cui al comma 2 della disposizione in parola, che sottrae all'applicazione del comma 1 gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Si pensi al caso della lettura biometrica mediante scanner della retina oculare o delle impronte digitali, nonché al monitoraggio mediante sensori delle pressioni sulla tastiera: nell'ambito del lavoro agile, tali forme di controllo paiono funzionalmente idonee a consentire la registrazione delle "presenze" e l'accesso ai sistemi informatici, risultando così non necessarie le condizioni di legittimità di cui all'art. 4, comma 1, St. lav.

Al riguardo, fondamentali paiono le norme in materia di tutela e protezione dei dati personali, giacché «anche per il lavoro agile, nonostante il silenzio dello schema legislativo, va confermata l'operatività dei principi e delle regole in materia di protezione della riservatezza e dei dati personali dei lavoratori»²¹⁶.

5. Tra potere e contratto, un nuovo bilanciamento di interessi?

Alla luce delle osservazioni sin qui miratamente presentate, pare interessante riannodare i fili del ragionamento, svolgendo alcune considerazioni di carattere generale.

Coglie pienamente nel segno l'osservazione di chi ha evidenziato che «scontata la premessa che l'evoluzione tecnologica non può essere imbrigliata né scoraggiata, occorre individuare i contrappesi idonei per scongiurare i rischi del controllo totale e per la salvaguardia dei diritti fondamentali, in particolare della dignità della persona che lavora»²¹⁷.

Ebbene, proprio in tale ottica, merita evidenziare che, tra gli aspetti peculiari della disciplina del lavoro agile, «L'elemento più caratteristico

²¹⁶ P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, cit., 20.

²¹⁷ *Ivi*, 10.

sembra (...) l'affidamento all'autonomia contrattuale della definizione di larga parte delle condizioni di svolgimento della prestazione, nell'ambito di un quadro legislativo "leggero", senza filtri né interventi promozionali della contrattazione collettiva»²¹⁸.

E invero, indiscutibile risulta la centralità conferita all'autonomia privata individuale, cui è devoluta non soltanto la determinazione delle condizioni di svolgimento della prestazione, ma anche e soprattutto la definizione della disciplina dell'«esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni»²¹⁹.

Sul punto, un interessante contributo ermeneutico è rinvenibile nella Direttiva n. 3/2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri (Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione), adottata ai sensi dell'art. 14, comma 3, l. n. 124/2015 (recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), nella quale si legge: «l'esercizio del potere di controllo sulla presenza in servizio della lavoratrice o del lavoratore agile potrebbe essere regolato nell'ambito dell'accordo individuale attraverso la previsione di fasce di reperibilità (...), allo scopo di assicurare il coordinamento tra la prestazione di lavoro con modalità di *smart working* e l'organizzazione complessiva del datore di lavoro»²²⁰.

Ben si coglie dunque come, nella prestazione di lavoro agile, il potere datoriale, quale «posizione attiva del rapporto giuridico»²²¹, intrinsecamente unilaterale, incontra una limitazione per opera del medesimo accordo di lavoro agile, a beneficio dell'autonomia privata individuale, che risulta così investita di un ruolo assolutamente strategico nella definizione del perimetro di legittimità dei controlli²²².

²¹⁸ A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, cit., 89.

²¹⁹ Art. 21, comma 1, l. 22 maggio 2017, n. 81.

²²⁰ PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI (MINISTRO PER LA SEMPLIFICAZIONE E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE), *Direttiva n. 3/2017*, consultabile al sito: <http://www.funzionepubblica.gov.it>.

²²¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1954, 53.

²²² G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 3, 784: «L'accordo relativo alle modalità di lavoro agile (articolo 21) regola l'esercizio del potere di controllo e disciplinare del datore di lavoro sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali (salvi i limiti inderogabili posti dall'articolo 4 della legge n. 300/1970) e conseguentemente limita l'esercizio unilaterale dei suddetti poteri del datore di lavoro».

A ciò si aggiunga che, come posto in luce in dottrina, la previsione in parola «potrebbe acquisire notevole importanza perché sulla base del diverso luogo di esecuzione della prestazione, l'autonomia individuale verrebbe *ex lege* abilitata a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, come la tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti»²²³.

Così, fermo il carattere imperativo e dunque inderogabile della disposizione di cui all'art. 4, St. lav., la regolamentazione pattizia assume un ruolo assolutamente centrale, tale da sollecitare una riflessione di più ampio respiro attorno al possibile ruolo ri-regolativo che l'autonomia privata individuale potrebbe costruttivamente giocare in un momento storico di possibile ri-concettualizzazione della materia.

La previsione di cui all'art. 21, l. n. 81/2017 offre cioè l'occasione per una riflessione, nell'ambito della quale «occorre indagare se questa regolazione autonoma, attraverso il contratto individuale, possa essere svolta non solo rispettando la dignità della persona, contro il rischio sempre presente che la libertà contrattuale, applicata alle relazioni individuali di lavoro, produca la riduzione di uno dei contraenti a mera risorsa economica funzionale al mercato e alla libertà di impresa; ma addirittura, in positivo, svolgere anche la funzione di strumento di affermazione delle libertà fondamentali (capability)»²²⁴.

L'accordo individuale, quale «atto di privata autonomia, indirizzata a uno scopo, che l'ordinamento giuridico reputa meritevole di tutela»²²⁵, può dunque essere concepito quale strumento «avente una valenza costruttiva e non de-regolativa»²²⁶?

La questione è certamente aperta e non pare questa la sede per offrire risposte esaustive che richiederebbero un maggiore approfondimento.

Ad ogni buon conto, in termini generali, alla tesi secondo la quale dietro il «positivo recupero della volontà dei contraenti, si celi solo il volto della deregolazione e del ripristino del controllo del datore non solo sul corpo del lavoratore, come nell'era fordista, ma anche nel post-fordismo, sulla mente, sulla psiche, sulle emozioni»²²⁷, pare preferibile quella di segno opposto, che sostiene «l'allargamento della visione riduttivamente corrispettiva, prevalente nei sistemi di civil law, del contratto di lavoro».

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ B. CARUSO, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2010, 84, 8. V. anche A. SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, 2009, *passim*; H. COLLINS, *European Social Policy and Contract law*, in ERCL, 2007, 1, 79-87.

²²⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 125.

²²⁶ B. CARUSO, *op. cit.*, *passim*.

²²⁷ *Ivi*, 9.

sostenendo la sua natura di «strumento per l'affermazione positiva di libertà e diritti, personalizzati e individualizzati»²²⁸.

L'impatto senza precedenti originato dalla rivoluzione tecnologico-digitale in atto sui modelli produttivi, impone una complessiva opera di riflessione, multidisciplinare e interdisciplinare, nell'ambito della quale considerare la complessità propria dei cambiamenti globali²²⁹.

Il lavoro ha profondamente cambiato il proprio profilo identitario, presentandosi oggi in una veste radicalmente differente rispetto a quella del passato: si assiste invero ad un'evoluzione organizzativa nella quale lo stesso rapporto di lavoro risulta totalmente orientato alla soddisfazione di necessità contingenti, secondo un modello "on-demand"²³⁰.

Al riguardo, il giuslavorista è chiamato ad interrogarsi circa la possibilità di applicare le categorie classiche del Diritto del lavoro a realtà innovative: la stessa nozione di subordinazione, caratteristica e tipica del lavoro, richiede di essere sottoposta ad attenta verifica, alla luce di tali nuovi fenomeni, che paiono contrassegnati dagli opposti concetti di autonomia e coordinamento²³¹.

Da ciò deriva dunque la necessità di attendere con cura ad un'opera di ripensamento degli strumenti di tutela di cui si compone il Diritto del lavoro, al fine di assicurare ad esso l'efficacia nel perseguimento degli obiettivi che storicamente contraddistinguono la materia medesima²³².

Nel compimento di tale improcrastinabile impresa di rielaborazione, il giuslavorista dovrebbe orientare il proprio agire alla visione ascarelliana del giurista, sforzandosi quindi di assomigliare «ad un ingegnere che edifica con i diversi materiali che gli offre il linguaggio (vale a dire con argomenti

²²⁸ *Ivi*, 8.

²²⁹ J. KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Roma, 2016, *passim*.

²³⁰ È l'era delle piattaforme digitali, che contraddistinguono la c.d. *gig-economy*: «*La que se ha denominado uber economy se basa en plataformas virtuales, páginas webs o apps, cuyo objetivo declarado es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicios, calificados como trabajadores autónomos*» (I. SAGARDÓY DE SIMÓN – P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *Economía colaborativa y relación laboral: un binomio conflictivo?*, in *Cuadernos de pensamiento político*, 2017, 93, 72).

²³¹ S. HARRIS – A. KRUEGER, *A proposal for modernizing labor laws for the twenty-first century work: the independent worker*, in *The Hamilton Project Discussion Papers*, 2015, 27: «*In particular, the workers who utilize intermediaries to identify customers to deliver services, such as car rides, do not fit neatly into existing legal categories of independent contractors and employees*».

²³² G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016, *passim*.

persuasivi di natura diversa) i ponti sui quali scorrono le comunicazioni tra diritto e società»²³³.

In tale scenario, si pone la sfida innovativa posta dal legislatore del 2017 con l'attribuzione all'autonomia privata individuale della regolamentazione delle modalità di esercizio del potere datoriale di controllo nel lavoro agile.

In ciò, ben si coglie la straordinaria carica di complessità che connota il Diritto del lavoro contemporaneo, in generale, quale «puzzle composto da tessere tra loro disomogenee, non sempre destinate a combaciare»²³⁴.

E del resto, «la diversa organizzazione del lavoro prevista attraverso lo *smart working* punta allo stesso proposito sottostante ai fenomeni di esternalizzazione, ponendosi in concorrenza con essi»²³⁵.

Così, alla luce delle esperienze in atto, risulta invero indispensabile lo sviluppo di un dibattito a più voci che, saldamente radicato in seno al Diritto del lavoro, sappia aprirsi al dialogo anche con altri ambiti scientifici (*in primis*, quelli più propriamente afferenti alla tecnologia).

E ciò anzitutto al fine di elaborare efficaci «misure di temperamento tra le esigenze dell'impresa (art. 41, comma 1, Cost.), che aspira tra l'altro a controllare il puntuale adempimento della prestazione con l'efficacia che l'evoluzione tecnologica consente, e il diritto alla riservatezza del lavoratore, espressione di diritti fondamentali della persona (art. 8 CEDU; Direttiva 1995/46 (c.d. Direttiva madre); artt. 2, 41, comma 2, Cost.)»²³⁶.

²³³ M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Massimo D'Antona. Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, Roma, 2000, 59. Il richiamo è qui da intendersi all'opera poetica dell'interpretazione giuridica, intesa quale «ponte necessario tra il *corpus iuris* e la mutevole realtà»: T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *DLM*, 2016, 3, 497. Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma - Bari, 2007, 223-224, che evidenzia i due caratteri dell'interpretazione: «anzitutto è necessaria, nel senso che una norma esiste, cioè è efficace, solo in quanto è interpretata; in secondo luogo fa corpo col sistema, sì che norme e interpretazioni delle norme costituiscono un unico sistema attuantesi nel tempo. Un sistema giuridico, in altre parole, è l'insieme delle norme date e in più l'insieme delle interpretazioni che di volta in volta hanno reso possibile l'applicazione e, per ciò l'efficacia, delle norme date. Un sistema giuridico non è un dato ma un processo continuato nel tempo: se si vuole, la sua unità non è un presupposto ma un risultato».

²³⁴ L. CORAZZA - R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in ID. (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 7.

²³⁵ D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione al Congresso nazionale 2017 dell'AIDLASS, dattiloscritto consultabile all'indirizzo: <http://www.aidlass.it>, 19. Si pensi al paradigmatico caso del c.d. "bancario ibrido", considerato in dottrina come una «una sorta di estremizzazione, sia tecnica che gestionale, del lavoro agile»: M. MARAZZA, *Il bancario "ibrido" nell'economia liquida (nuove proposte dall'autonomia collettiva)*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona*, 2017, 328, 3.

²³⁶ M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei dati (del lavoratore)*, cit., 484-485.

In definitiva, pare fondamentale introdurre anche la complessa materia dei controlli a distanza nell'alveo di una riflessione più sistematica che porti ad affrontare il tema di un indispensabile adeguamento culturale (e dunque anche, e in primo luogo, giuridico) alle novità tecnologiche introdotte dalla rivoluzione digitale in atto.

Dietro la questione del concreto atteggiarsi del potere di controllo nel lavoro agile, si cela invero un'intera generazione, quella dei cc.dd. *ICT-based mobile workers*, o "nomadi digitali", che pone con urgenza sfide nuove ad una materia che, nelle sue categorie classiche, può certamente rintracciare le basi per risposte esaustive.

I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato

Annamaria Donini^a

SOMMARIO: 1. L'ambito di incidenza delle deroghe nel lavoro agile. – 2. La disciplina dell'orario di lavoro: i limiti massimi. – 3. La determinazione dell'orario normale: una lettura minimalista – 4. (segue) Una lettura massimalista. – 5. Lavorare senza orario e per obiettivi: questioni di retribuzione e non solo. – 6. La centralità della disconnessione dagli strumenti informatici. – 7. Il contenuto professionale del lavoratore agile tra mansioni e obiettivi.

1. L'ambito di incidenza delle deroghe nel lavoro agile.

La dislocazione del lavoro al di fuori dei locali aziendali connota alcune modalità di svolgimento della prestazione da molto tempo prima dell'avvio del dibattito sul lavoro agile. L'ordinamento conosce forme di lavoro itinerante, prestato «in luoghi sempre diversi e provvisori per accordo tra le parti, e/o alla luce della causa e della struttura del relativo contratto»²³⁷, nelle quali la divergenza stabile e continuativa rispetto all'unitarietà di spazio, tempo e azione²³⁸ del lavoro *standard* è giustificata dall'oggetto dell'obbligazione contrattuale. Tale divergenza assume altre caratteristiche e funzioni nell'ambito del telelavoro, che prevede l'esecuzione "a distanza"

^a Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nella "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna.

²³⁷ C. ZOLI, *Mobilità del lavoro*, *Enc dir*, Annali V, 860 ss. anche per ampi riferimenti.

²³⁸ Secondo la fortunata formula di B. VENEZIANI, *Le nuove forme di lavoro*, in *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei Paesi industrializzati ad economia di mercato. Profili comparati. I. Diritto del lavoro*, a cura di R. BLANPAIN - M. BIAGI, Maggioli, 1991, 108.

di attività che possono essere realizzate – e che normalmente sono realizzate – in sede. Condiviso l'essenziale elemento della pluralità dei luoghi di svolgimento della prestazione, i caratteri che distinguono lavoro agile e telelavoro sono individuabili in controtuce: nel settore privato per il lavoro agile non è previsto il requisito della "regolarità"²³⁹ del lavoro prestato fuori dai locali aziendali; nel settore pubblico, in mancanza di riferimento alla proporzione tra attività presso la sede dell'amministrazione e all'esterno, le differenze sembrano concentrarsi nel carattere innovativo del modello organizzativo da ultimo introdotto, volto a dare «piena attuazione al concetto di autonomia e responsabilizzazione, ferme restando le regole della subordinazione»²⁴⁰.

A causa della parziale sovrapposizione funzionale con il telelavoro, i criteri identificativi del lavoro agile non sono distinguibili in maniera immediata. Non può nemmeno dirsi scontato che l'estensione delle deroghe e delle regole speciali disposte dalla l. n. 81/2017 sia limitata alla quota di attività realizzata al di fuori dai locali aziendali. Soltanto per quest'ultima la legge ha specificato regole *ad hoc* in relazione ad alcuni istituti (art. 22, co. 2) e ha delegato all'accordo individuale la disciplina di altri (art. 21). In alcune ipotesi è invece fatto generico riferimento a «la prestazione in modalità di lavoro agile» (art. 20, co. 1; 22, co. 1) senza precisare se l'ambito di operatività sia tutta l'attività o soltanto quella realizzata all'esterno. Qualche indicazione può ricavarsi dall'articolo 20: stabilendo che il trattamento riservato ai lavoratori in modalità agile non sia inferiore a quello complessivamente applicato a chi svolge l'attività "esclusivamente" all'interno dell'azienda, la norma sembra distinguere, nell'ambito della prestazione complessivamente dovuta dal lavoratore, una parte svolta nella sede consueta di lavoro²⁴¹ e una realizzata al di fuori, alla quale sarà applicabile il principio della parità di trattamento.

²³⁹ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, CSDLE, It, n. 335/2017, 15 ss. Secondo l'A., la continuità della prestazione "all'esterno" è elemento distintivo rispetto al lavoro agile. In termini analoghi, A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, 89.

²⁴⁰ Così, Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Direttiva recante indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione tra tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*, n. 3/2017, 14.

²⁴¹ Gli elementi messi a confronto sono infatti i lavoratori che svolgono «le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda» e «il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile», che ai sensi dell'art. 18, co. 1 è quella «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di

Più in generale, è una lettura conforme alla *ratio legis* dell'art. 19, co. 1 che affida all'accordo individuale la regolazione dell'«esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno»²⁴² a collocare il *discrimen* tra le discipline lungo un confine coincidente con le mura aziendali. La soluzione non soddisfa pienamente perché introduce un rapporto di lavoro sottoposto a regole in parte differenti ma è ugualmente preferibile, non essendo al contrario giustificabile l'estensione delle deroghe alla disciplina del lavoro subordinato per la parte di prestazione realizzata all'interno dei locali aziendali.

Limitatamente al lavoro prestato all'esterno, la flessibilità incide anzitutto sulla disciplina dell'orario, in stretta connessione con gli altri interventi modificativi del contenuto della prestazione. Il coordinamento con il d. lgs. n. 66/2003, così come con altre parti della legislazione speciale (ad es. art. 4 St.; d. lgs. n. 81/2008), non è tuttavia tratteggiato chiaramente. Le difficoltà che sorgono nell'interpretare le generiche espressioni della l. n. 81/2017 in tema di orario sono accentuate da due esigenze contraddittorie: l'intento di liberare il prestatore dal rispetto dei tempi aziendali, consentendo ampia autonomia organizzativa, e la necessità, in parte ineludibile, di considerare l'articolazione dell'orario durante le giornate di lavoro agile «ai fini dell'applicazione degli istituti normativi e contrattuali relativi al trattamento giuridico ed economico»²⁴³.

2. La disciplina dell'orario di lavoro: i limiti massimi.

Le indicazioni legislative che si riferiscono in maniera esplicita all'orario compongono un quadro all'apparenza lineare e coerente: l'attività dovrebbe svolgersi senza vincoli (art. 18, co. 1, prima parte) entro i limiti massimi giornalieri e settimanali di origine legislativa o contrattual-collettiva (art. 18, co. 1, seconda parte). La declinazione in termini concreti e operativi di tali previsioni non conduce in realtà a esiti univoci.

L'applicazione al lavoro agile di limiti massimi costituirebbe una «contro-deroga»²⁴⁴ rispetto all'art. 17, co. 5, d. lgs. n. 66/2003 che esclude l'applicazione di parte della disciplina dell'orario, tra cui anche i massimi giornalieri e settimanali, ai rapporti la cui durata «non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi», fermo

organizzazione per fasi cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici».

²⁴² Confermata anche dalla Direttiva del Consiglio dei Ministri, cit.

²⁴³ A fronte di una «diversa concezione del tempo e quindi dell'orario nonché del poter di controllo», secondo quanto afferma Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Direttiva cit.*, 14 ma l'ambivalenza di una maggiore libertà dall'orario di lavoro senza poterne fare a meno sembra valere anche nel settore privato.

²⁴⁴ M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 1, 2017, 16.

restando la tutela della salute e sicurezza. Da questo punto di vista, i margini di flessibilità temporale ammessi nell'accordo di lavoro agile sarebbero più ridotti di quelli che il d. lgs. n. 66/2003 concede in caso di lavoro a domicilio e di telelavoro. Le esclusioni dell'art. 17 sono tuttavia disposte a vantaggio di attività in cui l'indeterminatezza della durata dipende «dalle caratteristiche dell'attività esercitata» e sono applicabili al telelavoro a causa dell'esplicita inclusione nell'elenco (art. 17, co. 5, lett. d). Tale ultima previsione non sarebbe pertanto suscettibile di essere estesa al lavoro agile perché l'assenza di orario non è conseguenza delle "caratteristiche dell'attività" ma è concordata dalle parti al fine del perseguimento degli scopi di competitività e conciliazione vita-lavoro.

Nonostante la presenza di regole dai tratti più restrittivi, la garanzia volta al contenimento del tempo di lavoro rimane debole perché la l. n. 81/2017 fa affidamento sull'esistenza nel nostro ordinamento di un limite massimo settimanale e giornaliero, sottovalutando le incertezze derivanti dai rinvii e dalle omissioni del d. lgs. n. 66/2003. La contrattazione collettiva non ha pienamente attuato il rinvio dell'art. 4, d. lgs. n. 66/2003²⁴⁵ relativo alla durata massima settimanale che viene pertanto integrata in maniera indiretta sulla base delle norme sui riposi (artt. 7 e 9), con la sola garanzia legale della media di 48 ore (da calcolare sulla base di periodi piuttosto lunghi, art. 3, co. 3 e 4). All'esito dell'abrogazione dell'art. 1, R.d.l. n. 692/1923, inoltre, non è previsto in maniera esplicita alcun tetto giornaliero. L'unico limite di 13 ore ricavabile *a contrario* dal riposo giornaliero è esposto a dubbi di costituzionalità e di conformità rispetto alla clausola di non regresso della direttiva 2003/88/CEE²⁴⁶.

I lavoratori agili dunque beneficiano soltanto dei limiti massimi ricavabili per via indiretta dalle norme sui riposi, a meno che la contrattazione collettiva di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015²⁴⁷ non attui il rinvio volto all'introduzione di limiti massimi settimanali (art. 4, co. 1, d. lgs. n. 66/2003). Fissato tale elemento di disciplina condiviso con la

²⁴⁵ A. FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, ESI, 2012, 49 ss.

²⁴⁶ U. CARABELLI - V. LECCESE, *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, *CSDLE, Int*, n. 21/2004, 14 e ss. 18 e ss. V. FERRANTE, *Tempo di lavoro, Enc dir*, annali IV, 2011, 1190 sottolinea altresì che «La tutela contro la durata di prestazioni eccessivamente lunghe vale, insomma, nel disegno della Carta fondamentale, a consentire al lavoratore «la partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3), liberandolo da una occupazione lavorativa troppo prolungata»

²⁴⁷ Sebbene i contratti collettivi di lavoro che ai sensi dell'art. 4, co 1, d. lgs. n. 66/2003 «stabiliscono la durata massima settimanale dell'orario» siano «contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative» (art. 1, co. 2, lett. m), l'art. 20, l. n. 81/2017 richiama il meccanismo selettivo di cui all'art. 51, d. lgs. n. 81/2015.

generalità dei prestatori, si tratta di verificare se siano applicabili le altre regole in materia di orario.

3. La determinazione dell'orario normale: una lettura minimalista.

Eccezion fatta per i limiti massimi, la prestazione si svolge «senza precisi vincoli di orario e di luogo». Anche se la maggiore libertà nel tracciare i confini spazio-temporali della prestazione costituisce lo strumento attraverso il quale la legge intende perseguire le finalità di conciliazione vita-lavoro e di aumento della competitività, in assenza di indicazioni più specifiche è lecito mettere in discussione la capacità della formula di derogare alla disciplina sull'orario di lavoro di origine europea, attuativa di precetti di rango costituzionale.

Si consideri anzitutto che, per garantire la parità in relazione al trattamento «economico e normativo», si dovrebbe ritenere applicabile l'orario di lavoro normale settimanale, di fonte legislativa o contrattuale-collettiva ai sensi dell'art. 3, co. 1 e 2, d. lgs. n. 66/2003. Il rispetto della parità è parametrato al trattamento complessivamente previsto per chi non accede alla modalità agile e dunque non richiede una corrispondenza completa, ma ammette una maggiore flessibilità nella collocazione temporale. Oltre a ciò, sarebbe la stessa necessità di calcolare la durata massima a comportare «l'applicabilità della definizione di orario di lavoro e la misurabilità dello stesso»²⁴⁸. Anche la possibilità individuata nella relazione tecnica del disegno di legge ma non chiaramente enucleabile nel testo definitivo di organizzare il lavoro agile anche in maniera "orizzontale", «alcuni pomeriggi a settimana, tre ore al giorno, tutte le mattine, a seconda dell'accordo raggiunto»²⁴⁹, fornisce ulteriore conferma dell'applicazione all'accordo delle regole in tema di organizzazione dell'orario di lavoro.

Sulla base dell'esperienza applicativa precedente all'entrata in vigore della legge emerge come la gestione dei tempi debba in certa misura articolarsi in maniera corrispondente alla complessiva organizzazione aziendale²⁵⁰: gli accordi collettivi, con poche eccezioni, hanno introdotto forme di flessibilità riconducibili al lavoro agile assegnando al prestatore un orario normale giornaliero corrispondente a quello applicato in via generale²⁵¹.

²⁴⁸ M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità* cit., 16.

²⁴⁹ Relazione tecnica dell'originario ddl 2233, presentato in Senato l'8 febbraio 2016, 3.

²⁵⁰ «Ambiguamente», secondo M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 29.

²⁵¹ V. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 30 che segnala l'accordo Siemens in cui i tempi di esecuzione della prestazione di lavoro «vengono

Nel rapporto di lavoro subordinato, inoltre, determinazione e quantificazione del tempo sono strettamente connessi al fondamento dei poteri datoriali. Non solo in funzione limitativa dell'ambito su cui questi ultimi possono intervenire, ma anche perché l'orario è esso stesso strumento di organizzazione dell'attività produttiva. Se un coordinamento spazio-temporale è ammissibile anche nel lavoro autonomo, nell'ambito della subordinazione l'oggetto del coordinamento da parte del datore «non è soltanto il tempo della prestazione complessivamente intesa, ma sono anche i tempi dei singoli segmenti che la compongono»²⁵². In considerazione di tali argomentazioni, l'organizzazione della prestazione sul piano temporale, espressione dell'eterodirezione, si concretizzerà nell'applicazione dell'orario normale settimanale anche all'accordo di lavoro agile, mentre alle parti rimarrà la possibilità di concordare la distribuzione nell'arco della giornata o di assegnare tale facoltà al lavoratore.

Considerata l'alternanza che caratterizza il lavoro agile, la tutela del prestatore nelle giornate lavorative al di fuori dei locali aziendali è condizionata anche dalla mancanza di un orario normale giornaliero di fonte legislativa²⁵³. La distribuzione del lavoro nell'arco della settimana è rimessa alle decisioni organizzative del datore, secondo l'assetto fissato nel contratto ma modificabile nell'esercizio dello *ius variandi*, salvo il rispetto delle regole per il lavoro straordinario. Le tutele economiche e compensative previste per esso si attivano tuttavia soltanto all'esito del conteggio su base settimanale (v. art. 5, d. lgs. n. 66/2003) e dunque non costituiscono un limite per la ripartizione in ciascuna giornata dell'orario settimanale (medio, se previsto, o nei massimi ricavabili in via indiretta, v. § precedente).

Non v'è dubbio che l'ordinamento ammetta dei limiti alla libera collocazione dell'orario, derivanti dalle esigenze di tutela del tempo libero e delle attività che concorrono all'affermazione personale e sociale dell'individuo. Proprio la *ratio* di conciliazione vita - lavoro sottesa

parametrati non sui luoghi fisici di svolgimento della prestazione ma in funzione della connessione informatica alla rete aziendale»; Tra le eccezioni vedi accordo Zurich, 1 giugno 2016, punto 4.

²⁵² P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Tratt CM, 2000, vol I, 288.

²⁵³ L'orario normale «limitando sia il potere organizzativo datoriale sia l'autonomia individuale, tende a circoscrivere il ventaglio delle ipotesi di legittimo superamento della soglia ordinaria delle quaranta ore lavorative settimanali», S. BELLOMO, *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario*, in AA.VV., *L'orario di lavoro, La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. LECCESE, Ipsoa, 2004, 152 ss.; FERRANTE, *Tempo di lavoro*, op. cit., 1188; M. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005,

all'introduzione del lavoro agile dovrebbe inoltre limitare le prerogative datoriali imponendo che la distribuzione dell'orario avvenga sulla base delle scelte del prestatore ed escludendo il potere datoriale di variarne la collocazione²⁵⁴. Nessuna previsione garantisce invece un controllo sulla conformità alle esigenze del lavoratore dell'assetto orario praticato, come d'altra parte nessuna norma sostiene la volontarietà della scelta di tale modalità organizzativa²⁵⁵. In assenza di strumenti per vincolare la distribuzione dell'orario alle esigenze del lavoratore, pertanto, l'applicazione dell'orario normale settimanale assume essenziale funzione protettiva anche nel caso in cui le giornate in modalità agile siano episodiche e non regolari (cfr. §1),

4. (Segue) Una lettura massimalista.

Secondo una diversa lettura, l'elemento caratterizzante e definitorio del lavoro agile consisterebbe nella liberazione dall'applicazione dell'orario normale di lavoro²⁵⁶ e nella possibilità di articolare l'organizzazione del tempo entro i soli massimi giornalieri e settimanali. Le parti individuali o collettive non sarebbero pertanto tenute a vincolare l'attività all'esterno al rispetto dell'orario normale.

Le potenzialità derivanti dalla facoltà di svincolare dall'orario di lavoro una quota dell'attività lavorativa divengono più significative se si considera l'ampio e inusuale ambito di incidenza attribuito alla contrattazione individuale²⁵⁷. Datore e lavoratore hanno la facoltà di ridefinire l'ossatura

²⁵⁴ Sebbene l'esistenza di un diritto incondizionato allo ius variandi dell'orario di lavoro sia controversa, nessuna previsione garantisce la stabilità dell'alternanza interno - esterno quanto deciso nell'accordo individuale, nemmeno secondo le regole, lasche, dell'art. 6, d. lgs. n. 81/2015 per il part time.

²⁵⁵ Quasi presumendo la finalità conciliativa del lavoro agile A. R. TINTI, *La conciliazione ingannevole*, *La rivista ilMulino*, 27 maggio 2016. Diversamente dalla disciplina relativa al *part time* non sono previste regole di precedenza, né diritti di trasformazione né tutele per il rifiuto della trasformazione, se non un preavviso per il recesso dall'accordo più elevato in caso di lavoratore disabile (art. 19, co. 2).

²⁵⁶ A. MARESCA, Relazione tenuta al convegno "La disciplina del lavoro agile nella l. n. 81/2017", 10 ottobre 2017, Università Niccolò Cusano; Secondo P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, Relazione tenuta al Convegno AGI, 15 settembre 2017, 22 «la liberazione della prestazione lavorativa dal vincolo dell'orario di lavoro [...] tuttavia rischia anche di determinare un'erosione dell'effettività della disciplina tradizionale dell'orario di lavoro» tanto che ritiene «necessario introdurre e regolare adeguatamente un "diritto alla disconnessione»

²⁵⁷ T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della gig economy*, *CSDLE, It*, n. 136/2017, 23: «La scelta di attribuire le decisioni su questi temi all'autonomia individuale e non alla contrattazione collettiva, è una novità assoluta nella tradizione italiana; in questi termini non si ritrova neppure nell'ipotesi più nette avanzate in passato per la individualizzazione dei rapporti di lavoro».

dell'intero rapporto, quanto ai confini spazio-temporali della prestazione, alle modalità di controllo, all'individuazione dell'inadempimento all'esterno dei locali aziendali, e possono inoltre accompagnare l'autonomia nella gestione dei tempi con l'individuazione di obiettivi, fasi e cicli di lavoro (art. 18, co. 1, prima parte). L'esclusione di un impegno lavorativo ordinario e l'inserimento di obiettivi potrebbero rendere il prestatore più responsabile e autonomo e potenziare corrispondentemente la fiducia del datore di lavoro²⁵⁸, così assecondando innovativi modelli di organizzazione del lavoro e di promozione della professionalità e capacità individuali²⁵⁹.

L'introduzione del lavoro agile ripropone il dibattito che aveva accompagnato le prime sperimentazioni di telelavoro subordinato *offline*, privo di coordinamento temporale e dunque ai margini dell'area della subordinazione²⁶⁰. In maniera simile, nelle ipotesi in cui l'accordo individuale sostituisca la misurazione e la predeterminazione dell'orario con l'assegnazione di obiettivi o carichi di lavoro, la capacità del tempo di divenire oggetto del contratto²⁶¹ è ridotta e con essa la funzione dell'orario quale criterio su cui innestare il giudizio di accertamento della subordinazione.

Se non è necessaria vincolare il prestatore ad un orario, dovranno essere introdotti altri criteri che individuino i confini dell'attività dedotta in contratto. La liberazione dai vincoli di tempo senza la fissazione di alcun obiettivo priverebbe al contrario l'accordo di un contenuto oggettivo identificabile e impedirebbe la verifica dell'adempimento del prestatore. È pertanto più corretto ritenere che il legislatore consenta la riduzione della valenza definitoria del tempo e della continuità della prestazione solo a fronte di altri elementi idonei a circoscrivere l'oggetto dello scambio, così combinando «logiche di comando e controllo» tipiche della subordinazione «e forme emergenti di lavoro a progetto o per obiettivi, largamente

²⁵⁸ Con migliori probabilità di riuscita nel caso di contratti che già prevedano questo tipo di organizzazione.

²⁵⁹ Secondo la Relazione tecnica dell'originario ddl 2233, presentato in Senato l'8 febbraio 2016, 3, si tratterebbe «di incrementarne la produttività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e di accompagnare il profondo cambiamento culturale nella concezione del lavoro».

²⁶⁰ Diversamente dalle forme di lavoro *online*, L. NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 21, 1998, 114 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Giuffrè 1992, 69 s.; *contra* D. GOTTARDI, *Telelavoro*, *DDP comm* 2003, 910.

²⁶¹ L'effetto di oggettivazione del tempo lavoro avviene attraverso l'orario, secondo V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, *passim* da 123 a 193, in part. 198.

autorganizzate dal prestatore di lavoro»²⁶², affini rispetto ai caratteri del lavoro autonomo²⁶³.

In questo contesto, anche le facilitazioni che derivano dall'introduzione massiccia delle tecnologie digitali nei processi produttivi concorrono a determinare uno scenario in cui «il creditore controlla sempre meno l'effettiva estensione temporale e sempre più il risultato»²⁶⁴. La proiezione all'interno dello scambio contrattuale di *trend* e prassi organizzative che valorizzano la finalizzazione della prestazione al risultato deve tuttavia confrontarsi con il fatto che «la funzione di controllo costituisce una parte integrante e inscindibile (forse, neppure la più importante) dell'organizzazione produttiva "intelligente"»²⁶⁵ e contribuisce ad accentuare l'espressione tecnica del vincolo di subordinazione. La sostituzione dell'orario di lavoro con un'organizzazione per obiettivi e progetti dovrebbe essere accompagnata da una corrispondente riduzione del controllo del datore sull'adempimento in ogni unità di tempo²⁶⁶, per non realizzare un effetto di moltiplicazione dell'impegno del prestatore a conformarsi alle richieste del datore. D'altra parte, lo schema del lavoro agile non rispecchia soltanto attività altamente digitalizzate, posto che l'utilizzo delle strumentazioni informatiche è soltanto «possibile» e dunque non comporta necessariamente un'accentuazione del controllo tecnologico.

²⁶² M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 44; in senso più dubitativo T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della gig economy*, op. cit., 21; secondo P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, op. cit., 15, invece, nel lavoro agile «un segmento temporale della prestazione stessa è di fatto in tutto e per tutto assimilabile al lavoro autonomo».

²⁶³ Appare evidente la natura paradossale della convivenza tra collaborazioni autonome a cui si applica la disciplina del lavoro subordinato se il committente decide luogo e tempi (art. 2, d. lgs. n. 81/2015), e modalità organizzative del lavoro subordinato che è invece autorizzato a svincolarsi da luogo e tempi. F. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle di non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, CSDLE, It., n. 327/2017, 12 e 9 segnala l'ipotesi di una maggiore convenienza economica del lavoro agile in considerazione degli incentivi rispetto alle collaborazioni coordinate e continuative, che potrebbe persino orientare una preferenza verso la prima tipologia.

²⁶⁴ P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, op. cit., 14.

²⁶⁵ P. TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, a cura di P. TULLINI, Giappichelli, 2017, 18: «sicché risulterebbe probabilmente frustrato in partenza il tentativo di considerare in modo separato ... le tecnologie "esclusivamente" finalizzate al controllo per specifiche ragioni aziendali e quelle destinate all'esecuzione della prestazione».

²⁶⁶ Invece secondo la *Direttiva* della Presidenza del Consiglio, 6: «si pone il tema di un possibile controllo del rispetto dell'[o stesso] orario».

5. Lavorare senza orario e per obiettivi: questioni di retribuzione e non solo.

Dal punto di vista della retribuzione, le due letture offrono differenti soluzioni in relazione al "peso" dell'orario nella determinazione della prestazione corrispettiva. L'applicazione dell'orario normale consente un'adeguata compensazione di tutta l'attività svolta a distanza con l'applicazione delle voci retributive per il lavoro straordinario.

In alternativa, nella sola ipotesi in cui non sia richiesto il costante dispiego delle energie lavorative ma la disponibilità a rispondere alle richieste del datore, potrebbero essere introdotte indennità di reperibilità per la parte di lavoro che supera l'orario normale. È però essenziale la corresponsione di tali indennità nei periodi in cui il lavoratore possa realmente dedicarsi ai propri interessi²⁶⁷, perché "stare a disposizione" costituisce una prestazione accessoria rispetto a quella principale e si trasforma in quest'ultima soltanto in caso di legittima richiesta di attivazione²⁶⁸. Conduce alle medesime conclusioni la distinzione formulata dalla Corte di giustizia, sulla base di un'interpretazione ampia della definizione di "orario di lavoro" della dir. 2003/88/CE²⁶⁹, tra i periodi di semplice reperibilità, e i periodi in cui il lavoratore è a completa disposizione del datore e nell'esercizio delle sue funzioni, che costituiscono orario di lavoro²⁷⁰. L'introduzione di un'indennità di reperibilità non deve pertanto mascherare una prestazione continuativa magari in forma attenuata o discontinua ma deve corrispondere all'effettiva possibilità di gestire il proprio tempo in maniera libera, pur garantendo la disponibilità in caso di chiamata. Nel caso in cui, invece, la risposta o la pronta reperibilità rientrino nell'obbligazione principale, il tempo "di disponibilità" sarà compreso nell'orario e dovrà essere prevista una maggiore compensazione economica²⁷¹.

Qualora invece si ritenga che l'estensione temporale del lavoro agile sia libera nel solo rispetto dei limiti massimi, la mancanza di una quantificazione normale dell'impegno lavorativo impedisce l'applicazione delle maggiorazioni per il lavoro straordinario. Accanto al risparmio

²⁶⁷ Secondo l'orientamento della C. giust., v. V. FERRANTE, *Tempo di lavoro, op. cit.*, 1197.

²⁶⁸ A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, 199 ss. opportunamente distingue tra la disponibilità in senso stretto, che è oggetto del contratto di lavoro, e reperibilità, in cui "lo stare a disposizione del datore" costituisce prestazione accessoria.

²⁶⁹ All'art. 2, § 1, 1, dir. 2003/88/CE, recepita dall'art. 1, co. 2, lett. a, d. lgs. n. 66/2003,

²⁷⁰ C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*; C. giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*.

²⁷¹ Anche se secondo l'interpretazione delle Corti di giustizia, non deve necessariamente corrispondere alla retribuzione prevista per ai periodi durante i quali sono effettivamente svolte le prestazioni, v. C. giust. 11 gennaio 2007, C-437/05, *Jan Vorel*.

derivante dalla riduzione delle postazioni di lavoro, la diversa qualificazione del tempo prestato all'esterno dei locali aziendali può determinare anche una riduzione del costo del lavoro direttamente collegata alla maggiore quantità o qualità a parità di retribuzione. Tale evenienza è confermata dalla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri secondo la quale il Piano delle Amministrazioni pubbliche per il lavoro agile deve prevedere l'«eventuale esclusione, *per effetto della distribuzione flessibile del tempo di lavoro*, di prestazioni eccedenti l'orario settimanale che diano luogo a riposi compensativi, prestazioni di lavoro straordinario» (corsivo dell'A.) oltre che di prestazioni (notturne e festive), brevi permessi o altri istituti che comportino la riduzione dell'orario giornaliero di lavoro (p.16).

Per evitare il contrasto con l'art. 5, co. 5 d. lgs. n. 66/2003 che impone maggiorazioni retributive per il lavoro straordinario, e per garantire che il trattamento economico e normativo non sia inferiore a quello complessivamente applicato ai prestatori che svolgono le stesse mansioni nei locali aziendali, nell'accordo individuale dovrebbero essere specificate altre modalità di calcolo della retribuzione "pro quota agile", adatte a renderla proporzionata e sufficiente anche per la parte senza vincoli di orario. Fermo restando che nelle ipotesi in cui il lavoro non sia svolto in modalità agile con regolarità ma con andamento episodico (v. § 1) la conformità all'art. 36 Cost. sarà complessivamente garantita dall'applicazione delle regole *standard* di quantificazione della retribuzione per la parte prevalente dell'attività lavorativa.

Su questo piano si coglie l'opportunità di evitare la svalutazione del criterio "tempo" ai fini della misurazione della retribuzione individuando diversi parametri che promuovano adeguatamente professionalità e impegno del lavoratore. Potrebbero dunque essere concordate forme di retribuzione "di risultato" collegate all'obiettivo, fase o ciclo di lavorazione assegnato al prestatore quali meccanismi di elargizione selettiva e non egualitaria del salario variabile. In riferimento agli istituti retributivi, l'accordo di lavoro agile dovrà intervenire in coordinamento con la contrattazione collettiva a livello aziendale e territoriale.

Il coinvolgimento del sindacato nella gestione della retribuzione incentivante al fine di rendere trasparenti i criteri e le modalità di valutazione è stato promosso dagli accordi interconfederali a partire dal 2009²⁷² e in seguito dalle leggi che hanno attribuito alla contrattazione aziendale o territoriale un ruolo centrale.

²⁷² 15 aprile 2009 (§3.3), 28 giugno 2011 (§p. 8), 21 novembre 2012 (§2); 24 aprile 2013, e 1 agosto 2013. Sui profili evolutivi ed applicativi, T. TREU, *Le forme retributive incentivanti*, RIDL, 2010, I, 637 ss.

L'accordo individuale di lavoro agile che introduca forme di retribuzione per obiettivi dovrebbe pertanto coordinarsi con gli accordi collettivi "di produttività"²⁷³ che autorizzano l'applicazione di sgravi fiscali ai premi di risultato collegati all'aumento di produttività, redditività, qualità, innovatività, efficienza. La necessità di fissare una forma di retribuzione "per obiettivi" per accedere alla tassazione agevolata non sembra adeguatamente sostenuta dal Decr. Intermin. che ha fornito indicazioni operative per le misure di incentivazione e per il "welfare occupazionale" introdotti dalla legge di Stabilità 2016. «La riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» sembrano costituire da soli criteri di verifica dell'incremento della produttività necessario per accedere alla detassazione, così riducendo il potenziale di innovazione dell'organizzazione di impresa derivante dall'inserimento negli accordi individuali di fasio obiettivi. Come a sancire che la sola eliminazione di una postazione lavorativa costituisca risparmio dei fattori produttivi, indipendentemente dal contributo alla valorizzazione delle capacità e professionalità individuali. La previsione è confermata dall'art. 18, co. 4, l. n. 81/2017 che attribuisce forza di legge al collegamento tra prestazione del lavoro in modalità agile, incrementi di produttività ed efficienza e incentivi di carattere fiscale e contributivo.

Le implicazioni che discendono dalle differenti modalità di delimitazione della quota di lavoro svolta al di fuori dell'azienda non coinvolgono soltanto la quantificazione del corrispettivo. Se, in mancanza di orario normale, i segmenti di attività affidati al lavoratore agile non sono calibrati adeguatamente, il rischio è che tutto il tempo contenuto entro i limiti massimi contrattual-collettivi o legali divenga orario di lavoro, con evidente estensione dell'area debitoria del prestatore e delle condotte potenzialmente sanzionabili. Non a caso, nell'accordo di lavoro agile devono essere individuate «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione delle sanzioni disciplinari» (art. 21, co. 2). La dubbio vincolatività di una tipizzazione delle infrazioni disciplinari affidata al livello

²⁷³ V. art. 1, co. 182, l. n. 208/2015; art. 1, co. 160, l. n. 232/2016. Sull'evoluzione delle caratteristiche strutturali della contrattazione aziendale di produttività, V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, *DRI*, 2017, 1, 39 ss. A partire dalla legge di Stabilità 2016, il «salario di produttività (normalmente negoziato) può essere erogato in forma di prestazioni di welfare (incentivate) con un sostegno di fatto alla negoziazione di secondo livello», v. B. CARUSO, "The bright side of the moon": *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, *RIDL*, 2016, I, 2, 196.

individuale non risolve pienamente il problema delle pre-determinazione degli obblighi cui è tenuto il lavoratore e della loro estensione temporale

L'incertezza relativa ai confini della prestazione è altresì in grado di riflettersi sulle obbligazioni del datore. Alla luce di una «nozione polisenso»²⁷⁴ di ambiente di lavoro comprensiva dei profili di organizzazione dell'orario di lavoro²⁷⁵, i dubbi relativi all'estensione temporale della prestazione si traducono in un'ampiezza indefinita dell'obbligo di tutela della salute e sicurezza del lavoratore e nella potenziale violazione della tassatività delle sanzioni penali collegate alla normativa prevenzionistica.

6. La centralità della disconnessione dagli strumenti informatici.

La libertà nella determinazione dell'orario è condizionata da un'ultima previsione applicabile alle ipotesi in cui lo svolgimento del lavoro agile avvenga tramite strumentazioni digitali: l'estensione temporale della prestazione è limitata dalla previsione di tempi di riposo e dall'introduzione di modalità di disconnessione dagli strumenti informatici (art. 19, co. 1, ult. parte), rimesse all'accordo individuale.

Qualora si ritenga applicabile la disciplina dell'orario normale di lavoro, la disconnessione costituisce lo strumento tecnico per garantire la tutela della salute del lavoratore²⁷⁶ rendendo effettiva la limitazione temporale della prestazione, con una logica simile a quella *by design* e *by default* introdotta dal Regolamento europeo in materia di tutela dei dati personali (art. 25, Reg. 679/2016). Se questa è la portata della previsione, l'integrazione delle regole giuridiche nelle strumentazioni digitali di

²⁷⁴ P. TULLINI, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in *Scritti in onore di E. Ghera*, II, Cacucci, 2008, 1268.

²⁷⁵ A partire dalla sentenza C. giust. 12 dicembre 1996, C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, 15 che ritiene che le nozioni di ambiente, sicurezza e salute vadano interpretate «come riguardanti tutti i fattori, fisici e di altra natura, in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro e in particolare, taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro».

²⁷⁶ Artt. 32 e 36 Cost.; art. 1, par. 1, dir. 2003/88/CE, che individua l'obiettivo della direttiva nella fissazione di «prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro»; art. 31 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «Condizioni di lavoro giuste ed eque»; art. 2 Carta sociale europea «Diritto ad eque condizioni di lavoro». V. V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001, 151: «gli interessi che la direttiva [104/93/CE] è volta a tutelare e l'obiettivo ad essa sotteso sono i medesimi che hanno costituito oggetto di attenzione da parte della nostra Costituzione».

lavoro²⁷⁷ dovrebbe estendersi a tutti i contratti, come è stato previsto nell'ordinamento francese²⁷⁸.

Qualora si ravvisi, al contrario, l'elemento identificativo del lavoro agile nell'applicazione ridotta della normativa imperativa sull'orario, la disconnessione assume una funzione di protezione ancor più rilevante. In tale ipotesi, questa sarà l'unica garanzia di una alternanza tra lavoro e non lavoro, presidiando i «tempi di riposo» (ossia i periodi di "non lavoro", cfr. definizione di cui all'art. 2, d. lgs. n. 66/2003) che, non essendo ricavabili dalla disciplina legale e contrattual-collettiva, dovranno essere individuati nell'accordo individuale.

La disconnessione dalle strumentazioni informatiche, in questa ottica, non è solo uno strumento di effettività dei diritti altrove previsti dall'ordinamento ma può consentire l'adeguamento della tutela della salute e sicurezza del lavoratore a fronte dei rischi fisici e psicosociali generati dalla connettività continua e dalla pervasività delle tecnologie digitali, evidenziati dalle istituzioni comunitarie e in particolare dall'Agenzia europea per la salute e sicurezza sul lavoro²⁷⁹. Una recente indagine condotta da Eurofound e ILO²⁸⁰ ha mostrato con chiarezza il carattere ambivalente del telelavoro e del lavoro a distanza basato sulle tecnologie: si riducono i tempi di trasporto²⁸¹ e cresce l'autonomia organizzativa del

²⁷⁷ In termini simili M. AVOGARO - P. PERRI, *Digitalizzazione e work life balance: teoria e pratica del diritto di disconnessione*, Paper presentato al convegno "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Università di Brescia, 12-13 ottobre 2017.

²⁷⁸ Anche se in maniera articolata, v. D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, RCP, 2017, 1, 13 ss. V. M. ALTIMARI, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e rivoluzione digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo garantista*, Paper presentato al convegno "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Università di Brescia, 12-13 ottobre 2017, 6.

²⁷⁹ L'Agenzia europea per la salute e sicurezza sul lavoro ha avviato uno studio in tre fasi relativo al potenziale impatto sulla salute e la sicurezza sul lavoro degli attuali sviluppi nelle TIC. Con il documento EU-OSHA, *Key trends and drivers of change in information and communication technologies and work location*, 2017 è stata conclusa la prima fase. V. anche Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni di mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale (2016/2017(INI) che precisa come l'introduzione del lavoro agile «si oppone alla transizione da una cultura della presenza fisica ad una cultura della disponibilità permanente».

²⁸⁰ Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo e Ufficio internazionale del lavoro, Ginevra, 2017.

²⁸¹ E dalla sottrazione dei lavoratori dai rischi legati al trasporto nonché a quelli legati agli ambienti lavorativi tradizionali.

prestatore²⁸², ma aumenta la tendenza a comportamenti autoprescrittivi²⁸³ e alla maggiore intensità delle prestazioni. Si riscontra inoltre lo svolgimento di un numero di ore maggiore rispetto a quello prestato nei locali dell'azienda²⁸⁴. La criticità più evidente consiste nella permeabilità tra tempi di vita e tempi lavorativi che allontana l'obiettivo di *work-life balance*, che richiede separazione, sostituendolo con una continua commistione tra le due sfere²⁸⁵. Non a caso nel *report* è sottolineata la necessità di individuare una strategia di "gestione dei confini" che crei un adeguato equilibrio tra separazione e integrazione tra tempi di vita e di lavoro²⁸⁶.

Data l'indeterminatezza della previsione dell'art. 19, l. n. 81/2017 è possibile avanzare alcune proposte interpretative per dare contenuto concreto alla disconnessione nell'ambito del lavoro agile. Non si dubita del suo «intrinseco valore primario»²⁸⁷ al fine di affermare uno spazio di libertà e riservatezza rispetto alle sollecitazioni delle modalità produttive odierne. La disconnessione può essere intesa come un diritto strumentale²⁸⁸ alla tutela di fondamentali prerogative, quali la salute, la riservatezza, la dignità e la realizzazione della personalità dell'individuo. Poiché tuttavia «la gran

²⁸² Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere* cit., 24 ss.

²⁸³ La stessa che caratterizza molte forme di lavoro autonomo di III generazione, A. FUMAGALLI, *Le trasformazioni del lavoro autonomo tra crisi e precarietà: il lavoro autonomo di terza generazione*, *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2015, 2, 237. V. anche, Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere* cit., 24 ss. e il grafico a pag. 35 che segnala la pressione a lavorare di più quasi a voler giustificare l'assenza dal luogo di lavoro e l'impatto su autonomia e intensità delle prestazioni a distanza e/o con uso delle tecnologie.

²⁸⁴ Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere* cit., 21 ss. Tendenza confermata anche in relazione a forme di lavoro standard da G. VALLÉE - D. GESUALDI FECTEAU, *Setting the temporal boundaries of work: an empirical study of the nature and scope of labour law protections*, *International Journal of Comparative labour law and industrial relations*, 2016, 32, 3, 344-377, che evidenzia l'inadeguatezza delle regole lavoristiche di offrire tutela alla disponibilità del datore offerta fuori dall'orario.

²⁸⁵ V. COM(2017)206, 26 aprile 2017, Documento di riflessione sulla dimensione sociale dell'Europa; M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, *DRI*, 2, 2016, 659; E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2016, 32, 3, 280-300 che analizza situazioni di *time porosity* anche nel lavoro da casa (inteso come lavoro senza orario e dunque diverso dal telelavoro).

²⁸⁶ Eurofound e ILO, *Working anytime, anywhere* cit., 33.

²⁸⁷ M. MILITELLO, *Autonomia subordinata e work life blending nell'era della on demand economy*, Paper presentato al convegno "Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale", Università di Brescia, 12-13 ottobre 2017, fine § 2.1. Come "diritto alla vita privata del XXI secolo", J. RAY, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion: le droit à la vie privée du XXI siècle*, *Revue Droit Social*, 11/2002, 939-944.

²⁸⁸ «Evidente sfaccettatura del diritto alla vita privata [...] ma anche quale aspetto del suo diritto alla salute», D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione* cit., 17.

parte delle condotte nella rete è [difatti] governata dai limiti elettronici più che dal carattere appellativo delle norme»²⁸⁹, l'affermazione del diritto alla disconnessione rischia di essere fortemente condizionata dal rapporto biunivoco tra tecnologia e diritto che vede la prima condizionare in misura crescente l'applicazione del secondo. La configurazione di un ulteriore diritto digitale dai contorni non ben definiti e dalla limitata esigibilità non sembra poter contribuire in maniera significativa alle esigenze di tutela dei lavoratori agili.

Maggiori garanzie di effettività potrebbero derivare dall'inserimento della disconnessione nell'ambito delle misure di prevenzione per la tutela della salute del prestatore a fronte dei rischi derivanti dalla combinazione tra utilizzo delle strumentazioni digitali e assenza di vincoli spaziali in un contesto in cui l'orario non esercita la propria funzione di limitazione dell'impegno del prestatore e di garanzia del tempo di non lavoro²⁹⁰. Si tratta di intendere le misure tecniche per gestire l'uso delle tecnologie informatiche come veri e propri strumenti prevenzionistici attraverso i quali attuare e completare la regola di condotta derivante dall'art. 2087 c.c. Tale concezione della disconnessione corrisponde ad una concretizzazione della disciplina prevenzionistica orientata al principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, che riveste particolare utilità nelle occasioni in cui vengano utilizzati spazi e strumenti informatici – anche il semplice accesso alla posta elettronica – in grado di diffondere l'impegno lavorativo oltre l'orario di lavoro.

7. Il contenuto professionale del lavoro agile tra mansioni e obiettivi.

Secondo l'impostazione tradizionale, il contenuto del contratto di lavoro è determinato sulla base delle mansioni che descrivono qualitativamente le attività cui è tenuto il prestatore²⁹¹. Nel lavoro agile la determinazione della quota prestata all'esterno rispetto a quella svolta in azienda non subisce all'apparenza modifiche, posto che il termine di riferimento per applicare la parità di trattamento (art. 20) è costituito dai «lavoratori che svolgono le *medesime mansioni* esclusivamente

²⁸⁹ D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione* cit., 17.

²⁹⁰ Sull'esistenza di una legittima esigenza di «programmabilità del tempo libero», simile a quella affermata dalla C. cost. in relazione ad un'ipotesi di lavoro *part time* (C. cost. 210/1992), anche nel lavoro a tempo pieno, v. Cass. 23 maggio 2008, n. 12962, *RidI*, 2008, 4, II, 825 ss., nt. BOLEGO.

²⁹¹ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982; più recentemente U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008; M. GRANDI, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, I, Cacucci, 2008, 497-510.

all'interno» (corsivo dell'A.). Anche il lavoro svolto in luoghi diversi, dunque, deve articolarsi sull'insieme organico dei comportamenti e delle attività sintetizzati nel contratto in riferimento all'intera attività lavorativa.

Se la gestione del lavoro all'esterno dell'azienda è articolata sulla base dell'orario, la diversità dei criteri di determinazione quantitativa e qualitativa della prestazione nei due luoghi sarà minima: per l'attività prestata all'interno dello stabilimento, l'orario e le mansioni; per l'attività realizzata al di fuori, un orario organizzato con più flessibilità e le medesime mansioni. In questo primo scenario, i tratti innovativi del lavoro agile si concentrano nella maggiore libertà di articolazione dei tempi e nella collocazione dell'attività all'esterno dello stabilimento, mentre vengono confermati la determinazione dell'oggetto del contratto tramite l'indice «reale e certo»²⁹² costituito dalle mansioni e il rinvio implicito ai profili professionali dei contratti collettivi.

Qualora sia invece concordata una modalità gestionale svincolata dall'applicazione dell'orario, anche la definizione qualitativa del contenuto dell'obbligazione si attingerà diversamente. Non tanto perché l'assegnazione e la specificazione delle mansioni necessiti della previa individuazione dell'orario, ma perché in alternativa a quest'ultimo è richiesta l'introduzione di fasi, cicli e obiettivi per circoscrivere l'ampiezza della posizione debitoria del lavoratore (v. § 4).

La novella del 2103 c.c. e i recenti rinnovi contrattuali²⁹³ mostrano una certa impermeabilità dei profili professionali rispetto alla possibilità di organizzare il lavoro attraverso obiettivi. La riduzione della rilevanza del giudizio di equivalenza e la centralità attribuita alle classificazioni dei contratti collettivi ricavabile nel nuovo art. 2103 c.c. non solo dilatano il contenuto obbligatorio delle prestazioni²⁹⁴, ma possono determinare ulteriori effetti incerti e pregiudizievoli per i lavoratori nel caso in cui l'obbligazione sia programmata sulla base di segmenti di lavorazione. Nella fase di stipulazione di un accordo di lavoro agile il datore potrebbe infatti combinare una modifica "orizzontale" delle mansioni con la fissazione di un obiettivo che specifichi l'attività. Nelle ipotesi in cui i livelli di inquadramento siano descritti in maniera ampia, si manifesta un rischio di fissazione di obiettivi che attraversano tutta l'area professionale,

²⁹² G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, *Enc dir*, XXV, 1975, 554.

²⁹³ V. ad es. CCNL Facility Management dell'artigianato, piccole e medie imprese e cooperazione, 1 settembre 2016, art. 114; CCNL commercio e terziario 22 dicembre 2016, art. 51.

²⁹⁴ C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni in Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di A. PERULLI - L. FIORILLO, 2015, Giappichelli, 341.

richiedendo lo svolgimento di competenze e professionalità non omogenee. Tale eventualità potrebbe essere corretta e gestita nell'ambito di interventi di riforma delle categorie e dei livelli professionali che descrivano con maggior dettaglio le qualifiche e forniscano al contempo indicazioni per coordinare queste ultime con le nuove modalità gestionali articolate su progetti o fasi di attività²⁹⁵.

Un diverso ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione del contenuto oggettivo dell'accordo di lavoro agile emerge a livello aziendale in relazione alle attività finalizzate alla condivisione degli obiettivi di produttività.

Secondo il Decr. Interm. (art. 2, cit.) il contratto aziendale di produttività deve specificare gli elementi che integrano i miglioramenti richiesti per ottenere la tassazione agevolata – tra cui il ricorso al lavoro agile – e i criteri che ne rendano verificabile il raggiungimento «in modo obiettivo attraverso il riscontro di indicatori numerici o di altro genere». Per integrare tali indicazioni servirà una corretta e adeguata fissazione degli obiettivi individuali nell'accordo di lavoro agile al fine di consentire la verifica del relativo raggiungimento al termine del periodo di riferimento.

In questo modo, il contenuto dell'accordo di lavoro agile sarà circoscritto non solo sulla base delle mansioni ma anche degli elementi indicati al fine di consentire la misurazione e il controllo della crescita di produttività. La determinazione di fasi, cicli e obiettivi non può tuttavia ridursi a mezzo di verifica degli incrementi per beneficiare del sostegno economico pubblico. Essa costituisce una forma alternativa di predeterminazione quali-quantitativa del contenuto del lavoro prestato fuori dai locali aziendali, svincolata dall'orario, ma sensibile al tempo che il prestatore impiega per perseguire gli obiettivi. Dovrà altresì corrispondere alle mansioni concordate nel contratto, con lo scopo di ottimizzare i risultati produttivi e di competitività, ed evitare di estendere l'obbligazione lavorativa. Diviene così essenziale il ruolo delle rappresentanze sindacali coinvolte nella contrattazione di produttività, chiamate a costruire insieme al datore di lavoro i parametri e i sistemi di verifica per gli incentivi e, allo stesso tempo, a garantire la fissazione di obiettivi adeguati alle capacità e ai profili professionali dei lavoratori coinvolti.

²⁹⁵ Nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. «la scala classificatoria viene chiamata a svolgere [...] la funzione decisamente innovativa, di determinazione dell'area del debito di prestazione», F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, CSDLE it., n. 257/2015, 8.

Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile

Angelo Delogu^α

SOMMARIO: 1. Lavoro agile e sicurezza. – 2. Sicurezza e frammentazione/digitalizzazione dell'impresa. – 3. L'evoluzione della disciplina: ripartizione degli obblighi e organizzazione dell'adempimento. – 4. I presupposti spazio-temporali degli obblighi preventivi. – 4.1. L'estensione dell'ambiente di lavoro. – 4.2. La determinazione unilaterale del luogo. – 4.3 Sicurezza e tempi di lavoro. – 5. La sfida del lavoro agile. – 6. I particolari rischi connessi alle prestazioni di lavoro "non standard". – 6.1. La valutazione dei rischi da tipologia contrattuale e la prestazione di lavoro resa in modalità agile. – 7. La pericolosa logica del "rischio zero" e i peculiari rischi del lavoro agile. – 8. La sicurezza del lavoro nello *smart working*: l'art. 22 della l. n. 81/2017. – 8.1. Gli ostacoli alla tesi dell'informativa in materia di rischi come obbligo esaustivo. – 8.2. La tesi proposta: informativa in materia di rischi come obbligo aggiuntivo. – 9. L'individuazione degli ulteriori obblighi in materia di salute e sicurezza. – 9.1. La tesi del lavoro agile come telelavoro o lavoro a distanza. – 9.2. La disciplina preventiva del lavoro a distanza. – 9.3. Critica alla tesi del lavoro agile come variante del lavoro a distanza. – 10. La modulazione dell'obbligo di sicurezza. – 10.1 Gli obblighi preventivi per le prestazioni svolte all'interno dell'azienda. – 10.2. Gli obblighi preventivi per le porzioni di prestazione svolte all'esterno dell'azienda. – 10.3. Gli obblighi preventivi minimi in assenza di postazione fissa e non comunicata. – 11. La cooperazione richiesta al lavoratore agile per il lavoro svolto fuori dall'azienda. – 12. La responsabilità del datore di lavoro per le prestazioni

^α Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo", membro dell'Osservatorio "Olympus" per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro: <http://olympus.uniurb.it/> e Dottore di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Membro GggS.

extra-aziendali. – 13. La tutela contro gli infortuni e le malattie professionali e l'infortunio in itinere

1. Lavoro agile e sicurezza.

Il lavoro agile per sua stessa natura pare sfuggire ad una rigida conformazione, stante l'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017)²⁹⁶.

E pertanto appare difficile (anche se, come cercheremo di chiarire, non impossibile) ipotizzare per tale tipologia di lavoro un adattamento della normativa in materia di salute e sicurezza, attualmente contenuta in larga parte nel d.lgs. n. 81/2008, giacché questa disciplina è stata concepita per la classica impresa fordista e, peraltro, risulta essere tarata in larga parte sulle medio-grandi organizzazioni imprenditoriali²⁹⁷.

²⁹⁶ Cfr. Santoro-Passarelli G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile, il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 338; Id., *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 771 ss.; Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 335/2017; nonché tutti gli altri saggi contenuti nel presente volume.

²⁹⁷ Per queste criticità si v. Campanella P., *La riforma del sistema prevenzionistico: l'ambito applicativo della nuova disciplina (art. 3, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81)*, in Carinci F., Gagnoli E. (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Torino, UTET, 2010, 115-116. Il rilievo che il modello preventivo delineato dalla normativa speciale in materia di salute e sicurezza presentasse notevoli difficoltà a essere asportato alle più numerose piccole e medie imprese presenti sul nostro territorio – che erano gravate da adempimenti eccessivamente onerosi, inidonei, però, a rispondere adeguatamente ai particolari rischi e all'alto grado di infortuni statisticamente rilevati in tali organizzazioni – era comunque già stato formulato in passato sotto la vigenza del d.lgs. n. 626/1994, cfr. Montuschi L., *I principi generali del d.lgs. n. 626/1994*, in Id. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, 39 ss.; Lai M., *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, 48. La mancanza di distinzioni in tal senso derivava però dall'impianto della stessa direttiva-quadro europea, cfr., sul punto, Caruso B., *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in Montuschi L. (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza...*, op. cit., 15 ss. A tal proposito era dovuto, perciò, intervenire il d.lgs. n. 242/1996, che aveva apportato correzioni al d.lgs. 626/94, tendenti, in sostanza, a semplificare gli adempimenti procedurali in materia di sicurezza per le piccole imprese. Il d.lgs. n. 81/2008, in attuazione di un criterio stabilito in sede di delega (cfr. art. 1, comma 2, lett. d, l. n. 123/2007), prevede taluni profili di applicazione differenziata, senza, però, invertire completamente il quadro, e senza rispondere appieno all'esigenza di stabilire un regime calibrato sulla dimensione aziendale. Sul regime differenziato basato sulla dimensione aziendale e sulle sue criticità si v. Bubola G., Tiraboschi M., *Il regime per le piccole e medie*

2. Sicurezza e frammentazione/digitalizzazione dell'impresa.

Conseguentemente, di fronte alla frammentazione e scomposizione dell'impresa²⁹⁸, alla digitalizzazione dell'economia²⁹⁹, questo impianto comincia a mostrare qualche segno del tempo e rischia di non essere più in grado di garantire adeguati strumenti a tutela nei confronti dei prestatori di lavoro.

Ed in effetti i tradizionali obblighi che discendono *in primis* dall'art. 2087 c.c. erano figli di una concezione dell'impresa fortemente gerarchizzata, e non a caso imponevano il carico preventivo esclusivamente in capo all'imprenditore/datore di lavoro, autentico *dominus* dell'organizzazione imprenditoriale in quanto titolare esclusivo dei tipici poteri direttivi e di controllo³⁰⁰.

E secondo uno schema ben conosciuto in questa materia – giacché è tutt'ora alla base delle definizioni di datore di lavoro, dirigente e preposto – alla titolarità, o meglio all'esercizio, dei poteri risulta essere strettamente connessa l'attribuzione e la definizione del carico obbligatorio posto in capo

imprese, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, Milano, Giuffrè, 2009, 271-283. Sulla tendenza semplificatrice che ha animato le più recenti riforme in materia di salute e sicurezza, si v. Bonardi O., *Dentro al ginepraio della semplificazione. Salute e sicurezza sul lavoro nell'Italia che riparte*, in RGL., 2016, 607 ss.,

²⁹⁸ Sul punto, data la vasta bibliografia stratificatasi, sia consentito rinviare, tra i contributi più recenti, a Garofalo D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative* e F. Basenghi, *Decentramento organizzativo e autonomia collettiva*, Relazioni alle Giornate di Studio AIDLASS 2017, «Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi», Cassino 18-19 maggio 2017, entrambe in www.aidlass.it; Carinci M. T., *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro "à la carte"?*, in DLRI, 2016, 733 ss.; Alvino I., *Percorso di lettura su reti di imprese e diritto del lavoro*, ivi, 2017, 401 ss.

²⁹⁹ Sul punto, tra i tanti, si v. Loi P., Speziale V. (a cura di), *Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme*, in RGL, 2017, 171 ss. e i vari saggi ivi contenuti. Tullini P., *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte di intervento*, ivi, 2016, 748 ss.

³⁰⁰ Cfr., *ex multis*, v. Barchi R., *Note in tema di responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ.*, in RGL, 1975, 100 ss.; Natullo G., *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Torino, Utet, 1995, 7 ss.; Lassandari A., *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in Pedrazzoli M., *Vessazioni e angherie sul lavoro: tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Bologna, Zanichelli, 2007, 64 ss.; Albi P., *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona, art. 2087*, in Schlesinger P. (fondato da), Busnelli F. D. (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2008; e, di recente, Delogu A., *Salute e sicurezza sul lavoro (voce)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Comm.*, Aggiornamento, Milano, Utet, 2017, 437 ss.

al detentore di quei medesimi poteri³⁰¹ (si parla in proposito di principio di effettività)³⁰².

3. L'evoluzione della disciplina: ripartizione degli obblighi e organizzazione dell'adempimento.

E tuttavia il suddetto schema ha subito nel tempo una rapida evoluzione passandosi da una "sicurezza partecipata", che vedeva e vede una ripartizione degli obblighi tra più soggetti a vario titolo obbligati nonché una proiezione del diritto alla sicurezza sul piano collettivo³⁰³, ad una vera e propria "sicurezza organizzata" che trova ormai nella procedura di valutazione dei rischi, negli obblighi formativi, nell'adozione di veri e propri modelli di organizzazione e gestione il suo nucleo fondante³⁰⁴.

³⁰¹ V. Stofa F., *Le definizioni*, in Zoppoli L., Pascucci P., Natullo G. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, Ipsoa, 2008, 62-77.

³⁰² Il principio di effettività si era imposto soprattutto a seguito delle modifiche apportate al d.lgs. n. 626/1994 dal d.lgs. n. 242/1996. Sui principi elaborati dalla giurisprudenza precedente all'intervento riformatore del '94, cfr. Costagliola G. C., Culotta A., Di Lecce M., *Le norme di prevenzione per la sicurezza sul lavoro*, 3° ed., Milano, Pirola, 1990, 55-60. Su come il criterio dell'effettività pervadesse già l'intero impianto del d.lgs. n. 626/1994, cfr. Basenghi F., *La ripartizione degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale*, in Galantino L. (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, 2° ed., Milano, Giuffrè, 1996, 57 ss. L'opinione è stata ribadita all'interno del nuovo quadro legale delineato dal d.lgs. n. 81/2008, cfr. Id., *La ripartizione intersoggettiva del debito di sicurezza*, in Galantino L. (a cura di), *Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, Torino, UTET, 2009, 85 ss. In effetti, all'interno del d.lgs. n. 81/2008 il principio di effettività, al di là della formale investitura, è confermato, in particolare, dall'art. 299. In giurisprudenza si v. tra le altre Cass. pen., sez. IV, 17.9.2007, n. 34995, in *ISL*, 2008, 55 e più di recente Cass. Pen., sez. IV, 28.2.2014, n. 22246. Tuttavia, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 81/2008, autorevole dottrina ha rilevato che «se tuttavia si guarda a fondo tra le pieghe del nuovo decreto, ci si accorge che il legislatore, pur senza smentirlo, è andato anche oltre il principio di effettività, lanciando alcuni significativi segnali in direzione dell'esigenza di una identificazione anche formale dei dirigenti e dei preposti» Pascucci P., *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *Work. Pap. Olympus*, 1/2011, 20.

³⁰³ Cfr., di recente, soprattutto in relazione ad interessanti sviluppi giurisprudenziali, Preteroti A., *Obbligo di sicurezza e ripartizione degli adempimenti preventivi alla luce della più recente giurisprudenza*, *MGL*, 2016, 830 ss.

³⁰⁴ Cfr. Lepore M., *La nuova normativa: dalla prevenzione tecnologica alla sicurezza di tipo organizzativo*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (D.Lgs. n. 106/2009)*, Milano, Giuffrè, 2009, 49 ss. Insistono sulla centralità degli aspetti organizzativi, tra i tanti, anche Pascucci P., *Prevenzione, organizzazione e formazione. A proposito di un recente libro sulla sicurezza sul lavoro*, in *DSL*, 2016, 64 ss.; F. Bacchini, *Sicurezza (del lavoro) e organizzazione (aziendale)*, in *Work. Pap. Olympus*, n. 28/2013.

4. I presupposti spazio-temporali degli obblighi preventivi.

4.1. L'estensione dell'ambiente di lavoro.

Peraltro, l'obbligo di sicurezza è rimasto ancora oggi fortemente ancorato al luogo (sarebbe più corretto dire ambiente) di lavoro³⁰⁵, di cui la normativa speciale detta una particolare e specifica disciplina (cfr. art. 62 e ss. d.lgs. n. 81/2008).

Eppure, la stessa definizione di ambiente di lavoro ha subito nel tempo una sua mutazione venendo ad essere, di fatto, considerato tale qualsiasi spazio in cui il lavoratore svolga la propria prestazione di lavoro, sia esso interno o esterno all'azienda. La giurisprudenza ha così ritenuto che il datore di lavoro risponda ex art. 2087 c.c. non solo degli infortuni occorsi o delle malattie contratte dal lavoratore per prestazioni svolte in solitudine³⁰⁶ o all'aperto (si pensi ai manutentori del verde o delle strade, oppure agli autisti, etc.), ma addirittura agli eventi verificatesi all'estero, a causa di *virus* contagiosi³⁰⁷ o di attentati terroristici³⁰⁸.

Pertanto, nell'evoluzione giurisprudenziale l'obbligo di sicurezza si è svincolato dal legame stretto con l'azienda o con la postazione fissa di lavoro per pervadere qualsivoglia luogo in cui viene resa la prestazione lavorativa.

4.2. La determinazione unilaterale del luogo.

In ogni caso, però, l'obbligo di sicurezza è rimasto comunque ancorato al potere direttivo del datore di lavoro giacché l'ambiente lavorativo deve essere sicuro, e il datore di lavoro deve garantirne il minimo di rischi anche al di fuori dall'azienda, purché, però, tale luogo sia stato unilateralmente determinato e imposto dal datore di lavoro stesso.

Laddove invece il datore di lavoro non abbia la possibilità di definire o di conoscere preventivamente l'ambito spaziale di svolgimento della prestazione lavorativa, giacché esso è rimesso alla libera scelta del prestatore di lavoro, allora diviene fondamentale che la prestazione si

³⁰⁵ Sul punto già Montuschi L., *Ambiente di lavoro (voce)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, I, Torino, UTET, 1987, 87 ss.

³⁰⁶ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 7.12.2000, n. 12775, in *RP*, 2001, 165.

³⁰⁷ Nel caso di specie si trattava della malaria cfr. Cass. 29.5.1990, n. 5002, in *RGL*, 1991, II, 328 (o in *DPL*, 1990, 2573); Cass., 6.9.1995, n. 9401, in *MGL*, 1995; Cass., 5.1.2005, n. 180, in *DPL*, 2005, 1512.

³⁰⁸ Cfr. Pret. Parma, 28.2.1996, in *GC*, 1996, I, 2121, con *nota* di Franco M.; Trib. Parma, 22.12.1988, in *LG*, 1999, 547 ss. con *nota* di Banzola.

svolga all'interno dell'azienda affinché possano accollarsi degli obblighi di sicurezza al datore di lavoro o, meglio, al committente³⁰⁹.

È quel che accade, ad esempio, nel lavoro autonomo o nel lavoro parasubordinato, che fanno sorgere obblighi preventivi in capo al committente, solo qualora le prestazioni si svolgano in ambienti controllati da quest'ultimo (cfr. art. 3, comma 7 e art. 26, d.lgs. n. 81/2008)³¹⁰.

4.3. Sicurezza e tempi di lavoro.

Inoltre, gli obblighi di sicurezza sono strettamente legati non solo allo spazio ma anche al fattore tempo, giacché i ritmi produttivi e i carichi di lavoro rappresentano essi stessi, come noto, degli insidiosi fattori di rischio e non a caso lo stesso d.lgs. n. 66/2003 dà attuazione alla direttiva 93/104/CE che pone in stretta correlazione l'organizzazione del lavoro e il tempo con la salute e sicurezza sul lavoro³¹¹.

Dunque, luoghi e tempi di lavoro, unitamente al potere datoriali di determinarli, hanno costituito tradizionalmente il substrato sul quale si è innestato l'obbligo di sicurezza che abbiamo conosciuto sino ad oggi e sul quale si è impiantata l'intera organizzazione preventiva.

5. La sfida del lavoro agile.

E allora immaginare obblighi di sicurezza in assenza di vincoli di luogo e di spazio è operazione complicata, per un verso, e stimolante, per altro verso. In altri termini, la disciplina del lavoro agile rimette in qualche modo in discussione il tradizionale armentario teorico e giuridico con il quale si sono da sempre affrontate queste tematiche³¹². Operazione difficile, quella appena descritta, ma senz'altro necessaria.

³⁰⁹ Su questi aspetti v. Lazzari C., *Il potere direttivo oltre la subordinazione? Prime osservazioni dal punto di vista dell'obbligo datoriale di sicurezza*, in *Work. Pap. Olympus*, 16/2012.

³¹⁰ V. Pascucci P., *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 73/2008*, 43 ss.; Bubola Gabriele, Corvino Alessandro, *I collaboratori coordinati e continuativi, i lavoratori a progetto, gli occasionali, gli associati in partecipazione*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza...*, op. cit., 399-407. In materia di appalto v. Bonardi O., *La sicurezza sul lavoro nel sistema degli appalti*, in *Work. Pap. Olympus*, 26/2013

³¹¹ In effetti, ai sensi dell'art. 1, comma 1, la Direttiva 93/104/CE «stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro». Sul punto cfr. Lai M., *La nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in *RIDL*, 2004, 63 ss.

³¹² In materia si v. tra i primi interventi Rota A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in Tullini P. (a cura di), *Web e lavoro*,

6. I particolari rischi connessi alle prestazioni di lavoro "non standard".

Necessaria, anzitutto, perché non si può dimenticare come i dati statistici dimostrino che proprio le prestazioni di lavoro per così dire "flessibili" o non "standard" mettano maggiormente in pericolo la salute e la sicurezza del lavoratore, dal momento che ingenerano dei rischi del tutto particolari, i quali richiedono l'adozione di specifiche misure di prevenzione e protezione³¹³.

6.1. La valutazione dei rischi da tipologia contrattuale e la prestazione di lavoro resa in modalità agile.

Di questa necessità ha preso atto non solo il legislatore comunitario, ma anche lo stesso legislatore nazionale, allorché con il d.lgs. n. 106/2009, accogliendo sollecitazioni provenienti da più parti, ha modificato l'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008 imponendo la valutazione, tra gli altri, del cosiddetto rischio da tipologia contrattuale³¹⁴.

Orbene, anche se il lavoro agile, come noto, non rappresenta una vera e propria tipologia contrattuale, potrebbe purtuttavia considerarsi compreso in questa previsione.

In primo luogo, poiché – come è tipico della materia prevenzionale – la terminologia utilizzata dal legislatore risulta molto spesso non rigorosa sotto il profilo teorico³¹⁵, e probabilmente il legislatore con il riferimento al

Giappichelli, Torino, 2017, 165 ss. Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 1 ss.; Allamprese A., Pascucci F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, 307 ss.

³¹³ Si v. il rapporto EURISPES, *Incidenti sul lavoro e lavoro atipico*, del febbraio 2003, in www.eurispes.it o il rapporto dell'IRES, *Dinamiche d'impresa, flessibilità contrattuale e impatti sulla salute e sicurezza nella percezione dei lavoratori*, in www.adapt.it. Sul rapporto tra flessibilità e sicurezza cfr. Lai M., *La sicurezza de lavoro nelle nuove tipologie contratti*, in *DLM*, 2005, 1 e Id., *Flessibilità e sicurezza del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006; Gallo M., *La sicurezza per i lavori atipici*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2008.

³¹⁴ Sul punto cfr. Ferrua S., Giovannone M., Tiraboschi M., *Gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari e tipologia di lavoro flessibile: la valutazione del rischio*, in Tiraboschi M., Fantini L. (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza...*, op. cit., 569 ss. Su questi tempi più di recente v. Delogu A., *Lavori atipici ed uniformi esigenze di tutela*, in *AmbSL*, 2015, 11, 27 ss.; Lazzari C., *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, *Work. Pap. Olympus*, 41/2015; M. Lai, "Jobs Act" e sicurezza del lavoro, in *ISL*, 2016, 190 ss.; Pasquarella V., *L'organizzazione della sicurezza in alcune tipologie di lavoro revisionate dal Jobs Act*, in *DSL*, 2016, 113 ss.

³¹⁵ Si pensi solo alla distanza che intercorre tra le definizioni di datore di lavoro e di dirigente in senso giuslavoristico e in senso prevenzionale. Si era parlato già in passato di «autonomia del contesto definitorio», cfr. Bertocco S., *La tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in Cester C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*,

rischio da tipologia contrattuale ha inteso riferirsi a tutti quei particolari rischi connessi alle svariate modalità in cui possono essere rese le prestazioni di lavoro, siano esse subordinate o meno, che deviano in qualche modo dallo schema tradizionale o tipico.

In secondo luogo, poiché l'elencazione contenuta nell'art. 28 d.lgs. 81/2008 è in ogni caso soltanto esemplificativa e non esaustiva dei rischi oggetto di valutazione³¹⁶.

Infine, come si vedrà (cfr. *infra*), la stessa normativa in materia di *smart working* parla di rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione della prestazione di lavoro agile.

In ogni caso, il fatto che nel calibrare le cautele preventive si debba tener conto delle specifiche modalità con le quali viene resa la prestazione lavorativa era stato già preconizzato dall'art. 2087 c.c., il quale fa opportunamente riferimento al criterio della particolarità del lavoro, da intendersi, a mio avviso, anche come particolarità della prestazione lavorativa.

7. La pericolosa logica del "rischio zero" e i peculiari rischi del lavoro agile.

Sebbene il legislatore abbia tentato in un recentissimo passato – in materia di valutazione dei rischi e di valutazione dei rischi interferenziali – e continui a tentare – si pensi alla delega in materia di individuazione di particolari misure di sicurezza per gli studi professionali (art. 11, l. n. 81/2017) – di individuare settori di attività a basso rischio o addirittura a rischio "zero", va ribadito che non esistono attività in sé esenti totalmente da rischi, l'individuazione dei quali è non a caso opportunamente rimessa alla procedura di valutazione (artt. 28 e 29, d.lgs. n. 81/2008)³¹⁷.

E così lo stesso lavoro agile può essere cagione di insidie e nocività di varia natura. Si pensi solo ai rischi da *stress*, ai rischi psicosociali, da superlavoro, da carichi di lavoro, da postura, da videoterminale, etc.

Si tratta della quasi totalità di rischi che proprio nelle prestazioni di lavoro di questa natura, svolte nella stragrande maggioranza dei casi con

t. 1, 2° ed., in Carinci F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, Torino, UTET, 2007, 982.

³¹⁶ Cfr., tra gli altri, Bacchini F., *La valutazione dei rischi*, in *ISL*, 2008, 263 ss.

³¹⁷ Sul punto sia consentito rimandare a P. Pascucci, A. Delogu, *La delega per la semplificazione della normativa sulla salute e sicurezza degli studi professionali*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del Lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2017, in corso di pubblicazione.

strumenti tecnologici o telematici, acquistano ancora maggiore consistenza³¹⁸.

8. La sicurezza del lavoro nello smart working: l'art. 22 della l. n. 81/2017.

Fatta questa breve premessa, va subito rilevato che l'art. 22 della l. n. 81/2017 nel disciplinare la materia della salute e sicurezza nel lavoro agile stabilisce che «il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro».

Anzitutto non si può non notare come il legislatore con la norma appena citata prenda atto e confermi che, come detto, nel lavoro agile, oltre ai rischi generali, vengono in rilievo anche dei rischi specifici giacché connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Pertanto, «i contenuti dell'informativa dovranno essere sviluppati in funzione dei rischi generali e rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro in ambienti diversi da quelli aziendali»³¹⁹.

8.1. Gli ostacoli alla tesi dell'informativa in materia di rischi come obbligo esaustivo.

Tuttavia, occorre comprendere se la consegna di tale informativa sui rischi con cadenza almeno annuale esaurisca completamente gli obblighi di sicurezza del datore di lavoro o, viceversa, costituisca un obbligo ulteriore che si aggiunge alle normali garanzie contemplate dalla disciplina vigente in questa materia.

³¹⁸ Sul punto cfr. Allamprese A., Pascucci F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, 307 ss. (in part. 311-312), secondo cui «l'uso di tecnologie digitali e piattaforme *online*, se da un lato apre (appunto) nuove possibilità nella gestione dell'intreccio tra tempi di vita lavorativa e tempi di vita privata/familiare, dall'altro, può comportare l'emergere di nuovi rischi (fisici e psico-sociali) per la salute e sicurezza sul lavoro, sotto il profilo dell'intensificazione dei ritmi e della dilatazione dei tempi di lavoro, dello *stress* da sovraccarico di informazioni da gestire ed elaborare, dell'isolamento, dei problemi dovuti a cattive posture e degli effetti sul fisico dell'uso continuo delle tecnologie».

³¹⁹ Cfr. Linee Guida in materia di lavoro agile nel settore pubblico adottate con la Direttiva n. 3/2017 del 1° giugno 2017, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in www.funzionepubblica.gov.it, p. 26. Su cui Iovino I., *Lavoro Agile: le Linee Guida*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2017, 467.

La prima interpretazione, che apparirebbe più aderente con il dato normativo, poiché sembrerebbe che l'informativa debba essere consegnata proprio al fine di garantire la salute e sicurezza, pare scontrarsi tuttavia con almeno due ostacoli.

Un primo ostacolo – sia pure debole – risiede nei lavori preparatori della legge n. 81, poiché proprio in tale fase erano state proposte alcune modifiche che andavano espressamente in questa direzione, ma sono state bocciate, da ciò potendosi desumere, *a contrario*, una diversa volontà del legislatore³²⁰.

Il secondo ostacolo – ben più pregnante – consiste nel fatto che una simile interpretazione rischia di scontrarsi apertamente, in primo luogo con i principi di origine europea (i quali imporrebbero di incrementare le tutele e non di ridurle per le modalità di lavoro flessibile), in secondo luogo con le norme costituzionali che assegnano una primazia alla tutela della salute e sicurezza che non potrebbe – almeno in teoria pur potendosi cogliere qualche indicazione contrastante nella giurisprudenza della Corte costituzionale (ad esempio sul noto caso Ilva)³²¹ – essere mai sacrificata al perseguimento di valori – pur meritevoli di tutela – quali la competitività delle imprese, la conciliazione dei tempi di vita e lavoro o la tutela dell'occupazione³²².

Senza considerare che tale interpretazione introdurrebbe un assetto di tutele fortemente irragionevole e squilibrato, giacché assegnerebbe al lavoratore agile – che è un lavoratore subordinato – tutele preventive inferiori rispetto non solo ai lavoratori parasubordinati, ma addirittura ai lavoratori autonomi³²³.

³²⁰ Per quanto i lavori preparatori non siano del tutto univoci in questo senso, cfr. Guariniello R., *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in DPL, 2017, 2007 ss.

³²¹ Corte cost., 9.5.2013, n. 85. Sul punto v. Pascucci P., *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *Work. Pap. Olympus*, 27/2013.

³²² Cfr., già, Montuschi L., *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, 503 secondo il quale alla tutela della persona del lavoratore va riconosciuto un «primato sulla libertà d'impresa», di modo che sia «l'organizzazione dei mezzi produttivi a dover essere calibrata e costruita a misura dell'uomo, e non viceversa».

³²³ I quali vedono applicarsi la scarna previsione dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/2008 qualora svolgano attività esterna e la ben più pregnante disciplina dell'art. 26 qualora svolgano attività interna a locali controllati dal committente, nonché il Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008 qualora svolgano la propria prestazione nel contesto di un cantiere temporaneo o mobile.

8.2. La tesi proposta: informativa in materia di rischi come obbligo aggiuntivo.

Conseguentemente, non si può non considerare l'obbligo di consegna dell'informativa come un obbligo aggiuntivo che potrebbe al più coprire, parzialmente o integralmente, l'obbligo di informazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 81/2008³²⁴.

Peraltro, non vi è dubbio sul fatto che lavoratore agile si inserisca a pieno titolo nelle larghe maglie della definizione di lavoratore contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 81/2008 e, dunque, deve essere necessariamente destinatario delle tutele da ciò derivanti.

9. L'individuazione degli ulteriori obblighi in materia di salute e sicurezza.

Una volta appurato che l'informativa si aggiunge ai tradizionali obblighi di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008 occorre stabilire quali siano tali obblighi ulteriori.

9.1. La tesi del lavoro agile come telelavoro o lavoro a distanza.

Laddove si ritenesse che il lavoro agile – come pure sostiene autorevole dottrina³²⁵ – non sia altro che una variante o una sottospecie del telelavoro il problema sarebbe presto risolto, giacché come è noto il comma 10 dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2008 dedica un'apposita disciplina preventiva per questa tipologia di lavoro³²⁶.

³²⁴ In tal senso cfr. Pascucci P., *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras, 2017, 69 secondo cui «un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma contenuta nell'art. 22, co. 1, della l. n. 81/2017, quindi, deve necessariamente condurre ad interpretare tale norma come se fosse scritta nei seguenti termini: il datore di lavoro *intanto* "garantisce la salute e la sicurezza" del lavoratore agile, secondo la disciplina generale in materia, e a tal fine consegna *anche* un'informativa scritta sui rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di prestazione lavorativa resa in modalità agile».

³²⁵ Cfr. Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 2 ss. secondo cui «l'interprete si confronta con il dubbio che con nuove parole si stia vestendo null'altro che un sotto-insieme di *species* riconducibili al *genus* telelavoro»; tesi condivisa da Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 335/2017, 9 (nota 26) 17 ss. Allamprese A., Pascucci F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, 316 ritengono, invece, che lavoro agile e telelavoro pur non coincidendo rientrano nella più ampia categoria del lavoro a distanza di cui all'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008.

³²⁶ Sul tema si rimanda, *amplius*, ad Antonucci A., Lepore M. (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, in *Dossier Adapt*, 2009, 15; Antonucci A., *Lavoro a domicilio e telelavoro*, in Tiraboschi, 415 ss.

Anzi, a ben vedere, il comma 10 prevede una disciplina preventiva per una fattispecie ben più ampia del telelavoro, visto che si applica a tutti quei lavoratori subordinati che effettuino una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, compreso, tra gli altri, il telelavoratore, tanto nel settore privato, quanto nel settore pubblico.

9.2. La disciplina preventiva del lavoro a distanza.

In questo caso si applicano anzitutto le disposizioni in materia di videoterminali (Titolo VII) e quelle in materia di attrezzature fornite dal datore di lavoro, che devono essere conformi al Titolo IX del d.lgs. n. 81/2008. I lavoratori a distanza devono essere poi informati circa le politiche aziendali in materia prevenzionale, sempre con particolare riferimento ai videoterminali.

Inoltre, al fine di verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso, con preavviso, o consenso in caso di domicilio, al luogo in cui viene svolto il lavoro. Il lavoratore a distanza può chiedere ispezioni. Il datore di lavoro garantisce inoltre l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda.

9.3. Critica alla tesi del lavoro agile come variante del lavoro a distanza.

Da ciò emerge come questa disciplina del lavoro a distanza sia centrata su una prestazione lavorativa che ha perlomeno due elementi che valgono a differenziarla dal lavoro agile: a) la necessità che la prestazione sia svolta continuativamente a distanza (dunque seppure non esclusivamente, con un grado di prevalenza abbastanza marcato); b) la necessità, e non l'eventualità, di un collegamento informatico o telematico³²⁷.

Pertanto, sembra che tale disciplina non possa coprire tutte le variegate modalità con le quali potrebbe atteggiarsi il lavoro agile.

Del resto, le stesse previsioni dell'art. 3, comma 10 del d.lgs. n. 81/2008 paiono presupporre, a differenza di quel che dovrebbe avvenire nel

³²⁷ *Contra* Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 4 ad avviso del quale sarebbe superabile anzitutto «l'equivoco che il telelavoro presupponga una postazione fissa mentre il lavoro agile la variabilità del luogo di lavoro e la portabilità dello strumento informatico».

lavoro agile, un contatto assai sporadico tra lavoratore a distanza e sede aziendale. Solo in questo senso può ragionevolmente spiegarsi la necessità di adottare misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza o a favorire la sua socializzazione rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, oppure ancora a fornirgli informazioni sulle politiche aziendali in materia di salute e sicurezza³²⁸. Allo stesso modo, il potere di accesso nel luogo di esecuzione della prestazione di lavoro a distanza, riconosciuto al datore di lavoro al fine di esercitare un controllo in materia di salute e sicurezza (art. 3, comma 10 del d.lgs. n. 81/2008), presuppone necessariamente la preventiva conoscenza del luogo di svolgimento della prestazione da parte del datore di lavoro stesso, circostanza che, invece, non è sempre ipotizzabile nel lavoro agile.

10. La modulazione dell'obbligo di sicurezza.

Allora ad una mutabilità della prestazione, svolta in parte all'interno e in parte all'esterno dell'azienda senza precisi vincoli di tempo o di luogo, deve corrispondere una mutazione – e, dunque, ad una corrispondente modulazione – dell'obbligo preventivo.

10.1. Gli obblighi preventivi per le prestazioni svolte all'interno dell'azienda.

Anzitutto, per le porzioni di prestazione che si svolgano in modalità tradizionale o agile all'interno dei locali aziendali non vi è ragione alcuna per garantire al lavoratore agile una tutela diversa o inferiore rispetto agli altri lavoratori. Altrimenti al lavoratore agile interno, che è un lavoratore subordinato, verrebbe garantita una tutela deteriore rispetto al lavoratore parasubordinato interno³²⁹.

Tale parità di condizione, potrebbe per certi versi essere anche confermata dalla stessa disciplina in materia di lavoro agile, dal momento in cui assicura al lavoratore, ai sensi dell'art. 20 l. n. 81/2017, non solo un trattamento economico ma anche un trattamento normativo (sia pure in virtù dei contratti collettivi e non, a rigore, della legge) complessivamente non inferiore rispetto ai lavoratori "tradizionali" che svolgono le medesime mansioni.

³²⁸ Così Pascucci P., *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro: il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs Act*, Fano, Aras, 2017, 70

³²⁹ Il quale ex art. 3, comma 7 del d.lgs. n. 81/2008 si vede applicare integralmente la disciplina preventiva, cfr. *supra*.

10.2. Gli obblighi preventivi per le porzioni di prestazione svolte all'esterno dell'azienda.

Per le porzioni di prestazione che si svolgano all'esterno non si può in radice escludere che, qualora ne ricorrano i presupposti, possa trovare applicazione, in via diretta o analogica, la disciplina di cui all'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008 sul lavoro a distanza.

Questa normativa, come accennato, risulta essere tuttavia di difficile applicazione, specialmente nei casi in cui il datore di lavoro non conosca preventivamente il luogo di svolgimento della prestazione di lavoro agile.

10.3. Gli obblighi preventivi minimi in assenza di postazione fissa e non comunicata.

In tali ultimi casi, o comunque quando non ricorrano gli estremi del lavoro a distanza, restano salvi – oltre all'informativa annuale di cui all'art. 22, comma 1, l. n. 81/2017 e alla adeguata valutazione, all'interno del relativo documento di valutazione, dei rischi connessi al lavoro agile – perlomeno due ulteriori obblighi preventivi.

In primo luogo, gli obblighi formativi di cui all'art. 37 d.lgs. n. 81/2008, quantomeno in virtù del fatto che il lavoratore agile svolgerà parte della prestazione interna all'azienda, in relazione alla quale sarà comunque necessario garantire la formazione, perlomeno generale. Ma anche perché la formazione non potrà ritenersi adeguata ai sensi dell'art. 37, d.lgs. n. 81/2008 se non tenga conto anche dei rischi, conosciuti e oggetto di valutazione (videoterminale, postura, etc.), in cui il lavoratore agile possa incorrere nelle porzioni di prestazione lavorativa esterne all'azienda.

In secondo luogo, andranno rispettati gli obblighi che impongono la conformità alla normativa preventiva, contemplata dal decreto n. 81/2008, degli strumenti, delle attrezzature, dei dispositivi (aggiungerei dei materiali e delle sostanze) eventualmente forniti o consegnati al lavoratore dal datore di lavoro³³⁰.

³³⁰ In tal senso cfr. anche Circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017 avente ad oggetto "Lavoro agile. Legge 22 maggio 2017, n. 81, articoli 18-23. Obbligo assicurativo e classificazione tariffaria, retribuzione imponibile, tutela assicurativa, tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Istruzioni operative", secondo cui «il datore di lavoro deve fornire al lavoratore un'adeguata informativa circa il corretto utilizzo delle attrezzature/apparecchiature eventualmente messe a disposizione nello svolgimento della prestazione in modalità di lavoro agile, assicurandosi che detti strumenti siano conformi al titolo III del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81 e successive modificazioni, nonché alle specifiche disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle direttive comunitarie di prodotto, facendosi carico di garantire nel tempo la permanenza dei requisiti di sicurezza con un'adeguata manutenzione».

Ciò, non solo perché ai sensi dell'art. 18, comma 2, l. n. 81/2017 il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Ma anche perché obblighi simili sono imposti dalla normativa preventiva già nei confronti di progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori, e più in generale chiunque contribuisca alla circolazione delle attrezzature e dei macchinari (art. 21 e ss. d.lgs. n. 81/2008³³¹) e sarebbe ben singolare escluderne il datore di lavoro che consegni strumentazione ad un proprio dipendente, quale il lavoratore agile.

In prospettiva analoga, del resto, si muovono anche le Linee Guida adottate in materia di lavoro agile nel settore pubblico³³².

11. La cooperazione richiesta al lavoratore agile per il lavoro svolto fuori dall'azienda.

Il secondo comma dell'art. 22, l. n. 81/2017 poi prevede che il lavoratore agile sia tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali.

Appare evidente che, con un richiamo improprio alla cooperazione conosciuta nei rapporti tra committente e appaltatore³³³ (peraltro in locali di pertinenza del committente), si fa riferimento, per le sole porzioni di prestazione svolte all'esterno dei locali aziendali, ad un obbligo del lavoratore più intenso (anche se non penalmente sanzionato) rispetto a quello già abbastanza vasto previsto in linea generale dall'art. 20 de d.lgs. n. 81/2008, il quale probabilmente dovrà considerarsi – laddove compatibile con prestazioni svolte in contesti extra-aziendali – compreso all'interno del primo.

12. La responsabilità del datore di lavoro per le prestazioni extra-aziendali.

La suddetta previsione, da un lato, conferma l'idea sin qui sostenuta secondo cui l'obbligo di sicurezza nel lavoro agile assume una diversa conformazione a seconda che la prestazione sia svolta all'interno o all'esterno dell'azienda; dall'altro lato, ci segnala che al di fuori dal contesto aziendale il confine tra obblighi/responsabilità del lavoratore e

³³¹ Sul punto sia consentito rinviare a Delogu A., *Ruoli e responsabilità: progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori*, in *AmbSL*, 2015, 36 ss.

³³² Adottate con la Direttiva n. 3/2017 del 1° giugno 2017, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 26 ss., secondo cui oltre all'informativa periodica il datore di lavoro somministra adeguata formazione al lavoratore agile e gli consegna attrezzature e strumenti conformi alla normativa di legge.

³³³ Cfr. art. 26, d.lgs. n. 81/2008.

obblighi/responsabilità del datore di lavoro sarà segnato in virtù di un'altra norma dettata in materia di lavoro agile.

Vale a dire l'art. 21, l. n. 81/2017 in tema di potere di controllo e potere disciplinare (che non a caso, ancora una volta, si riferisce solo alla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali).

Sarà, infatti, l'intensità del potere di controllo e disciplinare che il datore di lavoro si riserva nel patto individuale di lavoro agile per le prestazioni extra-aziendali a definire l'ampiezza della responsabilità preventiva del datore di lavoro in relazione ad esse. In altri termini, più ampi saranno i poteri esercitati, più vasta sarà la responsabilità assunta, giacché in questa materia, tanto la giurisprudenza comunitaria quanto quella interna, hanno affermato a chiare lettere che non sono ammissibili ipotesi di responsabilità oggettiva³³⁴. Pertanto, laddove i suddetti poteri datoriali risultino fortemente limitati, o qualora il datore di lavoro non conosca preventivamente il luogo di esecuzione della prestazione di lavoro agile, è evidente che la sua responsabilità a titolo di *culpa in vigilando* inevitabilmente si assottiglierà in maniera sensibile.

13. La tutela contro gli infortuni e le malattie professionali e l'infortunio in itinere.

Un'ultima brevissima notazione sulla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali. Come è noto l'art. 23, della l. n. 81/2017 riconosce infine – e non poteva essere altrimenti stante il principio di non discriminazione – il diritto del lavoratore agile alla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, anche per i rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali. E, tal proposito, si prevede espressamente anche la copertura dell'infortunio in itinere, ossia quello occorso «durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali».

È evidente che la preventiva definizione del luogo di erogazione della prestazione agile sarà determinante per il riconoscimento di tale copertura³³⁵.

³³⁴ Sul si rimanda ai riferimenti già citati da Lanotte M., *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *DRI*, 2002, 142-143, il quale rileva come, tuttavia, la giurisprudenza non abbia sempre rispettato rigorosamente i principi formalmente dichiarati, giungendo a configurare una sorta di ipotesi di responsabilità oggettiva attenuata. Per il profilo europeo si v. Corte Giust. UE 14.6.2007, n. 127, C 125/2005, in *RIDL*, 2008, 12, con nota di Bonardi O.

³³⁵ Così Frediani M., *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in *LG*, 2017, 630.

Ciò, da un lato, potrebbe indurre a ritenere che saranno rare le occasioni in cui il luogo di svolgimento della prestazione extra-aziendale non sia preventivamente conosciuto dal datore di lavoro. E, dall'altro lato, potrebbe ragionevolmente far dubitare che simile tutela assicurativa spetti ove il lavoratore abbia scelto di svolgere il lavoro in modalità agile presso la propria abitazione.

Per gli aspetti legati all'obbligo assicurativo, alla classificazione tariffaria nonché alla retribuzione imponibile, invece, ci si limita a rimandare alle indicazioni operative e ai chiarimenti forniti dall'INAIL³³⁶.

³³⁶ Circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017, citata.

INTERVENTI

Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti^α

Domenico Mezzacapo^{αα}

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le finalità delle disposizioni e il carattere promozionale e non imperativo della legge n. 81/2017. – 3. La natura del lavoro agile “promosso” e i suoi elementi indefettibili. – 4. Gli elementi eventuali non essenziali ai fini dell’integrazione della fattispecie. – 5. La prestazione lavorativa eseguita all’esterno: l’assenza di vincoli di orario e il problema della durata massima dell’orario di lavoro. – 6. I limiti alla precisazione di vincoli di luogo. – 7. Il patto di lavoro agile e i poteri datoriali (direttivo, di controllo, disciplinare). – 8. Il recesso dall’accordo di lavoro agile e le conseguenze sulla continuazione del rapporto di lavoro. – 9. Gli obblighi di sicurezza. – 10. Gli effetti collegati alla finalità promozionale: gli incentivi fiscali e la parità di trattamento.

1. Premessa.

Le disposizioni in materia di lavoro agile introdotte dalla legge n. 81/2017 sono già oggetto di molteplici interpretazioni in dottrina: il seminario “Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale” organizzato dal neo-costituito Gruppo Giovani Giuslavoristi SAPIENZA mette opportunamente in evidenza, nelle varie relazioni, molte delle principali questioni oggetto di dibattito. Agli organizzatori, pertanto, vanno

^α Lo scritto riproduce, con alcuni adattamenti, l’intervento di saluto effettuato dall’A. in occasione del convegno “Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi” organizzato dal Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza presso Sapienza Università di Roma il 18 ottobre 2017

^{αα} Associato di Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma.

i miei complimenti per questa brillante iniziativa "inaugurale" e il mio sincero "in bocca al lupo" per tutte le loro attività future.

Lasciando ai contributi dei singoli relatori l'analisi compiuta delle varie problematiche, in questa sede mi limiterò a porre qualche interrogativo e ad effettuare qualche minima annotazione a margine, senza alcuna pretesa di completezza, certo che le varie relazioni qui raccolte forniranno ulteriori spunti di riflessione.

2. Le finalità delle disposizioni e il carattere promozionale e non imperativo della legge n. 81/2017.

In primo luogo, credo sia opportuno sottolineare che la legge n. 81/2017 non ha introdotto una nuova tipologia contrattuale: modalità agili di esecuzione della prestazione lavorativa (cd. *Smart working*) erano già praticate in determinate realtà aziendali, anche sulla base di accordi collettivi, senza che si registrassero particolari necessità di un intervento legislativo.

Occorre interrogarsi, allora, sulle finalità delle nuove disposizioni: la legge intende realizzare una disciplina imperativa del lavoro agile, riconducendo tale modalità di esecuzione del lavoro subordinato nell'ambito di un unico schema ritenuto meritevole di tutela, oppure l'intento del legislatore è meramente promozionale di una particolare forma di lavoro agile, senza per questo voler decretare l'illegittimità di eventuali forme diverse?

La risposta a questo interrogativo è suscettibile di influenzare molte delle scelte ermeneutiche che l'interprete sarà chiamato ad operare.

A mio avviso l'intento del legislatore è meramente promozionale: tale intento è dichiarato espressamente nell'*incipit* dell'art. 19, laddove si afferma che le nuove disposizioni allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile che presenta determinate caratteristiche.

Un ulteriore argomento a sostegno di questa tesi può essere rinvenuto nell'art. 20, comma 2, laddove si fa riferimento al "lavoratore impiegato in forme di lavoro agile ai sensi del presente capo", come a dire che possono esistere anche forme di lavoro agile con caratteristiche diverse da quelle delineate dalla legge n. 81/2017.

Ne derivano due conseguenze:

a) eventuali forme di lavoro agile diverse da quelle tratteggiate dalla legge n. 81/2017 a fini promozionali non possono essere considerate illegittime per violazione della legge n. 81/2017: la loro eventuale illegittimità deve essere valutata alla luce delle norme generali di legge e delle eventuali clausole dei contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro interessati.

Questa conclusione è importante nel caso in cui si valuti la possibilità di continuare ad avvalersi di forme di lavoro agile già praticate prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni e magari non perfettamente coincidenti con quelle dalle stesse delineate;

b) le suddette eventuali forme di lavoro agile pre-esistenti all'entrata in vigore delle nuove disposizioni e non in contrasto con altre norme di legge clausole dei contratti collettivi potranno continuare ad essere praticate: l'unica conseguenza della loro non conformità al modello incentivato sarà il mancato godimento degli incentivi che la legge n. 81/2017 riconosce.

Si tratta di capire, allora, in che cosa consista il lavoro agile promosso e quali siano gli effetti promozionali.

3. La natura del lavoro agile "promosso" e i suoi elementi indefettibili.

Il lavoro agile oggetto di promozione da parte della legge n. 81/2017 è espressamente qualificato come modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato con determinate caratteristiche. La legge elenca diversi elementi ma a ben vedere si tratta di un intervento definitorio piuttosto leggero: solo pochi degli elementi indicati sono necessari.

A ben vedere quel che è indispensabile è che:

a) il lavoro agile sia stabilito mediante accordo tra le parti (patto di lavoro agile), con determinati requisiti di forma e contenuto (vedi, infra, par. 7);

b) la prestazione lavorativa sia eseguita in parte all'esterno dei locali aziendali, senza una postazione fissa...;

d) ... ed entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Inoltre, seppur implicitamente, ulteriori caratteristiche indefettibili del lavoro agile oggetto di promozione sembrano poter essere ricavate dalle finalità delle nuove disposizioni: la legge, infatti, tempera le esigenze di produttività con quelle di conciliazione dei tempi vita/lavoro.

Ciò significa, da un lato, che il lavoro agile concretamente potrà attecchire solo nei contesti in cui la prestazione lavorativa è suscettibile di essere resa comunque produttivamente o addirittura più produttivamente in modalità agile ma che, allo stesso tempo, appaiono incompatibili con l'agilità oggetto di promozione eventuali limitazioni incompatibili con la conciliazione dei tempi vita/lavoro.

4. Gli elementi eventuali non essenziali ai fini dell'integrazione della fattispecie.

Del tutto eventuali sono, invece, altri dei tratti caratterizzanti pure evidenziati dalle nuove disposizioni:

- a) forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi;
- b) l'assenza di precisi vincoli di orario (vedremo che vincoli di orario sono compatibili con l'agilità della prestazione);
- d) l'assenza di precisi vincoli di luogo (lo stesso dicasi, anche se forse in minor misura, per eventuali vincoli di luogo);
- e) utilizzo di strumenti tecnologici.

Questi elementi possono esservi o non esservi: in particolare, l'espressione "senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro" non può essere intesa nel senso che il luogo e l'orario debbano rimanere necessariamente ed indefettibilmente imprecisati: essa va collegata all'"anche" che apre il periodo in cui è inserita e, dunque, sembra potersi leggere "anche senza precisi vincoli" e, quindi, diverso, con "anche con precisi vincoli", nei limiti che diremo.

5. La prestazione lavorativa eseguita all'esterno: l'assenza di vincoli di orario e il problema della durata massima dell'orario di lavoro.

Ma allora precisi vincoli di orario potrebbero essere anche previsti?

Occorre domandarsi se la mancata precisazione dei vincoli di orario si riferisca indefettibilmente alla collocazione temporale o possa spingersi anche alla durata della prestazione lavorativa.

Semplificando al massimo, se si prevede una giornata di lavoro agile e la giornata lavorativa è pari a 7 ore di lavoro, nella giornata di lavoro agile il lavoratore deve comunque lavorare 7 ore, ma diversamente da quanto avviene in ufficio può articolare liberamente i tempi di lavoro, non essendo assoggettato ad un orario predeterminato, o può lavorare anche un numero di ore diverso, maggiore o minore, rimesso alla sua autonoma determinazione, potendo essere imprecisata la durata della prestazione?

In via di prima approssimazione, qualche vincolo riferito all'orario sembra doversi necessariamente prevedere, se non altro per la necessità di rispettare comunque i limiti di durata massima giornalieri e settimanali.

Tali limiti sono riferiti alla durata complessiva della prestazione, sia quella interna che quella esterna. La prestazione interna e quella esterna, in altri termini, si influenzano e si limitano vicendevolmente quanto ai tempi perché condividono rispettivamente e in modo complementare gli stessi limiti di durata massima complessiva.

Il datore di lavoro, allora, deve necessariamente sapere quante ore di lavoro agile ha lavorato il prestatore all'esterno per poter articolare di conseguenza i tempi di lavoro anche all'interno. Banalizzando al massimo, se il prestatore di lavoro intendesse richiedere determinate prestazioni di lavoro straordinario in azienda in periodi in cui la prestazione viene svolta in parte all'esterno in modalità agile, deve esserci un modo per contabilizzare le ore di lavoro agile già effettuate ai fini del rispetto dei limiti di durata massima e, conseguentemente, della esigibilità dello straordinario. Ma allora le ore di lavoro agile finiscono per essere "precisate" in qualche modo *ex ante*, o *ex post*.

Nelle realtà in cui il lavoro agile è praticato, del resto, solitamente la prestazione esterna è collocata in giornate intere o mezze giornate per le ore di lavoro corrispondenti. Le ore sono predeterminate e non possono essere variate dal lavoratore, come, pure, non è possibile ricorrere nella giornata di lavoro agile a prestazioni di lavoro straordinario o a permessi, proprio per far sì che la mancata precisazione della durata della prestazione agile incida anche sulla durata di quella interna, sottraendola al potere organizzativo del datore di lavoro.

Con ciò non si vuole oltranzisticamente negare che la prestazione di lavoro agile possa essere del tutto svincolata da precisi vincoli di orario non solo nell'articolazione ma anche nella durata. Soluzioni al problema del rispetto dei limiti di durata massima potrebbero comunque essere prospettate nei termini in cui la contabilizzazione in tempo reale delle ore di lavoro agile possa essere assicurata magari attraverso strumenti di registrazione a distanza della presenza in servizio, seppur in modalità agile, con quantificazione dei tempi di lavoro, ma in questi casi si deve ammettere che le scelte del lavoratore incidano poi anche sull'orario osservato per l'esecuzione della prestazione in azienda anche a scapito del potere organizzativo del datore di lavoro.

In ogni modo, la realtà dimostra, più semplicemente, che le ore di lavoro agile sono solitamente predeterminate *ex ante* sulla base del normale orario di lavoro³³⁷.

L'agilità si sostanzia nella possibilità per il lavoratore di scegliere liberamente la collocazione temporale della prestazione agile, alternando tempi di lavoro e di non lavoro in un arco temporale predeterminato, diversamente da quanto avviene per la prestazione svolta all'interno dell'azienda.

³³⁷ L'eventuale assoluta indeterminazione dei tempi di lavoro porrebbe poi un problema di coordinamento con quanto previsto dall'art. 17, comma 5 del d. lgs. N. 66/2003. Detto problema potrebbe essere forse risolto "a monte" ritenendo che la disposizione della legge n. 81/2017 che impone il rispetto dei limiti "incorporati" anche le deroghe poste dalla disciplina specifica che quegli stessi limiti pone.

Si potrebbe obiettare, inoltre, che l'eventuale precisazione di vincoli di orario troverebbe comunque un limite nella impossibilità di contraddire la natura agile della prestazione lavorativa negando ogni possibilità di conciliare i tempi vita/lavoro.

L'obiezione potrebbe però essere stemperata se si considera che, soprattutto nelle grandi città, già il solo risparmio di tempo dovuto all'eliminazione del tragitto casa/lavoro può avere un notevole impatto sul tempo libero guadagnato dal lavoratore per le proprie esigenze di vita.

Senza contare che per il datore di lavoro il fatto che il lavoratore inizi a lavorare riposato e non consumato magari da un lungo tragitto per recarsi al lavoro, magari nel traffico o con mezzi pubblici affollati, potrebbe incidere sensibilmente sulla produttività della prestazione.

In conclusione, non sembra potersi escludersi che sia ancora compatibile con l'agilità della prestazione addirittura la previsione dello stesso orario di lavoro previsto per la prestazione all'interno dell'azienda, senza alcuna possibilità di collocazione temporale delle ore dovute.

6. I limiti alla precisazione di vincoli di luogo.

L'assenza di precisi vincoli di luogo è senza dubbio il requisito che, unitamente al fatto che parte della prestazione deve essere necessariamente svolta al di fuori dei locali aziendali senza una postazione fissa, sembra connotare maggiormente il lavoro agile.

Analogamente a quanto osservato per il tempo di lavoro, i vincoli di luogo possono rimanere imprecisati ma possono anche essere maggiormente precisati (*anche senza ...quindi anche con*).

È con riferimento ai vincoli di luogo, però, che la natura agile della prestazione sembra operare i limiti maggiori.

Ad esempio, può essere di interesse dell'impresa precisare i vincoli di luogo, imponendo che la prestazione debba essere svolta non oltre una certa distanza dalla sede di lavoro, oppure in luoghi che presentino determinate caratteristiche di connettività a banda larga o di copertura *gsm...* c'è da chiedersi fino a che punto detti vincoli possano stringersi... si potrebbe prevedere, ad esempio, che il lavoratore possa eseguire la prestazione in modalità agile solo dal proprio domicilio?

Il limite ultimo sembra essere il divieto di postazione fissa che, a ben vedere, non coincide con la sede fissa. Si potrebbe ritenere, pertanto, ancora compatibili con la modalità agile anche la previsione dello svolgimento dell'attività esterna presso il domicilio del lavoratore se la natura dell'attività gli consente di poterla svolgere indifferentemente in ambienti diversi, ma siamo evidentemente al limite.

Quello che sembra indefettibile la possibilità del lavoratore di autodeterminare la variazione della postazione di lavoro anche in un

ambiente al limite più circoscritto e che tale ambiente sia sottratto alla disponibilità del datore di lavoro.

7. Il patto di lavoro agile e i poteri datoriali (direttivo, di controllo, disciplinare).

Il lavoro agile "promosso" dalla legge n. 81/2017 si instaura sulla base di un accordo individuale del quale sono indicati forma e contenuti.

Il patto di lavoro agile deve essere stipulato in forma scritta ai fini della regolarità amministrativa e della prova³³⁸, ma sono i contenuti che lo caratterizzano a sollevare alcune perplessità.

In particolare, l'accordo:

a) disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore;

b) disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali;

c) individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

Il riferimento alla disciplina negoziata della prestazione lavorativa svolta all'esterno, nonché ai poteri datoriali come oggetto di accordo porta ad interrogarsi sull'impatto delle nuove disposizioni sulla fattispecie "lavoro subordinato", rispetto alla quale il potere direttivo è un potere unilaterale e non un potere negoziato. Inoltre sebbene il lavoro agile sia una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, concordare le forme di esercizio del potere direttivo non appare troppo diverso dal concordare le modalità di coordinamento nell'ambito dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa³³⁹.

Occorre domandarsi, pertanto, se non sia possibile proporre interpretazioni che, in linea col carattere promozionale e non prescrittivo della legge n. 81/2017, possano limitare i rischi di destrutturazione delle tradizionali fattispecie.

Con riferimento al potere direttivo la lettera della legge offre l'appiglio ad un'interpretazione di minor impatto, volta a rilevare come oggetto dell'accordo non sia il contenuto del potere direttivo, quanto piuttosto le sole forme attraverso le quali detto potere si manifesta.

³³⁸ Lo stesso patto è oggetto delle comunicazioni previste dall'art. 23 della legge n. 81/2017.

³³⁹ G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile, il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 338; e cfr. anche Santoro-Passarelli G., *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 771 ss.

Sarà possibile ed anzi opportuno, pertanto, stabilire come il lavoratore agile possa ricevere le direttive, ad esempio, via sms, via email, via social network o con le forme più consone alla modalità agile della prestazione lavorativa.

Altra questione è l'esercizio del potere direttivo quanto ai suoi contenuti.

Occorre domandarsi, infatti, se anche per la prestazione agile resti immutato il potere direttivo del datore di lavoro quanto ai tempi e ai luoghi e cosa accada se l'esercizio del potere contraddica la natura agile della prestazione o se, piuttosto, l'accordo neutralizzi tale potere con riferimento alla prestazione esterna fino all'eventuale recesso dal patto di lavoro agile. In costanza di accordo di lavoro agile, infatti, l'eventuale esercizio del potere direttivo quanto ai tempi, ma soprattutto ai luoghi, potrebbe integrare un inadempimento del patto.

Quanto al potere disciplinare, si potrebbe paventare il rischio di una individualizzazione dei codici disciplinari *bypassando* i contratti collettivi nella misura in cui l'art. 21, comma 2, sembra rimettere alla competenza regolativa del patto di lavoro agile la predisposizione di codici disciplinari *ad hoc* per le prestazioni rese al di fuori dei locali aziendali.

Qui il dato letterale è più ambiguo ma il riferimento all'individuazione delle condotte potrebbe essere interpretato in modo più riduttivo e coerente con l'art. 7 Stat. lav. ritenendo che l'autonomia individuale possa appunto "individuare, nell'ambito delle condotte già previste dai contratti collettivi, quelle che possono dar luogo a sanzioni disciplinari anche all'esterno nell'ambito di una prestazione agile. Non si tratterebbe, dunque, della predisposizione di nuove condotte sanzionabili, ma nell'adattamento di quelle già previste ai contesti agili, anche in funzione di una maggiore certezza delle regole di comportamento.

Ad esempio, per limitarsi ad ipotesi spesso contemplate dai codici disciplinari, il patto di lavoro agile potrebbe chiarire in che termini possa configurarsi l'abbandono del posto di lavoro nel caso di prestazione svolta in un luogo imprecisato, o in quali ipotesi la mancata risposta ad una chiamata in regime di reperibilità possa integrare insubordinazione.

Per quanto attiene, infine, al potere di controllo, la lettera della legge rimette sì al patto individuale la disciplina dell'esercizio del suddetto potere quando abbia ad oggetto la prestazione resa all'esterno, ma sempre nel rispetto dell'art. 4. Stat. Lav.

Anche in questo caso, dunque, la competenza del patto potrà essere tutt'al più specificativa e di adattamento. Presumibilmente sempre nel patto di lavoro agile sarà integrata l'informativa di cui all'art. 4, comma 3, per quanto attiene gli eventuali controlli a distanza che possano investire l'attività resa all'esterno.

8. Il recesso dall'accordo di lavoro agile e le conseguenze sulla continuazione del rapporto di lavoro.

Dal patto di lavoro agile è possibile recedere alle condizioni stabilite dall'art. 19, comma 2, della legge n. 81/2017. Con preavviso, se il patto è a tempo indeterminato; senza preavviso, in presenza di un giustificato motivo; sempre in presenza di un giustificato motivo, prima della scadenza del termine, se il patto è a tempo determinato.

La disciplina, dunque, riecheggia quella del licenziamento, fatta eccezione per il mancato riferimento alla giusta causa e per il generico riferimento ad un giustificato motivo senza specificare se oggettivo o soggettivo.

C'è da chiedersi, pertanto, se, coerentemente con quanto affermato dall'art. 3 della legge n. 604/1966, il giustificato motivo di recesso dal patto di lavoro agile coincida con il giustificato motivo di licenziamento, tanto nella forma del notevole inadempimento, quanto nella forma delle esigenze tecnico-organizzative.

Si potrebbe osservare che probabilmente un notevole inadempimento del patto di lavoro agile rileverebbe autonomamente come giustificato motivo soggettivo di licenziamento, rendendo inutile la distinzione.

Viceversa, ragioni organizzative potrebbero in effetti comportare non la soppressione del posto di lavoro, ma della quota di prestazione resa all'esterno in modalità agile: in questa ipotesi al recesso dal patto di lavoro agile consegue il riespandersi dell'obbligo di eseguire l'intera prestazione lavorativa all'interno dell'azienda, secondo le modalità tradizionali non agili.

Sul versante del lavoratore, non è stata inserita una norma che vieti che il recesso dal patto di lavoro agile possa costituire un giustificato motivo di licenziamento.

C'è da chiedersi, pertanto, se l'azienda possa procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore non più agile a seguito del recesso di quest'ultimo dal patto di lavoro agile. La risposta sembra potere essere positiva, nei limiti in cui l'azienda riesca a dimostrare che il venir meno della natura agile della prestazione comporta una disfunzione organizzativa tale da costituire un autonomo giustificato motivo oggettivo di recesso dal rapporto di lavoro.

Ci si potrebbe anche domandare se il recesso dal patto di lavoro agile da parte dell'azienda possa costituire una giusta causa di dimissioni del lavoratore interessato a rendere la prestazione solo in modalità agile, analogamente a quanto previsto dall'art. 2112, comma 4, in caso di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro dopo il trasferimento di azienda.

9. Gli obblighi di sicurezza.

Molto si discute sugli obblighi di sicurezza di cui all'art. 22 della legge n. 81/2017, sottolineando come possa essere difficile per il datore di lavoro adempiere a detti obblighi se il luogo di lavoro è imprecisato.

La domanda è se la consegna dell'informativa scritta che individua i rischi generali e i rischi specifici connessi alla modalità agile di esecuzione del rapporto di lavoro esaurisca il contenuto dell'obbligo, come l'espressione "e a tal fine" sembra lasciar intendere, oppure se tale atto, indefettibile, non sia da solo sufficiente.

Occorre sottolineare, in ogni modo, che la posizione del datore di lavoro appare alleggerita dall'obbligo del lavoratore di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali.

In definitiva, tanto maggiore è il grado di precisazione del luogo, tanto meno esteso è il contenuto dell'obbligo di cooperazione e viceversa.

Non sembra, tuttavia, sufficiente acquisire dal lavoratore una autocertificazione in ordine alla idoneità dei luoghi in cui svolgerà la prestazione all'esterno dell'azienda, perché questo realizzerebbe di fatto una inversione dell'onere dal soggetto garante a quello destinatario della tutela, che finirebbe per garantire per se stesso.

10. Gli effetti collegati alla finalità promozionale: gli incentivi fiscali e la parità di trattamento.

Si è detto che la disciplina introdotta dalla legge n. 81/2017 è di carattere promozionale: dopo aver tratteggiato brevemente i tratti caratterizzanti del lavoro agile oggetto di promozione occorre allora chiudere il ragionamento e verificare quali siano gli effetti promozionali predisposti.

Gli effetti sembrano essere sostanzialmente due: gli incentivi fiscali, di cui all'art. 18, comma 4, da un lato, e la garanzia della parità di trattamento, prevista dall'art. 20, comma 1, dall'altro.

Attraverso il primo, il lavoro agile promosso dalle nuove disposizioni è reso appetibile per le imprese.

Ai sensi dell'art. 18, comma 4, gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile.

Volendo valorizzare fino in fondo la finalità della legge n. 81/2017 si potrebbe provare a sostenere che questa norma determini il riconoscimento automatico degli incentivi a prescindere dalla verificabilità

degli incrementi di produttività altrimenti richiesta, essendo stata quella valutazione operata *ex ante* dal legislatore. Il lavoro agile nella forma indicata dalla legge 81/2017, in altri termini, sarebbe considerato per legge idoneo a determinare incrementi di produttività effettivi, senza necessità di ulteriori dimostrazioni.

Sul versante del lavoratore, costituisce sicuramente un buon incentivo la garanzia della parità di trattamento di cui all'art. 20, comma 1, ai sensi del quale il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

Senza entrare in questa sede nel merito dei problemi che pure questa previsione solleva (è garantito un trattamento non inferiore a quello *complessivamente* applicato), soprattutto laddove la retribuzione fosse collegata effettivamente ad obiettivi e risultati essa potrebbe essere letta forse al rovescio, per evidenziare come con il lavoro agile sarà possibile guadagnare addirittura di più.

Ed, in effetti, nonostante il riferimento al trattamento *complessivamente* non inferiore, occorre domandarsi se la retribuzione possa essere commisurata esclusivamente ad obiettivi e risultati senza rischiare violazioni dell'art. 36 Cost. laddove detti obiettivi e risultati non fossero conseguiti, o se la prestazione esterna possa essere retribuita a cottimo.

Nel primo caso, la quota di retribuzione commisurata agli obiettivi dovrà considerarsi aggiuntiva, ma se come sembrano affermare le statistiche, il lavoro agile è effettivamente più produttivo, anche il trattamento economico corrispondente finirà presumibilmente per rivelarsi più cospicuo a parità di ore di lavoro.

Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile^α

Fabrizio Ferraro^{αα}

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una disciplina legale del lavoro agile. – 2. Il rilievo centrale dell'autonomia individuale. – 3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione. – 4. La disciplina dell'esecuzione anche con riguardo alle «forme di esercizio» del potere direttivo. – 5. Il potere direttivo nel lavoro agile e i mutamenti dell'impresa. – 6. La ricostruzione della fattispecie attraverso i requisiti dell'accordo. – 7. La disciplina delle modalità esecutive e delle «forme di esercizio» del potere direttivo. – 8. Possibili interferenze sistematiche nel dualismo tra autonomia e subordinazione. – 9. Incidenza del regime del recesso sull'assetto di interessi tipico. 10. Il significato della disciplina e i vantaggi per i contraenti

1. Le ragioni di una disciplina legale del lavoro agile.

La legge n. 81/2017 introduce agli artt. 18 e seguenti il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti».

L'istituto sembra incentivare il lavoro fuori dalle mura dell'azienda quando l'attività sia caratterizzata da autonomia decisionale del prestatore in relazione a tempi e luoghi di lavoro («anche ... senza vincoli di orario e di luogo»). Ciò che accade soprattutto allorché la prestazione possa o

^α Queste pagine riprendono e rielaborano un breve intervento tenuto a margine del Convegno GggS ("Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza) del 18 ottobre 2017, presso la Sapienza Università di Roma.

^{αα} Dottore di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Membro GggS.

debba svolgersi "a distanza", tramite l'uso di tecnologie di connessione e di lavoro, ovvero si integri in cicli o si misuri per obiettivi.

Non si può sottacere il fatto che il datore avrebbe potuto organizzare analoghe modalità *smart* del rapporto modellando la prestazione con i poteri, senza un accordo specifico. Viene allora naturale domandarsi per quale ragione il legislatore abbia introdotto un'apposita disciplina imperniata sull'accordo tra datore e lavoratore. Ritengo che alla base dell'impulso legislativo si collochino valutazioni di ordine principalmente sociologico ed economico.

In primo luogo, il titolare dell'organizzazione produttiva contemporanea, di fronte alle opportunità offerte dalle nuove tecnologie e metodologie organizzative, potrebbe temere prestazioni che sfuggano al proprio controllo in assenza di una piattaforma regolativa chiara. E, per non addentrarsi nel "ginepraio" del lavoro a distanza "fai-da-te" o regolato da accordi collettivi, preferisce ricorrere al lavoro coordinato.

In secondo luogo, l'istituto del tele-lavoro, che concorre oggi con il lavoro agile, ha mostrato con il tempo molti limiti operativi e non gode della fiducia degli operatori per i molti, forse troppi, interrogativi sul suo funzionamento e perché non esiste nel settore privato una disciplina uniforme.

In terzo luogo, gli interventi collettivi degli ultimi anni non hanno offerto tutte le soluzioni necessarie, né incoraggiato o assecondato processi di frammentazione organizzativa su larga scala, in grado di mediare in modo soddisfacente tra esigenze delle imprese e dei lavoratori.

Infine, il cosiddetto *work-life balance* costituisce nei moderni ordinamenti una tematica centrale e un'esigenza sempre più sentita. La valorizzazione delle tecnologie di comunicazione nel rapporto di lavoro (soprattutto pubblico) rappresenta un'occasione per sperimentare innovative tecniche di bilanciamento ad opera dell'autonomia individuale (v. oltre).

La legge in esame, rispondendo a esigenze socio-economiche preesistenti, non "istituisce" il lavoro agile bensì lo «promuove, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», come se la nozione di «lavoro agile», filtrata dalle multiformi realtà delle organizzazioni di lavoro dove era rimasta all'ombra del contratto di lavoro standard e dei suoi meccanismi di funzionamento, fosse stata trasferita intatta sul piano dell'ordinamento normativo al fine di distinguere quella modalità da altri fenomeni (lavoro a domicilio, tele-lavoro, etc) e, soprattutto, di potenziarla.

Sottesa all'intervento v'è, dunque, la convinzione che il lavoro "agile" deve essere collocato sul volano di una legge capace di valorizzarne le potenzialità insite, tradotte negli scopi prefigurati dall'art. 18 comma 1,

ovverosia l'incremento della competitività e della produttività nell'interesse dell'impresa – che costituisce a mio avviso la leva principale – e il migliore bilanciamento tra tempi di lavoro e di non lavoro.

Resta fermo che le finalità esplicitate dalla legge giustificano in senso politico il nuovo istituto e potrebbero orientare l'interpretazione di singole norme, ma non formano parte integrante della fattispecie.

2. Il rilievo centrale dell'autonomia individuale.

Il legislatore affida il raggiungimento degli scopi prefissati al primo comma dell'art. 18 a un accordo individuale capace di "normare" molteplici aspetti del rapporto di lavoro, incluso l'esercizio dei tipici poteri datoriali. Ciò rappresenta una rilevante novità di sistema.

La scelta del legislatore di regolare una "modalità lavorativa" con un patto individuale nell'alveo del rapporto di lavoro subordinato non è scontata e, al contrario, porta l'interprete a domandarsi se e come questa disciplina disarticoli o de-tipizzi il "normale" rapporto di lavoro ex art. 2094 c.c. In effetti, quando la legge parla di «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti» (art. 18 comma 1), utilizza un'espressione «sicuramente poco felice»³⁴⁰, poiché nel lavoro subordinato tradizionale il potere direttivo determina in senso unilaterale le modalità esecutive. Ci si deve chiedere, alla luce di ciò, se il patto possa impedire l'esercizio unilaterale del potere direttivo e, in caso affermativo, se tale circostanza impatti indirettamente sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. Per provare a fornire qualche utile indicazione, occorre per prima cosa scrutinare le norme che fanno riferimento all'accordo o alla prestazione che ne costituisce l'oggetto principale (v. par. succ.).

La nuova disciplina pone al centro l'autonomia individuale non solo nella scelta del tipo negoziale³⁴¹, ma nell'esercizio di un potere normativo, adottando una tecnica sensibile al bisogno di adeguare il grado di regolazione alle metamorfosi dei moduli organizzativi delle prestazioni di lavoro. La volontà delle parti non viene però costretta entro forme richieste per la validità dell'atto. La forma scritta è infatti *ad probationem tantum* e per la regolarità amministrativa.

³⁴⁰ Santoro-Passarelli G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile, il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 338; e cfr. anche Santoro-Passarelli G., *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, 771 ss.

³⁴¹ Decisivi nel dibattito gli apporti di Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989; Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989.

Non contribuisce invece ad articolare la fattispecie la contrattazione collettiva, che pure era stata protagonista a livello sia nazionale sia aziendale di alcuni "esperimenti" di *smart working* anticipatori della legge³⁴². Ciò non toglie che il contratto collettivo possa definire il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili, differenziandolo in senso migliorativo rispetto a quello complessivamente applicato agli altri (art. 20) ovvero regolando in modo alternativo alcuni istituti.

Il patto potrebbe essere stipulato sia al momento della nascita del rapporto di lavoro sia in un momento successivo, nel qual caso il datore di lavoro non condiziona il sorgere del rapporto all'accettazione della modalità agile e quindi dovrà "convincere" il lavoratore in altro modo. Non è escluso che sia il lavoratore a proporre la modalità agile rappresentando all'azienda reciproche convenienze.

La legge n. 81 prende sicuramente le distanze dal modello regolativo imperniato sulla norma inderogabile di legge e contratto collettivo³⁴³. Neppure aderisce, tuttavia, al modello alternativo della "derogabilità assistita" nel quale l'autonomia individuale può destrutturare le tutele se il lavoratore riceva un'effettiva assistenza³⁴⁴. Il lavoratore agile non riceve alcuna assistenza ma, nell'ottica offerta da questa legge, si confronta in modo teoricamente paritario con il datore di lavoro.

La disciplina del lavoro agile corrisponde pertanto a un terzo modello. In questa veste arricchisce un lento percorso di legittimazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro³⁴⁵. È una strada non ancora battuta³⁴⁶, e per questo disseminata di insidie e nuovi interrogativi.

3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione.

Per comprendere come si articoli la fattispecie generale della clausola di lavoro agile, è imprescindibile riflettere in prima istanza su orario di lavoro e luogo della prestazione, riferimenti questi che compaiono tanto al

³⁴² Cfr. i richiami in Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 335/2017, 4.

³⁴³ De Luca Tamajo, R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976; Cester, C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in GDLRI, 2008, 341 ss.; Novella, M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009.

³⁴⁴ Voza, R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007.

³⁴⁵ Alimenterebbe la tendenza verso «un diritto del lavoro meno eteronomo e meno collettivo o, se si preferisce, più autonomo e più individuale» (D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in DLRI, 455).

³⁴⁶ Romagnoli U., *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in PD, 1971, 531 ss. ivi 535, con riferimento alla natura contrattuale dei poteri, affermava in polemica con la tesi di Persiani (v.oltre) che la volontà del lavoratore è «base troppo fragile per poter sostenere l'autorità aziendale».

primo comma dell'art. 18, secondo periodo, che delinea le caratteristiche della prestazione lavorativa agile quanto all'art. 19, che prescrive i contenuti indispensabili del patto.

In via rappresentativa e non prescrittiva l'art. 18 conferma che la modalità agile ricorre «anche ... senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro». Quindi, se ne deduce, può essere vincolata sia nel tempo di lavoro sia nel luogo – con i limiti che vedremo – ancorché in modo “non preciso”, mentre l'accordo non potrà reintrodurre vincoli rigidi che privino il lavoratore di ogni facoltà di manovra se non voglia contraddire la *ratio* del nuovo istituto.

Per quanto riguarda il luogo, la prestazione di lavoro agile è svolta in parte all'interno – si presuppone quindi che l'impresa non sia del tutto smaterializzata – e in parte «all'esterno dei locali aziendali» e «senza una postazione fissa» (artt. 18 e 19, l. n. 81/2017). Tali requisiti sono indispensabili affinché si configuri la fattispecie e si producano gli effetti tipici di legge.

Lo si deduce innanzitutto dalla norma dell'art. 20 comma 1 che, quando dispone un divieto di trattamenti dispari, compara i lavoratori agili a quelli «che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda», presupponendo quindi che i lavoratori agili svolgano quelle stesse mansioni almeno in parte all'esterno dell'azienda³⁴⁷.

Inoltre nella necessaria collocazione fuori dall'azienda della prestazione e nella sua intrinseca mobilità va ricercata la ragione dell'introduzione di norme che onerano l'accordo del compito di adattare i poteri tipici al particolare contesto del lavoro *smart*, come l'art. 21 sul potere di controllo e sulle infrazioni disciplinari di fonte individuale³⁴⁸ e l'art. 22 sulla

³⁴⁷ Cfr. il contributo di Cairoli.

³⁴⁸ È fatto salvo l'art. 4, norma che già in linea generale – ma con maggiori criticità operative nel campo del lavoro agile – distingue in astratto tra strumenti di controllo (comma 1) e strumenti di lavoro (comma 2), per svincolare i secondi, funzionali all'organizzazione, dalla mediazione sindacale (cfr. Maresca A., *Controlli tecnologici e tutela del lavoratore nel nuovo art. 4 St. lav.*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, 2017, 1 ss.; e in questo volume, Bini). Su tale presupposto al contratto individuale è assegnato il compito di delimitare meglio l'esercizio del potere che resta quello tipico della fattispecie lavoro subordinato, ma calibrato sullo specifico strumento di lavoro. In questo caso l'accordo potrà incorporare sia l'informativa dovuta ex art. 4 comma 3, l. 300/1970, sia quella di sicurezza ex art. 22 della stessa l. 81/2017.

Per analoghe ragioni di adattamento la legge pretende che le parti aggiornino e individualizzino il codice disciplinare con riferimento esclusivo alla porzione di prestazione extra-aziendale, ai sensi dell'art. 21 comma 2, ma sempre nella cornice dell'art. 2106 c.c. e del codice disciplinare di fonte collettiva. Ricorda un “precedente” più ristretto negli effetti, ex art. 30 l. 183/2010, Pasquarella V., *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, in RIDL, 2017.

informativa speciale e sulla cooperazione rafforzata del lavoratore in materia di sicurezza³⁴⁹. Queste disposizioni sottintendono con ogni evidenza una prestazione che si connette alle infrastrutture dell'impresa in modo smaterializzato e che quindi esige la predisposizione specifica di regole operative e canali tecnici di collegamento.

Per "assenza di una postazione fissa" di lavoro deve intendersi a mio avviso, con approccio sostanziale, l'insussistenza di un obbligo del lavoratore di non "sottrarsi" alla collocazione statica assegnata dal datore di lavoro. Non v'è postazione fissa, quindi, se il luogo ove la prestazione si esegue è statico ma scelto autonomamente dal prestatore. Parimenti il patto potrebbe prevedere che la prestazione "esterna" si svolga in diversi luoghi o in un determinato ambito geografico sempre a scelta del prestatore di lavoro, ma non anche in uno o più singoli luoghi appositamente attrezzati dal datore di lavoro pur al di fuori dei locali aziendali.

L'agilità può riguardare poi l'orario di lavoro. Ai sensi dell'art. 18 comma 1, la prestazione "regolata" dall'accordo deve essere eseguita «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale» stabiliti dalle fonti sovraordinate al contratto individuale, contratto collettivo e legge³⁵⁰. Le previsioni relative all'eventuale collocazione oraria o ai giorni di lavoro sono rimesse nel contenuto alle parti.

Confluiscono poi nel patto altri profili di disciplina che testimoniano la ricerca di un difficile equilibrio nell'etero-determinazione dei contenuti di una prestazione che sfugge al rapporto diretto delle relazioni individuali dentro l'azienda e, anche per questo, è osservata dal datore nella sua "obiettività" nel senso che diviene più "calcolabile"; di qui il richiamo alle «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» e la possibilità che nel prisma del lavoro agile si consacrino l'istituto dello scarso rendimento³⁵¹.

Si deve considerare anche che la distanza geografica dall'azienda del prestatore agile rende, più che «possibile», quasi inevitabile l'adozione degli strumenti tecnologici di lavoro che assicurino la connessione all'organizzazione datoriale. Se presenti, debbono essere previsti dal patto (art. 19), sia che si tratti di strumenti dati in dotazione dal datore di lavoro, sia che siano mezzi di proprietà del lavoratore sui quali siano però installati applicativi dell'impresa o penda un vincolo di destinazione d'uso. Nelle regole inerenti agli strumenti di lavoro tecnologici è insito il riferimento alla

³⁴⁹ Su cui si rinvia a Delogu.

³⁵⁰ Cfr. d.lgs. 66/2003.

³⁵¹ Si legga, per questo collegamento, il contributo di Cuttone.

regolazione dell'esercizio del potere di controllo, che implica una dettagliata informativa privacy, e alla informativa di sicurezza.

Perseguono sempre una funzione di adattamento le norme che delegano le parti dell'accordo alla individuazione dei tempi di riposo del lavoratore – ciò che potrebbe bastare per dare forma a una regolazione *a contrario* del tempo di lavoro da eseguire in modalità agile – e delle misure per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro, misure che sono sia «tecniche», riferite all'accensione e allo spegnimento degli apparecchi che veicolano l'utilità della prestazione, sia «organizzative». La previsione delle misure è funzionale a una disconnessione effettiva che è tale se tronca di netto ogni canale connettivo senza permettere al datore l'adozione di "rogge alternative" o di riattivare il collegamento a distanza.

Il problema della disconnessione è all'ordine del giorno in molti ordinamenti e in diversi ambiti della riflessione giuridica³⁵². Desta perplessità però il fatto che la legge n. 81 non fissi alcuna regola eteronoma, ma affidi una difficilissima opera di mediazione all'accordo che, sul punto, difficilmente potrà interpretarla in modo equilibrato.

Osservando la disciplina legale, la valenza dell'istituto si risolve, da una parte, negli effetti derogatori in materia orario di lavoro, dall'altra nell'investitura dell'autonomia individuale che sostituisce quella collettiva all'interno di «un assetto normativo del rapporto di lavoro, più adattabile agli interessi e ai bisogni del lavoratore in carne ed ossa»³⁵³, almeno in potenza; ma sicuramente adattabile a esigenze di flessibilizzazione interna molto sentite da alcune imprese.

4. La disciplina dell'esecuzione con riguardo alle «forme di esercizio» del potere direttivo

Prima di verificare se e come questa disciplina impatti sulla nozione di subordinazione, occorre precisare che il patto verte sulle modalità "esecutive" – *rectius* di svolgimento – del rapporto e, pertanto, in primo luogo sulle caratteristiche modali dell'obbligazione di lavoro.

Infatti, come precisa meglio l'art. 19 comma 1, l'accordo «disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali». La legge, quando accenna alla "disciplina dell'esecuzione", fa un ambiguo riferimento alle «forme di esercizio» del potere direttivo e agli strumenti in uso.

³⁵² Cfr. Poletti D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *RCPREV*, 2017.

³⁵³ D'Antona, *op. cit.*, 485.

Le parti del patto di lavoro agile possono muoversi solo all'interno dell'essenziale cornice di legge per sommi capi delineata. È però dubbio se l'intervento del patto incida sul potere direttivo al punto da determinare una modificazione indiretta dell'art. 2094 c.c. A mio avviso – e cercherò di spiegare il perché – l'intervento dell'accordo tipico di lavoro agile opera ai sensi dell'art. 1322 comma 1 c.c., nel senso che le parti determinano meglio il contenuto del contratto, nei limiti della fattispecie contratto di lavoro subordinato "integrata" o meglio "contestualizzata" dalla legge n. 81.

5. Il potere direttivo nel lavoro agile e i mutamenti dell'impresa.

Viene spontaneo chiedersi come la dimensione individuale del lavoro agile si coniughi con il rapporto di lavoro subordinato. Nello schema ordinario della subordinazione la tecnica della norma inderogabile e la correlata compressione dell'autonomia individuale – il modello da cui il lavoro agile sembra prendere le distanze – dipendono dalla trasfigurazione dell'autorità privata del datore in posizioni giuridiche attive di potere che confluiscono nella fattispecie legale³⁵⁴. La disparità di forza contrattuale, infatti, ha tratto dalla continuativa soggezione tecnica derivante da un, presupposto, inserimento funzionale nell'organizzazione e dal, conseguente, "coordinamento" della prestazione ai fini perseguiti dall'impresa.

Non è questa la sede per ripercorre un ampio dibattito dominato dalla ricostruzione di Mattia Persiani che ha offerto l'equilibrata visione di una organizzazione di lavoro vertebrata dall'esercizio del potere direttivo riconosciuto al datore col contratto³⁵⁵. Basti riferire che, da questa convincente prospettiva, l'etero-direzione definisce il modo di essere della relazione contrattuale³⁵⁶ e, per tale ragione, con varie sfumature di intensità e non senza incertezze, il potere direttivo, quale architrave del

³⁵⁴ Persiani M., *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, 1 ss.

³⁵⁵ Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, in part. 221 ss.; e più di recente Id., *Lineamenti del potere direttivo*, in Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo primo. Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 401 ss. Cfr. per la ricostruzione del problema, con ampi riferimenti alle diverse tesi Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002; Pedrazzoli M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *ADL*, 2002, 263 ss.; e il recente contributo di Nogler L., *Contratto di lavoro e organizzazione al tempo del post-fordismo*, in *ADL*, 2014, 884 ss.

³⁵⁶ Carabelli U., *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, n. 1, 1 ss., ivi 27.

contratto³⁵⁷, orienta le operazioni di qualificazione³⁵⁸ e la conseguente distribuzione delle tutele.

La prestazione di lavoro subordinato è dunque utile in quanto governata dal potere direttivo, quale formula di compendio che riassume la pretesa di disimpegnare un *facere* contrattualmente dovuto e conformabile alle esigenze dell'organizzazione produttiva. Nell'idea del potere contrattuale è insita, in una parola, la *coordinabilità* della prestazione rispetto a qualsiasi obiettivo l'imprenditore valuti di raggiungere nello spazio dell'art. 41 Cost.³⁵⁹.

La traiettoria dei mutamenti del potere direttivo – cifra della naturale elasticità della fattispecie dell'art. 2094 c.c.³⁶⁰ – ricalca quella delle metamorfosi dell'impresa per via dello stretto collegamento esistente tra assetto della produzione e modi espressivi della principale prerogativa contrattuale di governo, gestione e coordinamento delle prestazioni lavorative.

Per questo, specialmente nei nuovi contesti e con riferimento ai "nuovi lavori", quel potere si presenta proteiforme e si estrinseca in vincoli programmatici e impliciti più che in ordini specifici ed espliciti³⁶¹. Specularmente il prestatore di lavoro subordinato, involto nei processi di trasformazione, appare sempre più "autonomo" nel gestire obiettivi e tempi, ciò che fa da corollario all'aumento del valore delle risorse umane nelle organizzazioni produttive.

Di questi processi evolutivi il legislatore sembrerebbe voler dare conto nel capo II della legge n. 81 del 2017.

6. La ricostruzione della fattispecie attraverso i requisiti dell'accordo.

Al di là della lettura aggiornata della subordinazione, il rinvio all'autonomia individuale nella declinazione delle modalità esecutive della prestazione e delle «forme di esercizio del potere direttivo» sembrerebbe

³⁵⁷ E per questo «grimaldello atto a risolvere una serie di problemi di interpretazione e sistemazione della materia» De Luca Tamajo R., *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, 468.

³⁵⁸ In tema Pisani C., *Tripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *MGL*, 2011, 115 ss.

³⁵⁹ Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 56 ss.

³⁶⁰ In questo senso anche Razzolini O. (2014), *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2014, 974 ss.; ivi 981; ma già in precedenza, in linea più generale, cfr. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, 348.

³⁶¹ Come spiega con riferimento all'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015, Tosi P., *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, 1117 ss.

mettere in discussione la funzione primaria del potere direttivo. Autorevole dottrina ha rimarcato una contraddizione, non solo verbale, nell'accordo sulle modalità esecutive riferito a un rapporto di lavoro subordinato³⁶².

Secondo una tesi³⁶³, il patto sull'esercizio dei poteri avrebbe dato vita a una "forma speciale di subordinazione" regolata da una scarna disciplina di sostegno. Questa ricostruzione ha sicuramente il merito di mettere in evidenza il carattere liminale del lavoro agile, al confine tra coordinamento e subordinazione (v. *supra*), ma porta alle estreme conseguenze il contenuto di una clausola solo "aggiuntiva" e che, secondo la configurazione legale, non riguarda in ogni caso la prestazione svolta all'interno dell'azienda.

Una diversa tesi, in modo più convincente³⁶⁴, sostiene che l'art. 19, quando affida all'accordo la disciplina dell'esecuzione e le forme di esercizio del potere direttivo, attribuisce all'autonomia individuale la previsione dei modi attraverso i quali le direttive sono veicolate, dovendo raggiungere – e rendere utile (v. *supra*) – una prestazione che per sua stessa caratteristica naturale non può essere governata con gli stessi strumenti di comunicazione e le medesime tecniche utilizzate per coordinare la prestazione svolta all'interno dei locali aziendali.

7. La disciplina delle modalità esecutive e delle «forme di esercizio» del potere direttivo.

A me sembra, in linea con quest'ultima ricostruzione, che il lavoro agile non alteri la fattispecie lavoro subordinato né per via dell'abilitazione dell'accordo a disciplinare le modalità di esecuzione, né per via della delimitazione delle "forme di esercizio" del potere direttivo.

Per quanto concerne il primo punto, soccorre la ricostruzione della fattispecie nel lavoro subordinato in cui è possibile l'accordo sull'ambito della prestazione dovuta. Anche l'orario è elemento consensuale in quanto è necessario il consenso del lavoratore per modificarlo³⁶⁵, come per la collocazione oraria nella disciplina del tempo parziale (art. 6 comma 4,

³⁶² Santoro-Passarelli G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile, il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, 338.

³⁶³ Perulli A., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 341/2017, 13.

³⁶⁴ Proia G., in Fiorillo L., Perulli A., a cura di, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, in Giappichelli editore, Torino, 2017 (in corso di stampa). Mi sembra si sia espresso in senso analogo Arturo Maresca nel suo intervento all'incontro di approfondimento del 10 ottobre 2017, "La disciplina del lavoro agile nella l. n. 81/2017", tenutosi presso l'Università Niccolò Cusano, Roma.

³⁶⁵ Cass., sez. VI, 6.12.2016, n. 25006; Cass. 4.9.2012 n. 14833; e, nel senso dell'inidoneità del mero consenso tacito, Cass. 14.7.2014, n. 16089.

d.lgs. 81/2015). La disciplina contrattuale della "esecuzione" della prestazione di lavoro agile non cambia il significato del potere direttivo quale asse portante della fattispecie dell'art. 2094 c.c. Quella prerogativa datoriale ha sempre natura contrattuale e, quindi, da una parte deve esercitarsi secondo buona fede e correttezza (art. 1375 c.c.) e, d'altra parte, il suo esercizio, spaziando all'interno del voluto negoziale, è delimitato dall'obbligazione assunta e dalle modalità eventualmente pattuite.

È evidente poi, sul piano della negoziazione delle condizioni di una clausola di lavoro agile, che il datore imprimerà la propria "supremazia contrattuale" nell'accordo, determinando i contenuti del patto secondo le proprie esigenze; e in un momento successivo, se volesse far valere le "ragioni dell'organizzazione" non più soddisfatte dal patto, recederà senza troppi affanni (v. oltre).

Per ciò che non attiene alle particolari modalità di esecuzione regolate dall'accordo, il rapporto giuridico resta immutato. Ne segue che il datore durante le fasi di lavoro agile non perde lo *ius variandi* e quindi in caso di modifiche a norma dell'art. 2103 c.c., alla cessazione dell'accordo stipulato ai sensi dell'art. 18 o in ogni caso nelle fasi della prestazione eseguita all'interno dell'azienda, il lavoratore sarà tenuto a presentarsi nella nuova sede e a eseguire i compiti corrispondenti alle nuove mansioni (ciò che potrebbe condurre le parti a valutare un aggiornamento dell'accordo).

Inoltre il datore di lavoro potrà trasmettere indicazioni direttive sullo svolgimento della prestazione interna anche durante gli orari della prestazione esterna. Ciò che, con approccio pragmatico, aiuta a comprendere come in concreto, e salvo verificare se il potere risponda ai canoni contrattuali di buona fede e correttezza, il datore di lavoro conservi ampi margini di intervento.

Va considerato poi che l'accordo di lavoro agile potrebbe non richiedere un eccessivo dettaglio in ordine al "cosa" o al "come" della prestazione da svolgere, atteso che l'agilità implica normalmente maggiore autonomia operativa del prestatore, senza bisogno di ordini dettagliati. Anzi, si coniuga bene con programmi generici.

La seconda questione, attinente alla previsione nel patto di forme di esercizio del potere direttivo, si risolve alla luce della prima.

Lo schema negoziale tipico offerto dalla legge n. 81/2017 permette alle parti individuali di modulare non l'ampiezza o l'intensità, bensì la funzionalità tipica del potere direttivo, sulla base delle "caratteristiche naturali" del lavoro agile. Giova sottolineare ancora che la prestazione di lavoro agile è svolta all'esterno dei locali dell'impresa e implica, verosimilmente, l'utilizzo di strumenti tecnologici per realizzare il contatto "a distanza". A ciò si aggiunga che l'esigenza di modulazione individuale

dei poteri si amplifica laddove l'organizzazione del lavoro avvenga per fasi, cicli e obiettivi (art. 18 comma 1).

In altri termini, con la formula secondo cui il patto prevede le «forme di esercizio del potere direttivo» non si intende che il potere sia propriamente "disciplinato" da un accordo individuale. La regolazione attiene non all'*an* e nemmeno al *quantum* bensì, in senso più limitato, al *quomodo* delle direttive.

Nei contesti contrassegnati da "agilità" serve un potere direttivo che si espliciti in forme chiare e serve essere certi che gli ordini giungano a destinazione, considerato che il datore dovrà "raggiungere" il lavoratore senza sapere in quale luogo stia svolgendo la prestazione. Non a caso la norma sull'esercizio del potere direttivo è seguita dal richiamo all'utilizzo degli strumenti la cui regolamentazione nel patto rappresenta, anche ai fini dell'esercizio del potere di controllo e disciplinare, nonché dell'adempimento degli obblighi di sicurezza, uno snodo fondamentale.

Quindi la previsione negoziale potrà attenersi all'utilizzo della email o della chat aziendale o al contenuto delle comunicazioni ovvero chiarirà l'interazione tra direttive e reperibilità nelle fasi di connessione. L'istituzione di particolari "forme" determina in altre parole una sorta di procedimentalizzazione del potere direttivo, che può costituire il piano di verifica della ragionevolezza dell'esercizio della prerogativa contrattuale secondo buona fede e correttezza, da valutare anche alla luce delle esigenze di vita del lavoratore.

Una volta chiarito come debba intendersi il dettato legale, le opzioni legislative in esame si apprezzano nell'interazione sostanziale tra la definizione pattizia delle modalità esecutive e un potere direttivo esercitabile in determinate "forme": l'opportunità di rimettere al patto la regolazione delle modalità esecutive deriva dal fatto che la prestazione si concretizza "distante" dal centro dell'organizzazione e, se indefinita nelle modalità di estrinsecazione, rischia di sfuggire al radar del datore di lavoro.

Si può quindi dire che la disciplina degli articoli 18 ss., l. 81/2017, non ha alcuna valenza tipologica specializzante. Realizza semplicemente il bisogno di individuare nell'accordo un "centro di gestione" del tempo e del luogo (ma anche degli strumenti e delle tecniche di coordinamento operativo), alla stregua di un ideale piano di verifica consensuale dell'*utilità* di una prestazione in forma agile.

Da questo punto di vista, la compromissione del lavoratore nella costruzione negoziale della prestazione di lavoro – sebbene la legge sembri assegnargli solo il personale interesse di conciliare vita e lavoro –

costituisce un nuovo tassello del mosaico dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro subordinato³⁶⁶, da leggere in chiave "partecipativa".

8. Possibili interferenze sistematiche nel dualismo tra autonomia e subordinazione.

Chiarito che il potere direttivo si "attenua" di fatto ma non scompare, si può verificare come il lavoro agile si inserisca all'interno della delicata relazione tra lavoro subordinato etero-diretto, collaborazioni etero-organizzate ex art. 2 d.lgs. 81/2015 e lavoro autonomo coordinato all'esito dell'operazione definitoria compiuta dal legislatore con l'integrazione dell'articolo 409 n. 3 c.p.c.

Ritengo che l'introduzione della disciplina in esame non determini una sovrapposizione in astratto tra il tipo ex art. 2094 c.c. nella modalità agile e il lavoro coordinato definito di recente dall'art. 15 della l. 81/2017.

Non si può negare che la previsione del lavoro agile configuri un'ipotesi di notevole – e sempre volontaria – attenuazione della tradizionale supremazia gerarchica del datore di lavoro. Al pari di ogni altra forma di subordinazione e a differenza delle forme di coordinamento orizzontale, corregge sempre la logica paritaria del contratto, ma lo fa in modo meno penetrante.

La positivizzazione di questa peculiare forma "attenuata" di subordinazione potrebbe, da una parte, apportare un chiarimento al persistente dualismo tra autonomia e subordinazione, messo in crisi secondo alcuni autori dagli ultimi interventi del legislatore; d'altra parte, potrebbe orientare diversamente le decisioni della giurisprudenza.

Sotto il primo profilo, il lavoro agile incentiva l'utilizzo della subordinazione senza modificare l'art. 2094 c.c., in quei contesti prestatori caratterizzati dall'autonomia del lavoratore nei tempi e, soprattutto, nei luoghi. Sembrerebbe interpretare idealmente una tendenza espansiva della subordinazione con riferimento a quelle situazioni in cui orari e luoghi non siano organizzati unilateralmente (e le prestazioni del lavoratore subordinato non siano "esclusivamente personali", quantomeno nell'accezione più rigorosa), fermo che l'attività lavorativa può essere per gli altri profili etero-diretta.

Se la subordinazione occupa persino l'area della "organizzazione" pattizia, dopo l'entrata in vigore della legge n. 81 risulterà ancor più difficile dimostrare la ricorrenza di "lavoro autonomo" quando la prestazione sia etero-organizzata nelle modalità di svolgimento (anche) con riferimento a

³⁶⁶ Si legga Maresca A., *Autonomia e diritti individuali nel contratto di lavoro (rileggendo «l'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro»)*, in *DLRI*, 2009, 97 ss.

tempo e luogo ai sensi dell'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015³⁶⁷. La disposizione richiamata, infatti, non postula a mio avviso l'estensione delle tutele della subordinazione ai rapporti di lavoro autonomo in condizione di dipendenza economico-organizzativa, ma, al contrario, offre all'interprete un indice³⁶⁸ che, da una parte, stemperi le tradizionali difficoltà di utilizzo come indice della etero-direzione, dall'altra contribuisca a ricostruire la fattispecie del lavoro subordinato nei contesti organizzativi dubbiosi in cui il potere direttivo si dissolve nel quadro programmatico dell'attività produttiva³⁶⁹.

Contribuisce a tracciare il confine anche la norma che, aggiungendo un periodo all'art. 409 n. 3 c.p.c., definisce il coordinamento come auto-organizzazione dell'attività lavorativa nel rispetto delle modalità di coordinamento pattuite, creando una contrapposizione tra l'attività lavorativa etero-organizzata che confluisce, almeno *quoad effectum*, nell'area della subordinazione e attività auto-organizzata che implica un coordinamento orizzontale poiché le relative modalità sono concordate.

Non v'è però sovrapposizione tra lavoratore coordinato e agile, dacché le prestazioni del secondo sono auto-organizzate solo in senso lato, quale riflesso dell'esigenza (etero-)organizzativa trasfusa nell'accordo. Peraltro nel lavoro agile, che resta subordinato, il datore potrebbe sempre "determinare" o "specificare" in via unilaterale le modalità esecutive non contemplate dal patto e la prestazione che si svolge all'interno con eventuali riflessi anche sulla prestazione esterna. Invece le «modalità di coordinamento», ai sensi dell'art. 409 n. 3 c.p.c. sono pattuite e non ulteriormente specificabili in un momento successivo tramite richieste unilaterali e l'attività esecutiva è organizzata autonomamente dal collaboratore; il committente può solamente pretendere l'aderenza della prestazione al contenuto dell'accordo.

Con riferimento al secondo profilo, si intende che la nuova disciplina potrebbe condurre la giurisprudenza a estendere il perimetro delle operazioni di qualificazione, riconoscendo la natura subordinata del

³⁶⁷ Tesi sostenuta da autorevole dottrina: Persiani M., *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, 1256 ss.; Pessi R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 282/2015, Perulli A., *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 270 ss.; Ciucciovino S., *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, 321 ss.

³⁶⁸ Santoro-Passarelli G., *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n.3, c.p.c.*, in *RGL*, 91 ss.

³⁶⁹ Mi sembra vada sostanzialmente in questa direzione Razzolini O., *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 266/2015.

rapporto anche a fronte di prestazioni svolte senza precisi vincoli di orario o di luogo. Contestualmente perderebbe di peso, a seconda del contesto organizzativo di riferimento, un rilevante indice (a mio avviso normativizzato dall'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015). A tal riguardo, ben difficilmente il lavoro agile senza precisi vincoli spazio-temporali potrà assurgere a nuovo modello della subordinazione in quanto attivabile solo a fronte di specifiche esigenze e sul fondamento di una dettagliata contrattazione individuale che fissi la base operativa della relazione contrattuale quando la prestazione è eseguita "all'esterno". Per la stessa ragione appare assai improbabile, se non impossibile, la riqualificazione giudiziale in lavoro agile.

9. Incidenza del regime del recesso sull'assetto di interessi del lavoro agile.

Nella lettura dell'assetto di interessi complessivo, al fine di verificare l'incidenza sulla fattispecie fondamentale, non è affatto irrilevante che l'accordo non sia stabile, considerata la possibilità piuttosto ampia di disallineare rapporto di lavoro sottostante e modalità agili, sia prevedendo clausole a tempo determinato, sia esercitando la facoltà di recesso (art. 19 comma 2), con conseguente riattivazione dei "normali" poteri datoriali.

Infatti, sia nel patto a tempo indeterminato – laddove il recesso è libero con preavviso di 30 giorni che diventano 90 per i disabili della l. 68/1999 – sia in quello a tempo determinato, il riscontro di nuove esigenze produttive giustifica il recesso senza preavviso ai sensi dell'art. 19 comma 2.

La precarietà del patto che si desume da questa configurazione del recesso potrebbe rendere il dubbio sull'incidenza "tipologica" del lavoro agile privo di conseguenze pratiche rilevanti. Il recesso libero, infatti, elimina con un colpo di spugna l'obbligazione di eseguire la prestazione all'esterno e, con essa, ogni ipotetica criticità di ordine tipologico argomentata a partire dall'eccessiva attenuazione dei poteri (in specie del potere direttivo).

Peraltro, è facile immaginare che il lavoratore, tanto più quando sussista un effettivo interesse a preservare la modalità agile per conciliare meglio vita e lavoro, si adegnerà a successive revisioni dell'accordo, conscio della "scuri" del recesso.

Vero è che anche il lavoratore può decidere di porre fine all'accordo in via unilaterale, ma è scontato rimarcare come tale facoltà sia sicuramente condizionata, al contrario che nel caso di dimissioni ex art. 2118 c.c., dal timore delle conseguenze di un recesso non desiderato dall'impresa, viceversa interessata a ricevere prestazioni agili allo scopo di incrementare la competitività.

10. Il significato della disciplina e i vantaggi per i contraenti.

Per riassumere si può dire che il lavoro agile introduce nella disciplina della subordinazione una "variabile" che non modifica la struttura dell'art. 2094 c.c., bensì interferisce nell'equilibrio interno alla fattispecie solo in alcuni, delimitati, frangenti del rapporto – la parte di prestazione svolta all'esterno – quando per via delle peculiari modalità di esecuzione di una parte della prestazione, nella valutazione condivisa da lavoratore e datore ed eventualmente quando ricorrano una o più caratteristiche tra quelle che emergono dall'art. 18 comma 1, si renda necessario sia chiarire come la prestazione vada resa sia adattare i poteri da esercitare per rendere quella prestazione "inseribile" e "coordinabile".

Nella legge n. 81 il potere direttivo risulta "formattabile" in base ai connotati della prestazione da eseguire all'esterno, alla distanza fisica dall'organizzazione dell'impresa e al grado effettivo di indipendenza operativa del prestatore. Quindi non viene affatto cancellato, semmai decifrato in relazione a modalità agili del lavoro e confermato quale perno della fattispecie.

Una volta esaminata la disciplina, ci si potrebbe domandare perché l'imprenditore o un altro datore di lavoro dovrebbe "moderare" i propri poteri o comunque affidare la regolazione delle coordinate dimensionali della prestazione a un accordo individuale. La risposta è da ricercare negli effetti dell'accordo di lavoro agile.

Innanzitutto, si deroga alla quasi totalità delle norme in materia di orario – salvi i limiti massimi giornaliero e settimanale – anche al di fuori delle prestazioni con le caratteristiche dell'art. 17 comma 5, d.lgs. 66/2003. A ciò si collegano opportunità in tema di retribuzione³⁷⁰, in linea con una prospettiva di responsabilizzazione del lavoratore incentivato a raggiungere più elevati livelli qualitativi o di efficienza. Inoltre, *de jure condendo*, questa piattaforma regolativa si presta a fungere da base normativa cui "agganciare" nuovi, e più convincenti, incentivi.

Il vantaggio per i datori è sia organizzativo sia economico. Le aziende possono essere interessate, da un lato, perché il lavoratore agile gestore del proprio tempo-lavoro, tende a ridurre permessi e assenze per malattia. D'altra parte, potrebbe ingenerarsi un risparmio dei costi legati all'attivazione costante di una postazione fissa all'interno o, in caso di utilizzo massiccio del lavoro agile, anche di interi unità produttive o comparti. Un vantaggio, questo, che si apprezza anche nel confronto col tele-lavoro perché in questo caso il datore deve organizzare una postazione fissa e ne sopporta i costi.

³⁷⁰ Su cui si legga il contributo di Monterossi.

Chioso con una breve riflessione sullo scopo di conciliazione vita-lavoro. Se pare coerente con la costruzione giuridica del lavoro agile consegnare una funzione centrale all'autonomia individuale, sembrerebbe poco proficuo l'affidamento integrale alla regolazione concordataria di quelle parti dell'accordo che attengono all'interesse (anche) del lavoratore al riposo e alla disconnessione, in quanto ingranaggi – non gli unici – della buona riuscita della conciliazione vita-lavoro (che si può realizzare anche per il solo fatto di poter "lavorare dove si vuole" o nel "lavorare meno-lavorare meglio" quando esistano obiettivi).

Ad ogni modo non ci si può nascondere, con un po' di sano realismo, che nessuna impresa organizzerà il lavoro agile per assecondare un mero interesse del lavoratore, ma prenderà in primaria considerazione, com'è normale che sia, l'interesse dell'organizzazione datoriale e il suo buon funzionamento.

Se si osservano gli equilibri sottesi alla fattispecie, la finalità del bilanciamento vita-lavoro sembra non solo eventuale ma anche secondaria, giacché, subordinandosi alla valutazione di praticabilità che riguarda le caratteristiche dell'attività lavorativa e la sua concreta fruibilità (v. *supra*), sarà in effetti perseguita solo se e in quanto compatibile con l'interesse datoriale a ricevere una prestazione utile.

Ciò non toglie che il coinvolgimento della persona del lavoratore nella selezione delle modalità esecutive si giustifica anche alla luce dello scopo di conciliare vita e lavoro, consentendo in qualche caso al prestatore di collaborare nella ponderazione quantitativa e qualitativa del tempo dedicato alle fasi di lavoro e di non lavoro.

Il lavoro agile tra l'eshaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.lgs. n. 81/2008

Lorenzo M. Pelusi^α

SOMMARIO: 1. La disciplina di salute e sicurezza espressamente introdotta con la l. n. 81/2017. – 2. Natura dell'obbligo di consegna dell'informativa scritta: esaustivo o complementare? – 3. I vincoli di fonte comunitaria in materia. – 4. La disciplina prevenzionistica applicabile alla prestazione esterna di lavoro agile: l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008. – 5. Il c.d. diritto alla disconnessione. – 6. Conclusioni.

1. La disciplina di salute e sicurezza espressamente introdotta con la l. n. 81/2017.

Con l'organizzazione "agile" della prestazione lavorativa vengono potenzialmente meno i vincoli di luogo e di orario di svolgimento dell'attività lavorativa, così diventando estremamente arduo ricomporre la disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile. Tale disciplina, infatti, presuppone la piena conoscenza e il pieno controllo dell'ambiente di lavoro da parte del datore, soggetto investito dell'obbligo di sicurezza nei confronti dei lavoratori ai sensi dell'art. 2087 c.c. e dell'intero sistema prevenzionistico³⁷¹.

^α Dottorando di ricerca in Formazione della persona e mercato del lavoro, ADAPT, nell'Università degli Studi di Bergamo.

³⁷¹ Si aggiunga che la problematicità insita nel garantire la sicurezza dei lavoratori agili raggiunge la sua massima espressione con riferimento a quel corollario del generale obbligo prevenzionistico rappresentato dalla vigilanza del datore rispetto all'osservanza delle disposizioni normative e aziendali da parte dei lavoratori.

I rischi specificamente connessi a questa particolare modalità organizzativa della prestazione di lavoro – i quali, ove presenti anche nell’ambito della prestazione resa in azienda, tendono ad essere quantomeno attenuati in quella sede – sono, in particolare, lo *stress* e il *burnout*, dovuti da un lato all’intensificazione dei ritmi e dall’altro all’assenza di una netta separazione tra tempi di lavoro e tempi per la vita privata (c.d. *time porosity*), nonché le disergonomie tanto posturali quanto oculo-visive e, infine, l’isolamento³⁷².

È stato osservato come una delle principali ragioni che hanno indotto le imprese a interessarsi a questa nuova modalità di organizzazione del lavoro sia da individuarsi nel bisogno di fuggire dal telelavoro per via dell’eccessiva onerosità dei vincoli prevenzionistici presenti nella relativa disciplina³⁷³. In linea con questa esigenza di garantire una riduzione del carico prevenzionistico posto in capo al datore di lavoro, il legislatore ha pertanto apprestato, sul piano della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, un impianto normativo a dir poco minimalistico. Ma ancor più che la scarsa regolamentazione introdotta, a spiccare nella l. n. 81/2017 è l’assenza di un espresso rinvio al d.lgs. n. 81/2008. Il silenzio del legislatore sul punto, come si vedrà, ha ingenerato negli interpreti incertezze applicative di enorme portata, sia in termini di loro diffusione che di rilevanza delle loro conseguenze sul fronte della ripartizione degli obblighi prevenzionistici.

Quanto alle previsioni di salute e sicurezza contenute nella legge, si deve innanzitutto menzionare l’art. 18, comma 2, ove il datore di lavoro viene individuato come responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici forniti al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa. Il successivo art. 19, primo comma, assegna all’accordo relativo alla modalità di lavoro agile, fra le altre cose, il compito di individuare i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la sua disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

La disposizione espressamente intitolata alla sicurezza sul lavoro è invece l’art. 22, nel cui primo comma viene sancito il principio secondo il

³⁷² F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in <http://www.lavoroeconomiadigitale.it>, 2017, 3, la quale in proposito trae spunto dal Rapporto Eurofound-Ilo, *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, 2017. In particolare sul tema dell’interferenza tra tempi di lavoro e vita privata cfr. E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol.32 n.3, 280-300.

³⁷³ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D’Antona".IT*, 2017, 335, 18 e 30; F. MALZANI, *Il lavoro agile cit.*, 8; M. LAI - L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, *DPL*, 2016, 11, p. 709.

quale il datore di lavoro è tenuto a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile. Quanto al generale obbligo di prevenzione incombente sul datore, dunque, viene qui confermato quanto già stabilito in via generale dall'art. 2087 c.c. con riferimento a qualunque imprenditore che si avvalga dell'opera di prestatori di lavoro. Nello stesso comma si precisa che il datore, gravato dell'obbligo di sicurezza, «a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro». Come notato in dottrina³⁷⁴, peraltro con argomentazione del tutto condivisibile, la presenza della specificazione "almeno" con riferimento alla cadenza annuale di consegna dell'informativa deve considerarsi indicativa della necessità – peraltro intrinsecamente connessa alla stessa natura dinamica dell'obbligo di informazione dei lavoratori circa i rischi presenti nell'ambiente di lavoro – di provvedere a una nuova informativa a fronte di variazioni intervenute all'interno del luogo di lavoro esterno ai locali aziendali che incidano sui fattori di rischio³⁷⁵.

Il secondo e ultimo comma dell'art. 22, analogamente a quanto previsto dall'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008, pone a carico del lavoratore un obbligo di cooperazione rispetto all'attuazione delle misure di prevenzione adottate dal datore. L'eventuale libertà di scelta del luogo in cui rendere la prestazione di lavoro agile, infatti, incontrerà un limite derivante dall'obbligo di tutelare la propria sicurezza che grava sul lavoratore³⁷⁶,

³⁷⁴ R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, DPL, 2017, 32-33, 2010.

³⁷⁵ Si tenga presente che dovrà provvedersi a fornire una nuova informativa scritta anche al ricorrere di variazioni del luogo di lavoro, qualora nell'accordo di lavoro agile sia previsto un *numerus clausus* di luoghi presso i quali il lavoratore agile possa rendere la prestazione esterna e l'informativa sia conseguentemente tarata su di essi, non prendendo in considerazione eventuali rischi presenti nei nuovi ambienti di lavoro individuati dalle parti.

³⁷⁶ Tale obbligo di contribuire all'adempimento delle prescrizioni di salute e sicurezza pare avere un duplice volto, essendo da un lato direttamente discendente dal già citato art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 (e in quanto tale presidiato da sanzione di natura penale come previsto dal successivo art. 59, il quale commina la pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda da 200 a 600 euro) ed essendo, dall'altro, corollario dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 2104 c.c., la cui violazione può assumere rilevanza disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c. Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa in tema di obblighi e responsabilità del lavoratore, cfr. M. MARTINELLI, *L'individuazione e le responsabilità del lavoratore in materia di sicurezza sul lavoro*, Working Paper di Olympus, 2014, 37, 1 ss.; C. MACALUSO, *Il ruolo del lavoratore nella normativa prevenzionistica tra obblighi e tutele*, ISL, 2011, 5; sul punto si rinvia altresì a S. SERVIDIO, *Recesso valido per chi istiga a violare le norme di sicurezza*, nota a Cass. sez. lav., 22 marzo 2017, ord. n. 7338, DPL, 2017, 21, 1296 ss.; S. CAPONETTI, *Superlavoro e dovere di sicurezza del lavoratore verso se stesso: un caso estremo che vale*

conformemente alle indicazioni contenute nell'informativa scritta e secondo quanto appreso durante appositi corsi di formazione (o anche solo di aggiornamento rispetto alla formazione già impartita al lavoratore) finalizzati alla consapevole selezione dei luoghi esterni e all'apprestamento della postazione di lavoro. Vi è chi ha osservato come il grado della cooperazione richiesta al lavoratore che svolga la prestazione all'esterno della sede aziendale sia maggiore di quello esigibile dai lavoratori operanti all'interno dell'impresa³⁷⁷.

2. Natura dell'obbligo di consegna dell'informativa scritta: esaustivo o complementare?

L'obbligo di sicurezza di cui al primo comma dell'art. 22 rappresenta di sicuro la disposizione più cruciale e più criptica dell'intera disciplina di salute e sicurezza relativa al lavoro agile. L'obbligo di consegna dell'informativa scritta infatti, al contrario di quanto sostenuto altrove³⁷⁸, non può esser considerato esaustivo e pertanto liberatorio rispetto al più generale obbligo di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori incombente sul datore³⁷⁹. Si deve ritenere che tale informativa scritta, pur costituendo senz'altro uno degli adempimenti attraverso i quali il datore è chiamato a garantire l'integrità psico-fisica dei prestatori di lavoro, non possa produrre l'effetto di esonerare il datore dall'adozione delle altre misure prevenzionistiche imposte dalla normativa vigente.

Una conferma espressa di tale ricostruzione poteva rinvenirsi nella formulazione originaria del disegno di legge presentato dal Ministro del lavoro, ove all'articolo 18 si precisava che «il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine, consegna *altresì* al lavoratore» l'informativa scritta. Nel corso dell'esame parlamentare, tuttavia, è stato espunto quel

l'applicazione del brocardo civilistico volenti non fit iniuria, nota a Cass. civ. Sez. lavoro, 02 settembre 2015, n. 17438, ADL, 2015, 6, 1319 ss.

³⁷⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 14.

³⁷⁸ F. PETRACCI - A. MARIN, *Lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro agile: le novità introdotte dal Jobs Act e dal disegno di legge 2233/2016*, Key Editore, 2016, 91, i quali – peraltro con riferimento alla versione originaria del d.d.l. governativo, ancora contenente l'avverbio "altresì" di cui si dirà a breve – ritengono che l'obbligo di informativa periodica sostituisca quello di garantire la sicurezza dei luoghi che utilizza il dipendente per lavorare. Ciò in ragione della peculiarità del lavoro agile, nell'ambito del quale il datore non conosce in anticipo il luogo in cui sarà resa la prestazione.

³⁷⁹ Così F. MALZANI, *Il lavoro agile* cit., 5, ad avviso della quale la consegna dell'informativa non può sostituire l'obbligo di formazione del lavoratore rispetto ai rischi per la salute e la sicurezza.

chiarificatore "altresì", risultandone un ordito normativo ambiguo³⁸⁰. Potrebbe pertanto desumersi da questo intervento ablativo la volontà del legislatore di andare incontro alle richieste presentate sul punto da Confindustria in sede di audizione parlamentare, secondo la quale «l'adempimento dell'informativa, posta in capo al datore di lavoro, dovrebbe integrare ed esaurire il pieno rispetto di tutti gli obblighi di legge riconducibili a questa specifica disciplina»³⁸¹.

D'altro canto, in un documento del Servizio studi del Senato parrebbe rinvenibile una conferma dell'opzione interpretativa che relega la consegna dell'informativa scritta di cui all'art. 22 della l. n. 81/2017 al ruolo di adempimento meramente complementare, e non soddisfattivo, rispetto al più generale obbligo di tutela posto in capo al datore³⁸². Vi si precisa infatti che restano comunque applicabili al lavoro agile gli obblighi di informazione e di formazione posti dalla normativa generale (artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008) con riferimento a tutti i lavoratori dipendenti, ivi compresi, peraltro, quelli a domicilio (ai sensi dell'art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008, specificando altresì che gli obblighi di informazione si applicano ai lavoratori a domicilio nei termini di cui all'art. 36, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 81/2008). Inoltre, mentre non è prevista una sanzione specifica per la violazione dell'obbligo di cui al primo comma dell'art. 22 della l. n. 81/2017, gli obblighi appena esaminati sono presidiati da sanzioni di natura penale (ex art. 55, comma 5, lettera c), e comma 6-bis, del d.lgs. n. 81/2008).

Ulteriore conferma dell'applicabilità del d.lgs. n. 81/2008 al lavoro agile si rinviene nella recentissima circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017, avente ad oggetto «Lavoro agile. Legge 22 maggio 2017, n. 81, articoli 18-23. Obbligo assicurativo e classificazione tariffaria, retribuzione imponibile, tutela assicurativa, tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Istruzioni operative». In quella sede l'Istituto assicuratore ha chiarito che alla parte di prestazione resa in modalità agile sarà applicata la medesima classificazione tariffaria cui soggiace la parte di lavorazione svolta in

³⁸⁰ D'altra parte, si deve parimenti dar conto di come alla Camera dei Deputati furono proposti e rigettati emendamenti volti a precisare che gli obblighi di sicurezza datoriali devono intendersi interamente assolti con la sola consegna dell'informativa scritta; per una puntuale ricostruzione dei lavori parlamentari si rinvia a R. GUARINIELLO, *Lavoro agile* cit., 2009, il quale rinvia nell'*iter* parlamentare un'inequivocabile conferma della impossibilità di ritenere che detta informativa esaurisca il carico prevenzionistico posto in capo al datore di lavoro.

³⁸¹ Cfr. la Relazione depositata da Confindustria in occasione dell'Audizione parlamentare presso la Commissione Lavoro del Senato della Repubblica in data 16 marzo 2016, 12.

³⁸² Cfr. la Nota Breve n. 156 del Servizio Studi del Senato del marzo 2017 intitolata «Disegno di legge A.S. n. 2233-B, "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato"», relativa alla versione del disegno di legge già emendata dalla particella avverbiale "altresì".

azienda. Ciò perché, si precisa nella circolare, «a parità di rischio deve necessariamente corrispondere una identica classificazione ai fini tariffari, in attuazione del principio alla stregua del quale il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori "agili" rispetto ai loro colleghi operanti in azienda deve essere il medesimo, *ivi compresa l'adozione delle norme di sicurezza sul lavoro*». Con tale inciso sembra – la formula dubitativa è d'obbligo per dovuta prudenza nell'interpretare le intenzioni dell'Ente – si sia voluto intervenire proprio nella materia qui in esame, al fine di chiarire ai datori di lavoro che l'unica interpretazione possibile della normativa sul lavoro agile è quella secondo cui restano perfettamente applicabili alla fattispecie anche le disposizioni prevenzionistiche di valenza generale, ovvero il d.lgs. n. 81/2008 nella sua interezza³⁸³.

Per non pervenire a conclusioni affrettate, occorre però dapprima interrogarsi circa la possibilità (giuridica) – prima ancora che sull'opportunità (di politica legislativa) – di restringere la sfera di responsabilità datoriale sul fronte prevenzionistico al punto da ritenere non applicabile alcuna disposizione ulteriore rispetto all'art. 22 della l. n. 81/2017 e, in caso di risposta negativa, verificare quali siano le disposizioni di salute e sicurezza deputate a regolare l'istituto.

3. I vincoli di fonte comunitaria in materia.

La normativa di salute e sicurezza, tanto quella attualmente in vigore di cui al d.lgs. n. 81/2008 quanto il previgente d.lgs. n. 626/1994, è di derivazione comunitaria, segnatamente, di recepimento della direttiva-quadro 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro ed emanata dal Consiglio nell'esercizio della competenza dell'Ue in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori sancita dall'art. 153 del TFUE (ex art. 137 del TCE). L'art. 5, paragrafo 1, della direttiva stabilisce in particolare che «il datore di lavoro è obbligato a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro»³⁸⁴. Trattandosi di un obbligo di fonte comunitaria, questo non

³⁸³ La medesima interpretazione della circolare è data da M. GALLO, *Smart working e sicurezza del lavoro, quali gli obblighi del datore?*, *GLav*, 2017, 45, 13.

³⁸⁴ Di contro si potrebbe opinare che la fattispecie del lavoro agile debba essere in realtà ricondotta fra le eccezioni contenute nel quarto paragrafo dell'art. 5 della direttiva-quadro. Esso dispone che la stessa direttiva «non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata». Posto che la prestazione di lavoro agile è destinata ad essere svolta almeno in parte al di fuori della sede aziendale – quindi lontano dalla sfera di controllo del datore di lavoro – l'onere di

può essere derogato dai singoli Stati membri. Nemmeno il legislatore nazionale, infatti, potrebbe venire meno alle previsioni contenute nella direttiva, a pena di illegittimità costituzionale di ogni disposizione che contrastasse con dette previsioni. Ciò perché le norme comunitarie incompatibili con le previsioni di diritto interno si verrebbero a qualificare come norme interposte rispetto alla violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., in virtù del quale la potestà legislativa statale e quella regionale devono essere esercitate nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario³⁸⁵.

Una volta chiarita l'inderogabilità della disciplina prevenzionistica, si deve ora valutare se vi siano o meno disposizioni in materia specificamente destinate a trovare applicazione con riferimento alla fattispecie del lavoro agile.

garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori, come già detto, si fa ben più insidioso con riferimento ai lavoratori agili. Quindi una così significativa limitazione della responsabilità del datore di lavoro, tenuto unicamente alla consegna periodica di un'informativa scritta, potrebbe essere giustificata dalla volontà del legislatore nazionale di avvalersi della facoltà concessa dalla direttiva-quadro, in quanto nella prestazione di lavoro agile ricorrerebbero quelle circostanze estranee e imprevedibili per il datore di cui all'art. 5, paragrafo 4, della direttiva stessa. Si deve però obiettare che la formulazione di quest'ultimo articolo sembra ammettere esclusivamente la possibilità di limitare la responsabilità del datore di lavoro a posteriori, senza alcun cenno alla diversa possibilità di esonerarlo a priori dall'apprestare tutte le misure necessarie per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori. Non a caso si parla infatti di una responsabilità datoriale per *fatti* dovuti a circostanze estranee, eccezionali e imprevedibili, con un esplicito riferimento, quindi, alla sola responsabilità scaturente dalla verifica di un evento di danno. Per giunta viene specificato che deve trattarsi di fatti o eventi eccezionali le cui conseguenze sarebbero state comunque inevitabili, *malgrado la diligenza osservata*, presupponendo quindi un comportamento del datore che sia di ottemperanza rispetto agli ineliminabili obblighi prevenzionistici.

³⁸⁵ E fra i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario rientra senz'altro quello stabilito dal comma terzo dell'art. 288 del TFUE, a norma del quale «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Si deve inoltre ricordare che, anche nel recepire le direttive, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare l'effettività delle previsioni disposte dagli atti giuridici dell'Unione, in virtù del principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, del TUE. In particolare in capo ai giudici chiamati ad applicare le disposizioni nazionali verrebbe a configurarsi un obbligo di interpretazione conforme rispetto alla normativa comunitaria, ove il tenore letterale del testo di legge presentasse dei margini interpretativi. In caso contrario, alla magistratura nazionale resterebbe il solo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (il quale è obbligatorio nel caso in cui la parte interessata riproponga l'istanza nell'ultimo grado di giudizio) e, a seguito di dichiarazione di incompatibilità fra le norme, la disapplicazione della disposizione interna.

4. La disciplina prevenzionistica applicabile alla prestazione esterna di lavoro agile: l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.

L'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008 racchiude la disciplina prevenzionistica applicabile ai «lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico», ivi compresi specificamente i telelavoratori tanto del settore privato quanto di quello pubblico³⁸⁶. Tale disciplina, infatti, pur applicandosi espressamente a lavoratori che, come il lavoratore agile, rendono la prestazione al di fuori della struttura aziendale, fissa una serie di obblighi attraverso i quali il datore è chiamato a tutelare i lavoratori dai pericoli derivanti dallo svolgimento della prestazione.

Quanto al rapporto intercorrente fra lavoro agile e telelavoro, si deve osservare come parte della dottrina consideri gli elementi di forte analogia che legano quest'ultimo al lavoro agile tanto significativi da consentire di ricondurre il nuovo istituto al *genus* del telelavoro³⁸⁷. Come noto, nel nostro ordinamento la definizione di telelavoro è enunciata dal primo comma dell'art. 1 dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, di recepimento dell'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, in cui si definisce il telelavoro nel settore privato come «una forma di organizzazione e/o svolgimento di lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».

Alla luce di questa definizione, bisogna innanzitutto prendere le distanze da un equivoco piuttosto diffuso secondo il quale il telelavoro presupporrebbe una postazione fissa mentre il lavoro agile sarebbe contraddistinto dalla possibilità di variare luogo di lavoro e dalla portabilità

³⁸⁶ Le due fattispecie di telelavoro sono richiamate nel testo del decreto attraverso le relative discipline di riferimento, ovvero il decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e l'accordo-quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002, recepito nel nostro ordinamento con l'accordo interconfederale del 9 giugno 2004.

³⁸⁷ La qualificazione del lavoro agile come sottoinsieme del telelavoro è sostenuta in dottrina da M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 22, ad avviso del quale il rapporto di sostanziale coincidenza fra i due istituti verrebbe meno unicamente in due ipotesi: quando la prestazione al di fuori dei locali aziendali non sia resa tramite strumentazioni informatiche o telematiche e quando l'effettuazione di prestazioni esterne all'azienda risulti del tutto episodica e non programmata; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 1, 3 ss., secondo cui il lavoro agile costituirebbe in particolare una fattispecie di «telelavoro mobile a possibile collegamento alternato (*on* e *off-line*)».

dello strumento informatico³⁸⁸, poiché, al contrario, non è dato rinvenire nella definizione di telelavoro alcuna preclusione in tal senso³⁸⁹, né rispetto alla flessibilità oraria nello svolgimento della prestazione³⁹⁰.

È appena il caso di notare, peraltro, che già prima dell'avvento del d.lgs. n. 81/2008, si sosteneva che al telelavoro fossero perfettamente applicabili le disposizioni di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 626/1994³⁹¹. Altra dottrina, per converso, pur ritenendo applicabile quest'ultimo corpo normativo sia al telelavoro domiciliare sia al telelavoro svolto al di fuori del domicilio, sottraeva alla sua sfera di applicazione il telelavoro mobile³⁹².

³⁸⁸ A considerare la necessaria presenza di una postazione fissa di lavoro il discrimine fra telelavoro e lavoro agile sono, fra i tanti, A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 78 e 89; L. TASCHINI, *Smart Working: la nuova disciplina del lavoro agile*, *MGL*, 2017, 6, 383; M. LAI - L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, *DPL*, n. 2016, 11, 707-708.

³⁸⁹ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 15 s.; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità* cit., 4.

³⁹⁰ Già D. GOTTARDI, voce *Telelavoro*, *DDP comm*, *Aggiornamento*, Utet, 2003, 911, infatti, escludeva che l'autonomia del telelavoratore nello svolgimento della prestazione fosse ostativa al riconoscimento della natura subordinata del telelavoro.

³⁹¹ M. BIAGI, *Lavoro e information technology: riflessioni sul caso italiano*, *DRI*, 2002, 1, 5 ss., sosteneva che il telelavoratore gode di una tutela pressoché completa per quanto attiene alla normativa in materia di salute e sicurezza dettata dal decreto legislativo n. 626/1994, posto che essa si applica a tutti i lavoratori che si trovino alle dipendenze di un datore di lavoro quale che sia la concreta modalità di svolgimento della prestazione. Meno netta la posizione di G. GIUGNI, *È necessario subito un altro (tele)statuto*, in *Telèma*, 1995, 2, 48, ad avviso del quale quanto previsto nel d.lgs. n. 626/1994 poteva essere applicato al telelavoro, ma sarebbero stati necessari alcuni adattamenti. Contrari invece alla piena applicazione del d.lgs. n. 626/1994 al telelavoro a domicilio: M. ESPOSITO, *Salute e sicurezza*, in L. GAETA - P. PASCUCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, 125 ss.; L. GAETA, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1995, 571, secondo i quali numerosi obblighi previsti dal decreto mal si attagliano alla fattispecie del telelavoro domiciliare come, ad esempio, la valutazione dei rischi presenti nel luogo di lavoro, la verifica delle interruzioni dell'attività lavorativa e una distribuzione delle mansioni tale da prevenire ripetitività e monotonia delle mansioni. Interessanti, infine, le osservazioni svolte da E. SIGNORINI - A. ARCANO, *L'obbligo di sicurezza in alcune ipotesi di lavoro a distanza*, *Ambiente energia lavoro sicurezza*, 2000, 4, 262, con riferimento al concetto di "luogo di lavoro", che nel d.lgs. n. 626/1994 dovrebbe essere inteso in senso estensivo rispetto a quando avviene nella disciplina lavoristica. Ciò perché nel decreto «il luogo di lavoro supera le tradizionali limitazioni dimensionali e di spazio, estendendo così il suo significato a qualsiasi circostanza che comporti la presenza di un lavoratore che svolge una prestazione».

³⁹² L. NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, *QDLRI*, 1998, 21, 121, il quale desumeva l'inapplicabilità della disciplina di cui al d.lgs. n. 626/1994 al telelavoro mobile dal dato testuale dell'art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 626/1994 che, recependo la Direttiva comunitaria in materia di videoterminali, n. 90/270/CEE, prevedeva che le disposizioni relative all'uso di videoterminali non trovassero applicazione con riferimento a quei lavoratori muniti di "sistemi portatili" ove questi ultimi non fossero oggetto di utilizzo

Nonostante i numerosi dubbi derivanti dalle difficoltà di riconduzione del telelavoro al campo di applicazione della disciplina di salute e sicurezza previgente³⁹³, alcuni interpreti erano comunque giunti ad affermare che l'innovativo obbligo per il lavoratore di prendersi cura della propria sicurezza ex art. 5 del d.lgs. n. 626/1994, pur potendo attenuare la responsabilità del datore di lavoro, tuttavia non poteva spingersi fino a deresponsabilizzarlo del tutto³⁹⁴.

Altra dottrina, invece, sostiene che telelavoro e lavoro agile costituirebbero due modalità organizzative con molteplici punti di contatto, ma non del tutto coincidenti, poiché nel lavoro agile il collegamento telematico non è necessario, come nel telelavoro, ma meramente possibile e nel primo, inoltre, la prestazione lavorativa è espressamente organizzata attraverso lo svolgimento di una sua parte all'interno dell'azienda³⁹⁵.

Anche escludendo la piena identità dei due istituti, non si può comunque negare l'applicabilità dell'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008 al lavoro agile senza prima essersi interrogati circa la possibilità di ricondurre tale fattispecie a quella categoria – più ampia del telelavoro stando alla

prolungato in un determinato posto di lavoro. Lo stesso Autore, peraltro, precisava che per telelavoro a domicilio dovesse intendersi quella fattispecie di lavoro domiciliare di tipo subordinato – nel senso di lavoro svolto alle dipendenze di un datore di lavoro, anche se non necessariamente sotto le sue direttive – che non fosse di tipo manifatturiero, essendo quest'ultimo disciplinato dalla l. n. 877/1973; per telelavoro svolto al di fuori del domicilio, invece, si deve intendere quello eseguito «in un'unità di lavoro che fa parte di un sistema economico diffuso d'impresa oppure in un edificio telematico condiviso oppure, infine, in un'unità satellite di lavoro».

³⁹³ Ci si vuol riferire tanto alle suddette difficoltà applicative di natura testuale quanto a quelle di ordine pratico. Fra le seconde, che continuano ancora oggi a rivestire grande attualità, si deve menzionare la difficoltà per il datore di lavoro di verificare l'adeguatezza strutturale e valutare i rischi per la salute presenti in un ambiente di lavoro di cui egli non ha la piena disponibilità.

³⁹⁴ In tal senso M. ESPOSITO, *Salute e sicurezza*, in L. GAETA - P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, 125 ss., il quale sosteneva che l'obbligo di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 626/1994 non poteva essere inteso come una manleva per il datore di lavoro atta a esonerarlo completamente dai suoi obblighi in materia di salute e sicurezza, come invece previsto da alcune clausole della contrattazione collettiva dell'epoca, aventi peraltro contenuti analoghi a quelle recentemente adottate in seno a numerosi accordi integrativi aziendali in tema di lavoro agile.

³⁹⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 16, ad avviso del quale un'ulteriore differenza tra lavoro agile e telelavoro emergerebbe dalla circostanza che nella stessa pattuizione dell'accordo di lavoro agile vengono in rilievo margini di intervento rimessi all'autonomia individuale non rinvenibili nella disciplina sul telelavoro (si pensi ad es. alle modalità di esercizio del potere direttivo, all'individuazione delle condotte connesse alla prestazione esterna di rilevanza disciplinare e all'esercizio del potere di controllo sulla prestazione resa all'esterno).

lettera della norma – in cui si ha una prestazione di lavoro resa continuativamente a distanza, mediante collegamento informatico e telematico.

Parte della dottrina reputa «meramente esemplificativo» il richiamo alle fattispecie del telelavoro pubblico e di quello privato, attribuendo all'ulteriore categoria del "lavoro subordinato a distanza" la funzione di offrire copertura anche a quei contratti individuali di lavoro che sfuggirebbero all'applicazione dell'accordo interconfederale del 2004 in ragione della mancata affiliazione del datore di lavoro alle organizzazioni di rappresentanza firmatarie³⁹⁶. Altri invece hanno interpretato la disposizione in esame ammettendo la possibilità che questa fosse volta a disciplinare fattispecie ulteriori rispetto al solo telelavoro³⁹⁷.

Premesso che pare difficile immaginare una prestazione di lavoro svolta in modalità agile in assenza di un collegamento informatico con l'organizzazione produttiva, il punto nodale ai fini della sussunzione del lavoro agile nella categoria di cui all'art. 3, comma 10, sembra essere il significato da attribuire al carattere "continuativo" della prestazione resa a distanza. In questa sede si vuole accogliere quella impostazione ermeneutica secondo cui deve intendersi continuativa ogni prestazione che sia organizzata in maniera stabile, ovvero con frequenza periodica e regolare, e che non si possa quindi considerare sporadica ed estemporanea³⁹⁸. In quest'ottica, si tratterebbe quindi di una distinzione basata su una dimensione organizzativa piuttosto che quantitativa.

³⁹⁶ M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità* cit., 8, il quale per tal via intende come sinonimi i requisiti della continuità, di cui all'art. 3, comma 10, e della regolarità, di cui agli accordi in materia di telelavoro.

³⁹⁷ V. MAIO, *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. PERSIANI - M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2012, 98, il quale valorizza il dato testuale del decimo comma dell'art. 3 – in particolare il suo inciso "compresi quelli" – per considerare la norma rivolta a un campo di applicazione che vada oltre il solo telelavoro. *Contra*, P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in A. ANTONUCCI - M. LEPORE (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, Dossier Adapt, n. 15, in www.bollettinoadapt.it, 2009, 19, secondo il quale «l'ampiezza dell'art. 3, comma 10, pur non riguardando forme di lavoro a distanza non costituenti "telelavoro", sia da intendere in senso dinamico, tale cioè da consentire di "ospitare" in futuro ulteriori tipologie di telelavoro attualmente non ancora contemplate nell'ordinamento».

³⁹⁸ In questo senso, benché con riferimento alla fattispecie del solo telelavoro, cfr. S. TORIELLO, *Il punto sul telelavoro*, *RIMP*, 2012, 3, 698, secondo cui, in contrapposizione all'orientamento dottrinale tendente a escludere dalla nozione di "prestazione continuativa a distanza" le forme di telelavoro in alternanza, pare ragionevole affermare che «nella norma rientrano tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto anche in forma alternata».

Ebbene, nella definizione legale di lavoro agile non sono presenti elementi utili in tal senso – non essendo posto alcun vincolo di ripartizione percentuale dell'orario spendibile al di fuori dei locali aziendali rispetto all'orario normale né circa la programmazione delle giornate di prestazione esterna – ma un dato costante che emerge dalla prassi della contrattazione collettiva e individuale è che, naturalmente, la prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali viene programmata con cadenza regolare e continuativamente, lasciando alle singole parti la concreta definizione di volta in volta dei giorni destinati al lavoro agile, ma prevedendo questa modalità organizzativa come durevole e individuando una frequenza di massima su base mensile o settimanale³⁹⁹. Ne consegue che un rapporto di lavoro agile così strutturato sarebbe concretamente tale da rendere continuativa la prestazione resa a distanza, così consentendo la riconduzione della fattispecie all'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.

A ben vedere, pertanto, l'applicabilità dell'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008 alla fattispecie del lavoro agile prescinde dall'inquadramento dogmatico che si voglia ad essa attribuire, rendendosi necessaria l'applicazione di tale disciplina sia che si propenda per la riconduzione del lavoro agile alla categoria del telelavoro, sia che lo si ritenga una modalità organizzativa del tutto indipendente dal telelavoro. In questo secondo caso, infatti, la prestazione di lavoro agile resa all'esterno dei locali aziendali ricadrebbe comunque nel campo di applicazione della disposizione suddetta in qualità di prestazione continuativa di lavoro a distanza, svolta da un lavoratore subordinato mediante collegamento informatico e telematico.

Pare oltretutto coerente con la modalità organizzativa del lavoro agile il carico prevenzionistico messo a punto dall'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008, che non introduce un'estensione applicativa dell'intero corpo normativo in questione, bensì prevede un regime speciale incentrato essenzialmente sui rischi derivanti dall'utilizzo di videoterminali, i quali costituiscono senz'altro uno strumento – almeno ad oggi – indispensabile per rendere la prestazione a distanza. Già da alcuni decenni, difatti, sono noti i rischi connessi all'uso dei videoterminali, ovvero: disturbi visivi,

³⁹⁹ In molti accordi collettivi, difatti, si regola la fattispecie del lavoro agile stabilendo che le ore di prestazione resa fuori sede non debbano prevalere sulle ore lavorate in azienda, nella convinzione che il rispetto di tale limite garantisca la non applicabilità, oltre che della disciplina sul telelavoro, anche dell'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008; cfr. E. DAGNINO - M. MENEGOTTO - L.M. PELUSI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017. Tale impostazione, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che il requisito della continuità della prestazione a distanza sembra esser soddisfatto anche soltanto dal ricorrere di una continuativa pianificazione della stessa.

muscoloscheletrici, psicosomatici (come lo *stress* lavoro-correlato), irritazioni o allergie cutanee, nonché rischi di natura elettrica e, seppur in misura lieve, da radiazioni ⁴⁰⁰.

5. Il c.d. diritto alla disconnessione.

Come anticipato, l'art. 19, primo comma, della l. n. 81/2017 affida all'accordo di lavoro agile il compito di individuare i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la sua disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Viene così positivizzato il diritto del lavoratore di rendersi irreperibile per il proprio datore di lavoro, e per l'organizzazione imprenditoriale nel suo complesso, senza che ciò comporti alcuna conseguenza pregiudizievole sul piano del trattamento retributivo o contrattuale, né tantomeno rispetto alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Alcuni vedono nel c.d. diritto alla disconnessione un vero e proprio "diritto di nuova generazione" ⁴⁰¹, mentre sembrerebbe preferibile ravvisarvi una mera (nuova) misura di tutela della salute del lavoratore in remoto, consistente nella disconnessione dalle reti aziendali e volta a garantire il godimento del (già esistente) diritto al riposo, ora messo a repentaglio dalla pervasività delle tecnologie dell'informazione ⁴⁰². Proprio per contrastare i rischi – come lo *stress* lavoro-correlato, il c.d. *burnout* e

⁴⁰⁰ Tali rischi erano già messi in evidenza da F. PONTRANDOLFI, *Il telelavoro. Profili della sicurezza e del controllo a distanza e prime applicazioni pratiche*, RIMP, 1999, 6, 1000; R. DUBINI, *Lavoro al videoterminale*, ISL, 1998, 12; E. SALSI, *Lavoro ai videoterminali: il recepimento in Italia della Direttiva n. 90/270/CEE*, DRI, 1996, 3, 74; A. BRIGNONE, *Il lavoro al videoterminale*, DPL, 1994, 47, 3229 ss.; L. MONTUSCHI, *La tutela della salute e la normativa comunitaria*, in M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli Editore, 12 ss.; S. ZANGIROLAMI, *Aspetti generali delle condizioni di lavoro in ambienti con videoterminali*, *Salute e lavoro*, 1990, 23 ss.; G. RIPANUCCI, *Posto di lavoro ai videoterminali, intensità delle radiazioni e regolamentazione ergonomica*, RIMP, 1988, I, 364; R. SATOLLI, *La salute nell'azienda informatizzata*, *Quaderni di Lavoro '80, Il rapporto di lavoro nella società informatica*, 1984, 3. La presenza di rischi connaturati all'utilizzo dei videoterminali, peraltro, era stata divisata ben prima della loro diffusione capillare nei luoghi di lavoro, tanto che tali strumenti erano già classificati come presuntivamente pericolosi in seno al D.P.R. n. 1124/1965, precisamente all'art. 1.

⁴⁰¹ A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 172, la quale rinviene il fondamento di questa innovativa tutela nel combinato disposto degli artt. 2, 4, 14, 32, 36 co. 2 e 41 co. 2, Cost. Ugualmente orientata verso la configurazione del diritto alla disconnessione come un vero e proprio diritto soggettivo sembra essere D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, RCP, 2017, 1, 8 ss., la quale lo riconduce, in maniera del tutto condivisibile, al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950.

⁴⁰² Sulla stretta correlazione tra orario di lavoro e tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, cfr. C. ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di Giustizia*, DRI, 1997, 2, 125 ss.

anche quelli di natura psico-sociale – derivanti da quella che potremmo definire l'ubiquità connettiva, si rende infatti necessario apprestare nuove misure di tutela che prevengano la violazione di quegli stessi limiti orari massimi giornalieri e settimanali menzionati dall'art. 18 della l. n. 81/2017, al fine di garantire ad esempio il rispetto di undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore, come prescritto dall'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003. Sarebbe peraltro opportuno chiedersi perché si sia introdotta questa disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che, svolgendo la prestazione solo in azienda, restano privi di questa forma di tutela, pur non essendo al riparo dal medesimo rischio al di fuori dell'azienda e dell'orario di lavoro.

Non si comprende inoltre la scelta del legislatore di rimettere la regolazione delle modalità di disconnessione all'accordo di lavoro agile, in luogo della contrattazione collettiva, posto che la dimensione individuale risulta del tutto inadeguata a regolare aspetti così delicati del rapporto di lavoro, aspetti in cui si fa pericolosamente labile il confine tra ciò che è dovuto e ciò che non lo è. La sede più appropriata per la pattuizione delle modalità atte a garantire la disconnessione dei lavoratori agili sarebbe stata senza dubbio quella collettiva, cui il legislatore francese ha infatti rimesso la definizione delle modalità di attuazione del diritto alla disconnessione con l'ultima riforma giuslavoristica francese, la c.d. *Loi travail*, l. n. 2016-1088, con la quale è stato per l'appunto introdotto il diritto alla disconnessione in seno all'art. L2242-8 del Codice del lavoro francese⁴⁰³.

6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sin qui osservato, non si può ritenere autosufficiente l'art. 22 della l. n. 81/2017 ai fini della disciplina degli obblighi di salute e sicurezza relativi al lavoro agile. Sarà infatti perfettamente applicabile alla fattispecie l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008, a prescindere dalla riconduzione del lavoro agile alla preesistente tipologia organizzativa del telelavoro.

Ne consegue, ad esempio, che – nonostante il silenzio del legislatore rispetto all'applicabilità della normativa prevenzionistica generale e la mancata previsione nella l. n. 81/2017 di alcun obbligo di natura formativa a carico del datore – il datore di lavoro sarà tenuto, ai sensi dell'art. 177

⁴⁰³ In particolare M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 33, sostiene che l'individuazione del giusto equilibrio tra reperibilità del prestatore di lavoro e diritto alla disconnessione dovrebbe spettare alla contrattazione collettiva, aziendale o anche di categoria. Sul punto cfr. altresì E. DAGNINO, *Il Rapport Mettling sulla trasformazione digitale del lavoro: spunti di riflessione e di metodo*, in L. CASANO, G. IMPERATORI, C. TOURRES (a cura di), *Loi travail: prima analisi e lettura*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2016, 56, 91-94.

del d.lgs. n. 81/2008 cui rinvia l'art. 3, comma 10, ad assicurare ai lavoratori una formazione adeguata e fornire loro informazioni per quanto riguarda le misure applicabili al posto di lavoro (in base all'analisi dei posti di lavoro condotta in sede di valutazione del rischio), le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e la protezione degli occhi e della vista. Si deve d'altra parte osservare che, già con riferimento alla prestazione resa in azienda, il datore avrà l'obbligo di formare il lavoratore ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 81/2008 quindi, per quanto riguarda la sicurezza della prestazione svolta all'esterno, tale obbligo formativo – probabilmente già assolto per via dell'utilizzo dei videoterminali anche in azienda – dovrà quantomeno rispettare i requisiti stabiliti dall'art. 177 del d.lgs. n. 81/2008.

Quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro, si deve ritenere che più saranno circoscritte in sede di accordo di lavoro agile le possibilità di scelta rimesse al lavoratore, maggiori saranno i margini di (responsabilità e di) controllabilità sia degli ambienti di lavoro sia delle modalità temporali di esecuzione della prestazione di cui il datore rimarrà titolare. Al contrario, un accordo di lavoro agile che miri a garantire la massima libertà del lavoratore rispetto ai profili organizzativi della prestazione, non prevedendo ad esempio un elenco tassativo di luoghi in cui poter rendere la prestazione esterna, dovrà presumibilmente comportare una delimitazione della sfera di responsabilità del datore, cui sarà impossibile ascrivere alcun addebito per scelte proprie del lavoratore, pur sempre a condizione che quest'ultimo fosse – oltre che dotato di strumentazioni conformi ai requisiti di legge e idoneo alla mansione – correttamente informato e formato circa i rischi che il datore ha l'obbligo di valutare.

Ciò perché alla maggior responsabilizzazione del lavoratore con riferimento ad aspetti che, come la scelta degli ambienti e dei tempi di lavoro, incidono sulla sua salute e sicurezza, corrisponderà una, almeno parziale, deresponsabilizzazione del datore di lavoro, per tal via privato di fatto del potere di intervento sul fronte di quella che potremmo definire la *prevenzione diretta* dei rischi presenti nei luoghi di lavoro. Tutto questo a condizione, ovviamente, che lo stesso datore abbia correttamente adempiuto a tutti gli obblighi prevenzionistici prescritti dall'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008, apprestando anche quelle misure di formazione e informazione dei lavoratori qualificabili come *prevenzione indiretta*.

Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto

Giovanna De Nardo^α

SOMMARIO: 1. Il lavoro agile nella disciplina normativa, fra incremento della competitività e conciliazione vita-lavoro. – 2. Il delicato accordo delle parti nel lavoro agile. – 3. Il lavoro "subordinato" e agile. – 4. Salute e sicurezza nel lavoro agile: l'auto-responsabilità del lavoratore. – 5. I difficili tempi di riposo. – 6. Diritto alla disconnessione: in bilico fra accordo individuale e buon senso.

1. Il lavoro agile nella disciplina normativa, fra incremento della competitività e conciliazione vita-lavoro.

Il lavoro agile è una modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato: è stato oggetto di recente disciplina con la Legge 81/2017, un intervento normativo necessario e molto atteso, in ragione dell'interesse che questa modalità ha suscitato nel mondo del lavoro.

Lo *smart working* è certamente il risultato della digitalizzazione del lavoro; si assiste, infatti, ad un inevitabile cambiamento della nostra società generato dal progresso delle tecnologie, che rende possibile il superamento del concetto "fisico" di "ufficio" e di "lavoro" in generale. Con il supporto di adeguate tecnologie informatiche è possibile lavorare ovunque e questa possibilità è stata trasformata in una realtà giuridicamente disciplinata e tutelata.

^α Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nella Sapienza Università di Roma, Membro GggS.

Questa modalità di lavoro ha incontrato il favore dei lavoratori ed, in fondo, anche dei datori di lavoro. Per i primi vi è l'indubbio vantaggio di poter conciliare le proprie esigenze personali con la vita lavorativa, che costituisce, d'altronde, uno degli obiettivi dichiarati dal Legislatore: il venir meno di uno spostamento fisico verso la sede di lavoro (e la possibilità di svolgere la prestazione lavorativa in qualsiasi luogo, purché dotati dei necessari strumenti tecnologici) rende possibile, infatti, per il lavoratore una maggiore dedizione al lavoro, laddove la prestazione può essere resa collocandola in fasce orarie che non interferiscano con altri eventuali e concomitanti impegni familiari o personali, ciò soprattutto in considerazione del fatto che la legge libera il lavoratore da <<precisi vincoli di orario e luogo di lavoro>>, ponendo l'unica condizione della <<durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale>> (art. 18, L. 81/2017). Questo aspetto, soprattutto nell'ambito di sistemi di *welfare* poco efficienti, si rivela un elemento fondamentale affinché i lavoratori siano ben disposti nei confronti della possibilità di poter superare le difficoltà organizzative del vivere quotidiano attraverso lo svolgimento della prestazione da remoto, con una maggiore libertà di luoghi e di orario.

La disciplina normativa rimette all'accordo fra le parti l'organizzazione della prestazione lavorativa, che può essere eseguita anche con <<con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi>>: il Legislatore si spinge fino a liberare il lavoro agile da alcuni dei caratteri che per decenni hanno costituito gli elementi distintivi del lavoro subordinato rispetto al lavoro autonomo, quali la precisa collocazione dell'orario di lavoro e soprattutto il vincolo della durata minima dell'orario stesso. La prestazione può, inoltre, essere resa <<per obiettivi>>, così mutuando, all'interno di un rapporto di lavoro subordinato, elementi tipici del lavoro autonomo o parasubordinato.

Il confine fra le categorie giuridiche che da sempre hanno rappresentato i punti di riferimento dottrinali e giurisprudenziali del lavoro diventa più fluido e permette delle combinazioni fino a ieri impensabili.

Tale modalità di esecuzione della prestazione ha inaspettatamente incontrato anche il favore dei datori di lavoro, ai quali il Legislatore consacra, quale obiettivo della disciplina normativa, <<l'incremento della competitività>>. I datori, infatti, dalla possibilità che l'attività lavorativa venga eseguita dai prestatori <<in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa>> (art. 18, L. 81/2017) ricavano alcuni vantaggi, il primo dei quali consiste nel poter contare su risorse responsabilizzate rispetto agli obiettivi loro assegnati e che, avendo la possibilità di lavorare in qualsiasi luogo, non avranno la necessità di assentarsi per assolvere ai propri oneri familiari o personali: pertanto, l'attività lavorativa non sarà penalizzata dall'eventuale necessità di

permessi o congedi, potendo il lavoratore collocare l'esecuzione della prestazione nella fascia oraria a lui più congeniale con l'unico vincolo del raggiungimento dell'obiettivo. Inoltre, non può escludersi che l'entrata a regime di tale modalità di esecuzione della prestazione renda possibile una riqualificazione degli spazi aziendali.

Il datore di lavoro non sembrerebbe, dunque, spaventato dalla possibile perdita del potere di controllo sul lavoratore, laddove una corretta organizzazione della prestazione lavorativa può, indubbiamente, compensare la perdita di un controllo "fisico" con un incremento della produttività sotto diversi aspetti.

2. Il delicato accordo delle parti nel lavoro agile.

In Italia, vi sono attualmente circa 300.000 i lavoratori agili e grandi aziende hanno provveduto a sottoscritto accordi sindacali finalizzati all'introduzione di tale modalità (si pensi, in proposito all'accordo delle Ferrovie dello Stato e all'accordo Enel) e vi è un interesse anche da parte di piccole e medie aziende.

Il Legislatore, forse sulla scia dell'entusiasmo che il lavoro agile ha suscitato nel modo del lavoro, sembra anche fiducioso rispetto alla possibilità che le parti regolino correttamente l'esecuzione della prestazione, riservando all'accordo fra le stesse la maggior parte della disciplina della modalità di lavoro agile.

Ciò risulta comprensibile soprattutto per quanto concerne aspetti quali la stretta esecuzione della prestazione, laddove le parti, meglio di entità terze (quali la legislazione nazionale o la contrattazione collettiva) possono definire i confini specifici dell'attività.

Richiede, invece, un sapiente sforzo, da ambedue le parti dell'accordo, la predisposizione di una corretta individuazione dei <<tempi di riposo nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro>> (di cui si dirà più avanti in modo più approfondito) e, da ultimo, la predisposizione di un piano permanente di apprendimento e di una certificazione delle competenze.

Ad oggi, in molte realtà aziendali l'avvio della sperimentazione è passata per la contrattazione collettiva, con la conclusione di specifici accordi con le rappresentanze sindacali e le prime esperienze di lavoro agile nelle aziende non sembrano aver incontrato particolari criticità: i vantaggi apportati alle parti fanno ben sperare di trovarsi di fronte al giusto punto di incontro fra esigenze del prestatore ed esigenze datoriali.

Deve, peraltro, essere evidenziato che gli accordi ad oggi conclusi, coerentemente con le previsioni normative, si caratterizzano per una connotazione occasionale o comunque non continuativa del lavoro agile,

che resta, pertanto, una modalità "recessiva" rispetto al lavoro normalmente svolto presso la sede dell'azienda (fra tutti, si vedano in proposito gli accordi Enel, Nestlé, Barilla, Snam, Cariparma, General Motors, che prevedono lo svolgimento di lavoro agile per un massimo di alcuni giorni al mese o, in alcuni casi, all'anno). Nel quadro appena delineato risulta evidente come anche gli aspetti problematici tendano a diluirsi, non attagliandosi alla quotidianità.

Sarà, in ogni caso, necessario aspettare che la modalità agile da sperimentazione si trasformi in applicazione "navigata" per poter tracciare un quadro completo delle criticità e delle prospettive di miglioramento della sua disciplina.

3. Il lavoro "subordinato" e agile.

Non può escludersi, in proposito, che sarà proprio l'eventuale contenzioso a fornire un metro di giudizio sul lavoro agile nella sua applicazione e regolamentazione.

Ci si potrebbe chiedere, a tal fine, quali sono gli aspetti che già fin d'ora sembrano avere il *fumus* della criticità. Di primo acchito ed indipendentemente dalla disciplina normativa, l'aspetto che parrebbe portare con sé il germe dell'ambiguità è il superamento di alcuni elementi delle categorie giuridiche tradizionali, laddove i lavoratori agili, per definizione "subordinati", svolgono la propria prestazione con delle modalità prese in prestito dal lavoro autonomo (ci si riferisce, in particolare, all'organizzazione dell'attività lavorativa per fasi, cicli ed obiettivi). Tuttavia, tale "ambiguità" risulta solo apparentemente problematica, laddove la disciplina normativa ha già superato qualsiasi problema definitorio rendendo possibile l'esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato con modalità che richiamano il lavoro autonomo o parasubordinato, con tutte le tutele accordate al lavoro subordinato che ne conseguono.

Del resto, il processo di "modernizzazione" del diritto del lavoro e lo scostamento da schemi rigidi di definizione delle categorie giuridiche aveva già coinvolto il Legislatore allorquando, ai sensi dell'art. 2 della L. 81/2015, ha riconosciuto l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni continuative come conseguenza del potere del committente di organizzare la prestazione del collaboratore quanto ai tempi e al luogo di lavoro. In questa visione complessiva, è legittimo aspettarsi che il diritto si evolva nel senso di immaginare delle forme di tutela che trovino applicazione indipendentemente dalle categorie giuridiche di appartenenza: ci si potrebbe arrischiare nell'immaginare che fra qualche anno l'evoluzione normativa approdi a forme di tutela non ancorate alle categorie legali della subordinazione o dell'autonomia o allo status di

lavoratore o dirigente, atteso che <<riorganizzare le protezioni del lavoro significa adeguare gli assetti attuali al principio costituzionale (art. 35) che impegna il legislatore a tutelare il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni>>⁴⁰⁵.

La "diluizione" delle categorie giuridiche è, del resto, un fenomeno transazionale, laddove si assiste, a livello internazionale, ad una sorta di <<tendenza espansiva della nozione di subordinazione>>. In Germania, la nozione di subordinazione ha subito una rielaborazione giurisprudenziale volta a consentirle di abbracciare il maggior numero di prestatori di lavoro: in particolare, la Corte Federale, nell'ambito delle nozioni codicistiche di *Werkvertrag* e *Dienstvertrag* (intesi come "contratto di appalto" e "contratto di lavoro") ha elaborato una nozione di subordinazione basata sul concetto di dipendenza personale, così da poterne estendere la disciplina. In Francia la giurisprudenza rivisita il concetto del vincolo di subordinazione al fine di assoggettarli anche <<situazioni di subordinazione estrinseca riguardanti l'osservanza dell'orario di lavoro, ovvero l'obbligo di rendiconto di un lavoratore autonomo nella dimensione tecnica del proprio lavoro>>. Anche i Paesi di *common law*, complice l'avanzata dell'economia collaborativa e del lavoro su piattaforma digitale, manifestano la tendenza ad adottare soluzioni che evitino la sottrazione di tutele a coloro che svolgono la prestazione in forma di lavoro autonomo⁴⁰⁶. In proposito, si richiama la sentenza del 28 ottobre 2016, con cui l'*Employment Tribunal* di Londra, nella causa promossa da due autisti di Uber per l'accertamento della subordinazione del rapporto instaurato con la piattaforma, si è già pronunciato riconoscendo agli autisti la qualità di *workers* e non di *self-employed men*⁴⁰⁷.

In Italia, sembra potersi assistere ad un fenomeno di osmosi fra le categorie giuridiche, più che ad un'espansione del concetto di subordinazione, posto che, accanto all'estensione dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente, vi è una penetrazione degli elementi del lavoro autonomo all'interno del lavoro subordinato, come avviene, quanto alla modalità esecutiva, per il lavoro agile: le tutele sembrano, pertanto, doversi

⁴⁰⁵ A.MARESCA, *Smart working, subordinazione soft*, *Il Sole 24 Ore*, 26/07/2017, 18.

⁴⁰⁶ A. PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, *LD*, anno XXXI, n. 2, primavera 2017, 251 ss.

⁴⁰⁷ Nella fattispecie richiamata, il Tribunale inglese fonda il proprio convincimento sulle circostanze per cui, sebbene gli strumenti materiali siano di proprietà dell'autista (automobile e telefono cellulare), tuttavia gli strumenti immateriali della rete e della piattaforma digitale risultano interamente organizzati e amministrati dalla società, ivi inclusa la gestione dei contatti con la clientela.

orientare verso una logica di tutela del lavoratore-persona, a prescindere dalla categoria giuridica di appartenenza.

4. Salute e sicurezza nel lavoro agile: l'auto-responsabilità del lavoratore.

Le criticità potrebbero, invece, concentrarsi maggiormente in aspetti che lambiscono la sicurezza sul lavoro, atteso che l'art. 2087, c.c. - norma dalla portata molto ampia - incontra, però, il limite dell'impossibilità che il controllo del datore di lavoro sull'applicazione delle prescrizioni relative alla sicurezza si estenda al di fuori dell'ambiente istituzionale di lavoro, vale a dire, per esempio, al domicilio del lavoratore o ad altra sede da lui scelta per lavorare in modo agile.

Analogamente, nella storia giurisprudenziale della norma citata, è doveroso riportare un orientamento che tendeva a limitare la portata dell'art. 2087 nell'ipotesi di svolgimento di prestazioni di lavoro autonomo, ricomprendendo nel confine della stretta applicazione della disposizione esclusivamente le situazioni di lavoro subordinato, ciò in ragione del fatto che il contratto d'opera, ai sensi dell'art. 2222 del codice civile, è caratterizzato dall'autonomia del prestatore in relazione ai mezzi scelti per l'esecuzione dell'opera e allo svolgimento dell'attività stessa. In tal senso, una parte della giurisprudenza ha ritenuto che non sia ipotizzabile un dovere di controllo del committente esteso anche all'adeguatezza dei mezzi e allo svolgimento dell'opera⁴⁰⁸.

In realtà, sembra più ragionevole leggere l'art. 2087 nell'ottica di un'interpretazione ampia ed estesa, in generale, a tutte <<le obbligazioni contrattuali imposte, *ex lege*, ai soggetti a cui favore la prestazione lavorativa, sia essa autonoma o subordinata viene resa>>⁴⁰⁹.

Nel caso specifico del lavoro agile il Legislatore rimette l'assolvimento degli obblighi di tutela della salute e della sicurezza, da parte del datore di lavoro, alla consegna al lavoratore di un'informativa scritta che individui i rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

La norma appare superficiale nell'assicurare un'efficace tutela della salute e della sicurezza per due ragioni: da un lato, la semplice consegna dell'informativa potrebbe non essere sufficiente a proteggere dai rischi effettivi il lavoratore agile; d'altro canto, si deve riconoscere la difficoltà,

⁴⁰⁸ Si vedano in proposito Cass., sez. III, 26 gennaio 1995, n. 933, Cass., 16 luglio 2001, n. 9614, Cass., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128.

⁴⁰⁹ D. MESITI, *L'ambito di applicazione della tutela prevenzionistica ed antfortunistica e, segnatamente, dell'art. 2087 c.c.*, LG, n. 4/2017, 321 ss.

per il datore di lavoro, di poter ricoprire efficacemente la propria posizione di garanzia, operando, il lavoratore, in locali diversi da quelli aziendali⁴¹⁰.

D'altronde, il lavoro agile, pur espressamente ricompreso nella categoria del lavoro subordinato, contiene, per via della sua modalità esecutiva, alcuni punti di contatto con il lavoro autonomo, di cui si è già avuto occasione di fare menzione. Pur nella consapevolezza che, alla luce di quanto sopra richiamato, le analogie dello "smart working" con alcune modalità esecutive del lavoro autonomo non possono compromettere un'unitaria tutela del diritto alla salute nell'ambito del rapporto di lavoro, restano oscuri alcuni punti di tale garanzia di tutela, a causa, essenzialmente, della particolarità del luogo di lavoro, posto che questo è diverso dalla sede normale di lavoro e può coincidere con il domicilio del lavoratore o con altro luogo "ragionevolmente" scelto (cfr art. 23 della l. 81/2017) dal lavoratore.

Infatti, se si abbraccia la teoria secondo la quale al datore di lavoro compete l'assolvimento degli obblighi di tutela della sicurezza nei confronti di tutti coloro che svolgono una prestazione lavorativa (subordinata o autonoma) nei luoghi di lavoro dell'azienda, resta, comunque, difficile immaginare una piena responsabilità per il datore di lavoro nel momento in cui la prestazione si svolge, fisicamente, in un luogo che sfugge al suo controllo.

In questa visione, era già stato elaborato in giurisprudenza ed in dottrina il "modello collaborativo" della sicurezza sul lavoro, in cui l'applicazione delle norme (e la conseguente responsabilità in caso di mancata applicazione) vede l'insorgere della partecipazione del lavoratore, a cui non è più riservato il ruolo di soggetto recettivo passivo delle disposizioni sulla sicurezza, bensì un ruolo attivo di "incaricato" del compito di permettere una corretta applicazione delle stesse disposizioni attraverso una sua collaborazione.

Il Legislatore, con l'art. 2087, ha introdotto una norma aperta e di collegamento fra il sistema codicistico e la Carta costituzionale, laddove la norma in argomento a garantire il rispetto di molte delle disposizioni costituzionali⁴¹¹.

Il datore di lavoro si pone, anche in ragione dell'importanza degli obblighi previsti dall'art. 2087, in una posizione di garanzia, essendo tenuto ad assicurare l'adempimento degli obblighi prevenzionistici e della fornitura dei necessari strumenti di protezione. La posizione di garanzia ricoperta

⁴¹⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, DRI, n. 3/XXVII-2017, 771 ss.

⁴¹¹ Cfr. artt. 4, 32, 41 della Costituzione.

dal datore di lavoro comporta necessariamente che egli debba esercitare una vigilanza nei confronti dei destinatari della tutela.

Nell'ipotesi di svolgimento della prestazione in modalità "agile", è indispensabile rileggere le disposizioni citate, laddove il controllo sul lavoro remotizzato necessariamente risulta attenuato.

È proprio in situazioni quali lo svolgimento della prestazione da remoto (come nel lavoro agile, o talvolta, nel lavoro autonomo) che può radicarsi la plausibilità del principio di autoresponsabilità del lavoratore, laddove - in assenza della possibilità di una stretta verifica da parte del datore di lavoro circa l'applicazione degli obblighi in materia di salute e sicurezza del lavoratore - è egli stesso che deve assicurare la propria collaborazione al fine di garantire l'effettiva applicazione degli obblighi in parola, come è, del resto, sancito dalla disciplina normativa al secondo comma dell'art. 22 della l. 81/2017⁴¹².

L'elaborazione giurisprudenziale del principio di autoresponsabilità del lavoratore ha condotto alla delineazione di un concorso di colpa del lavoratore, che assume una rilevanza tale da poter delimitare proporzionalmente la responsabilità del datore di lavoro fino a eroderla completamente⁴¹³.

Si ritiene che proprio nell'ottica di non pretendere dal datore di lavoro un controllo impossibile nella sua attuazione e di delimitare l'area di rischio, che potrebbe subire un'estensione con la modalità *smart*, il Legislatore abbia inserito nel testo normativo il terzo comma dell'art. 23 della l. 81/2017, ove viene precisato che il diritto alla tutela assicurativa per il danno *in itinere* è dovuto <<quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza>>.

La genericità del parametro adottato finisce, tuttavia, per gettare sulla disposizione di cui sopra l'ombra dell'ambiguità, laddove non essendovi criteri oggettivi che delimitino il perimetro della "ragionevolezza", non si

⁴¹² A proposito del lavoro agile, G. SANTORO PASSARELLI, cit., 785, afferma che <<il grado di questa cooperazione (...) è verosimilmente maggiore di quello esigibile dai lavoratori che operano all'interno dell'impresa>>.

⁴¹³ In tal senso P. TULLINI, *Sicurezza sul lavoro: posizione di garanzia del datore e concorso di colpa del lavoratore*, *LABOR Il lavoro nel diritto*, Pacini Giuridica, n. 2, marzo-aprile 2017, che precisa che <<la condotta del lavoratore sarebbe in grado di escludere la responsabilità datoriale, interrompendo il nesso causale tra l'attività prevenzionistica obbligatoria e il verificarsi dell'infortunio, quando sia esorbitante rispetto alle mansioni affidate e alle direttive ricevuto oppure abnorme perché fuoriesce dall'organizzazione e dal contesto lavorativo, o ancora presenti i caratteri dell'atipicità ed eccezionalità così da porsi come causa esclusiva e determinante dell'evento lesivo>>.

può escludere un'espansione della discrezionalità del giudice in sede di contenzioso⁴¹⁴.

Ciò sembrerebbe confermato dalla posizione assunta dall'INAIL in sede di emanazione della Circolare n. 48 del 2 novembre 2017, nella quale l'Istituto – nel prendere atto che l'accordo individuale è il portatore ufficiale dell'individuazione dei rischi lavorativi e dei riferimenti spazio-temporali necessari ai fini del riconoscimento delle prestazioni antinfortunistiche – specifica, però, che, laddove tali elementi non fossero dettagliatamente e precisamente individuati dall'accordo, <<ai fini dell'indennizzabilità dell'evento infortunistico saranno necessari specifici accertamenti finalizzati a verificare la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela e, in particolare, a verificare se l'attività svolta dal lavoratore al momento dell'evento infortunistico sia comunque in stretto collegamento con quella lavorativa, in quanto necessitata e funzionale alla stessa, sebbene svolta all'esterno dei locali aziendali>>.

5. I difficili tempi di riposo.

La disciplina del lavoro agile affida all'accordo individuale la regolamentazione di aspetti particolarmente delicati del rapporto di lavoro; fra questi vi è, indubbiamente, la definizione dei tempi di riposo.

Tuttavia, l'art. 19 della L. 81/2017 non sembra fornire uno schema esaustivo ed inequivoco rispetto ad una corretta regolamentazione della materia dei tempi di riposo: infatti, la norma citata, letta alla luce dell'art. 1, lett. b) del D.Lgs. 66/2003 (ai sensi del quale il periodo di riposo è <<qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro>>), genera di certo difficoltà interpretative, atteso che non vi è un preciso orario che governa il lavoro agile; pertanto, vi è chi avanza il dubbio che si potrebbe giungere all'estrema conclusione di ritenere quale orario di lavoro tutto ciò che non sia espressamente definito come riposo⁴¹⁵.

Pur non volendo arrivare a questo estremo, la formulazione della norma sembra, in ogni caso, non rinfrancare gli animi, nella misura in cui non può escludersi che la disposizione dei tempi di riposo, oggetto di disciplina nell'accordo individuale, possa collocare il lavoratore su orari <<anomali e non consecutivi o distribuiti a chiazze>>⁴¹⁶ che finiscono per sacrificare la libertà e il rispetto della vita personale del lavoratore alla flessibilità.

⁴¹⁴ Si veda in proposito G. SANTORO PASSARELLI, cit., 786.

⁴¹⁵ E.MASSI, *Il lavoro agile: problemi e prospettive*, *Dottrina per il lavoro*, maggio 2017, 4 e ss.

⁴¹⁶ Cfr., in questo senso M. FREDIANI, cit., 633.

La norma si porrà, dunque, all'esame dell'applicazione pratica: non si può escludere che la stessa sarà oggetto di chiarimenti successivi, al fine di rendere più corretta ed uniforme la collocazione dei tempi di riposo.

6. Diritto alla disconnessione: in bilico fra accordo individuale e buon senso.

Allo stesso modo è sempre rimessa all'accordo fra le parti la predisposizione di misure tecniche ed organizzative per garantire la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Il principio di collaborazione del lavoratore risulta particolarmente pertinente laddove si affronti il tema della disconnessione, inteso come diritto/dovere, nell'alveo della tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, essendo nella disponibilità materiale del lavoratore la possibilità di "staccarsi dalla rete" ed accantonare il lavoro, in particolare quando questo si compie nello stesso luogo in cui si svolge anche la vita privata del lavoratore.

Lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile si presta, infatti, ad un'estrema permeabilità fra la vita privata e quella lavorativa (cd. *time porosity*), laddove, molto spesso, l'ambiente nel quale esse si svolgono è il medesimo. Per questa ragione è fondamentale, al fine di garantire il benessere psicofisico del lavoratore, che siano predisposte attente tutele, sia in materia di attuazione del diritto alla disconnessione, che in materia di garanzia dei tempi di riposo. Appare, pertanto, quanto mai opportuna una disciplina esplicita del tempo di "non lavoro", al fine di scongiurare una progressiva invasione del tempo di lavoro nel tempo di vita⁴¹⁷.

Il diritto alla disconnessione è espressamente richiamato dalla l. 81/2017 all'art. 19, 1° comma, nel quale si precisa che esso trova la sua disciplina nell'accordo individuale.

Naturalmente, la prima garanzia per l'attuazione del diritto alla disconnessione e per la fruizione di un congruo periodo di riposo quotidiano risiede nell'assegnazione al lavoratore di obiettivi ragionevolmente raggiungibili nel lavoro quotidiano: si può, pertanto, affermare che la tutela di tali diritti è consegnata prima di tutti al buon senso del datore di lavoro.

Ci si chiede, tuttavia, se l'affidamento di tali garanzie innanzitutto ad un equilibrato accordo fra le parti e poi al buon senso del datore di lavoro, sia davvero sufficiente a garantirne la reale attuazione o se, al fine di prevenire un eventuale e cospicuo contenzioso futuro, non sarebbe il caso di incrementarne la tutela attraverso misure di legislazione nazionale o attraverso la delega di disciplina alla contrattazione collettiva.

⁴¹⁷ M. FREDIANI, cit., 630 ss.

È ragionevole pensare che sarebbe stato più corretto <<affidare alla contrattazione collettiva, aziendale o anche di categoria, il compito di definire, in termini di organizzazione del lavoro e sua sostenibilità, il giusto equilibrio tra reperibilità del prestatore di lavoro e diritto alla disconnessione entro determinati orari di lavoro stabiliti collettivamente>>⁴¹⁸.

In proposito può costituire un valido riferimento l'approccio del Legislatore francese rispetto al diritto alla disconnessione, ritenuto, evidentemente, di particolare importanza, se la sua applicazione è generale e riservata ad ogni dipendente di imprese con più di 50 lavoratori (non è, in altri termini, limitato ad una specifica modalità esecutiva della prestazione). Esso è stato ufficializzato con la *Loi Travail* dell'8 agosto 2016 e recepito nel *Code du Travail* come un diritto oggetto di negoziazione collettiva o, in mancanza, della decisione unilaterale del datore di lavoro a seguito del parere delle rappresentanze sindacali presenti in azienda (Art. L. 2242-8, *Code du Travail*): le imprese citate devono introdurre forme di regolazione degli strumenti telematici volte ad assicurare il rispetto dei tempi di non lavoro e garantire un equilibrio tra vita professionale e vita personale e familiare⁴¹⁹.

In conclusione, la sfida del Legislatore potrebbe non essersi ancora conclusa, laddove è possibile immaginare che sia necessario un intervento normativo o una delega alla contrattazione collettiva nel disciplinare e salvaguardare alcuni diritti e interessi oggi affidati all'autonomia delle parti.

⁴¹⁸ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del lavoro*, WP CSDLE Massimo D'Antona, 335-2017, 35.

⁴¹⁹ C. DECHRISTÈ, *Le misure più rilevanti della loi Travail*, LABOR *Il lavoro nel diritto*, Pacini Giuridica, n. 2, marzo-aprile 2017