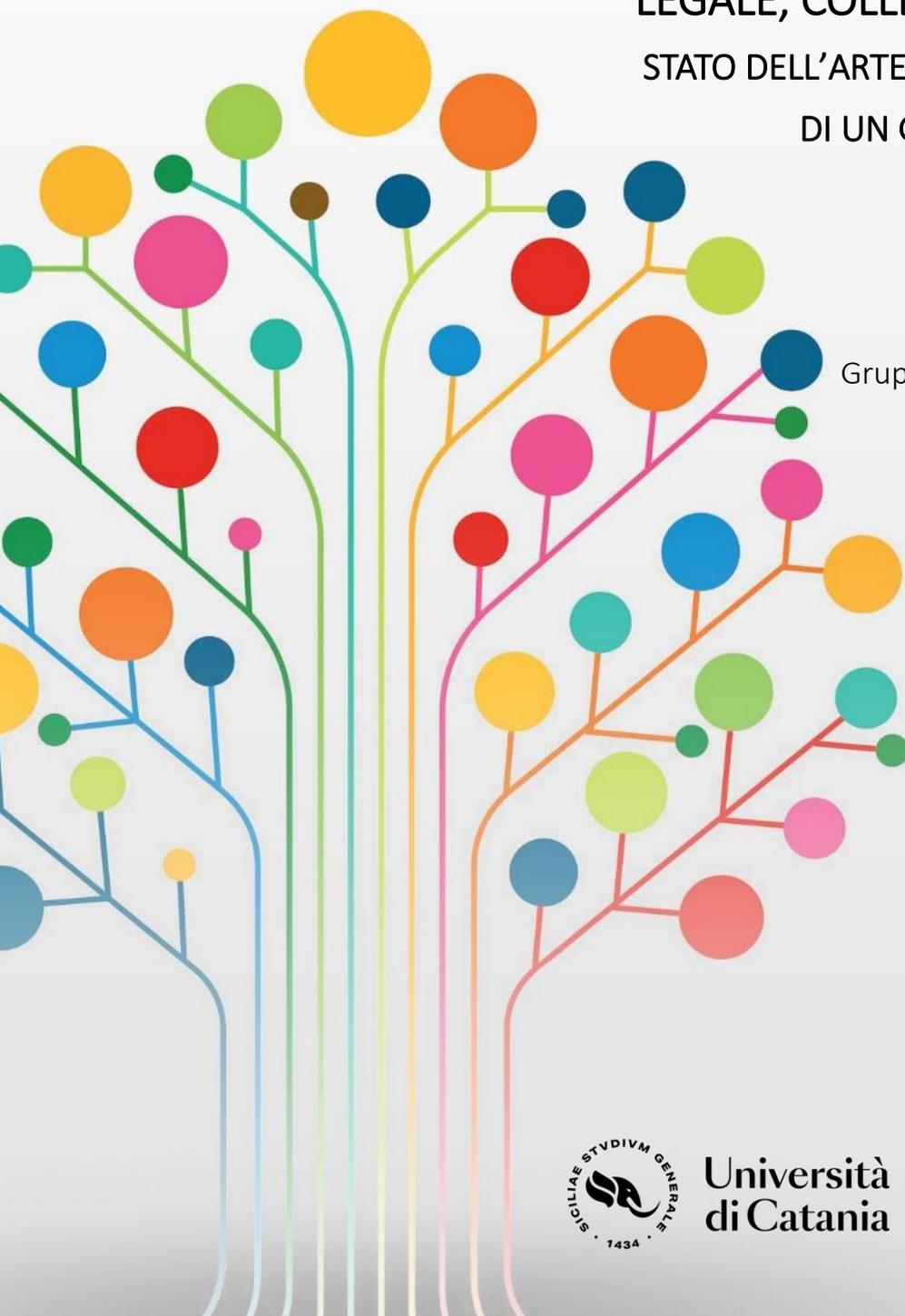


20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"

IL LAVORO AGILE NELLA DISCIPLINA
LEGALE, COLLETTIVA ED INDIVIDUALE.
STATO DELL'ARTE E PROPOSTE INTERPRETATIVE
DI UN GRUPPO DI GIOVANI STUDIOSI

a cura di
Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza
(GggS)



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

MATTEO VERZANO, Sapienza Università di Roma

STEFANO CAIROLI, Sapienza Università di Roma

LUISA MONTEROSSO, Sapienza Università di Roma

GIULIA MARCHI, Università di Milano

MARCO CUTTONE, Università di Catania

ANTONIO RICCIO, Università di Firenze

STEFANO BINI, Università di LUISS "Guido Carli"

ANNAMARIA DONINI, Università di Bologna

ANGELO DELOGU, Università di Urbino "Carlo Bo"

DOMENICO MEZZACAPO, Sapienza Università di Roma

FABRIZIO FERRARO, Sapienza Università di Roma

LORENZO M. PELUSI, Università di Bergamo

GIOVANNA DE NARDO, Sapienza Università di Roma

Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale.

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

a cura di
Gruppo giovani giuslavoristi
Sapienza (GggS)

SOMMARIO

Presentazione	
Matteo Verzaro	1
Relazioni	
La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni	
Stefano Cairoli	2
Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive	
Luisa Monterossi	13
Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile	
Giulia Marchi	21
Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile	
Marco Cuttone	28
L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione	
Antonio Riccio	36
Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. brevi osservazioni	
Stefano Bini	46
I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato	
Annamaria Donini	55
Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile	
Angelo Delogu	65

Interventi

Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti

Domenico Mezzacapo

74

Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile

Fabrizio Ferraro

83

Il lavoro agile tra l'eshaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.lgs. n. 81/2008

Lorenzo M. Pelusi

95

Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto

Giovanna De Nardo

103

Presentazione

Matteo Verzaro

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.

Relazioni

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

Stefano Cairoli

1. Accordo di lavoro agile e prestazione svolta in modalità agile.	3
2. L'assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo: senso e limite della previsione.	4
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.	5
4. La flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale e non obbligatorio.	7
5. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio.	9
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.	11

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.

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 crescenti.

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 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 mensile) 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 quantità.

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 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 lavoro.

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 aziendali, nelle forme socialmente tipiche che conducono all'ordinaria applicazione delle regole in materia di sicurezza e sui poteri datoriali: né vi sarebbe ragione alcuna, del resto, per differenziare le tutele intra-aziendali.

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 distacco, o la trasferta.

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.

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.

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 approfondimento ed appare densa di implicazioni in merito alla specialità del lavoro in forma agile, 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 direttivo (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'accordo.

Per altro verso, tuttavia, nell'esperienza legislativa del lavoro a domicilio, in espressa deroga all'art. 2094 c.c. la subordinazione ricorre 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 alternata, 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 prestazione, a cominciare dall'esercizio dei poteri, dalla regolamentazione del tempo e dell'organizzazione del lavoro.

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'azienda.

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..

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.

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, istituito 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 rilevato, con riferimento a una prestazione di lavoro subordinato 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 generali.

Quella della sicurezza sarebbe, secondo taluni, 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 prestazione 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 intesa.

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 fissa, compatibile con quello ma escluso in queste, ora sulla base del criterio della regolarità intesa come "prevalenza" dello svolgimento della prestazione fuori dai locali aziendali.

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 mobile e, per altro verso, anche il telelavoro può essere

reso in forma alternata 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”.

Semmai più convincente può essere quella distinzione basata sul diverso assetto che possono assumere i poteri del datore di lavoro nel lavoro agile, 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 del datore di lavoro è del tutto eventuale, 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 telelavoro), con una nozione diversa, di “continuatività”, anch’essa interpretata in modi molto diversi tra loro, e soprattutto perché non sarebbe comunque esclusa un’applicazione analogica delle tutele di cui all’art. 3, comma 10.

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 sicurezza.

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 gruppo, 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 senza riconoscere, almeno espressamente, alcun ruolo alla contrattazione collettiva.

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 individuale, 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 agile 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 contributivi, in altre fonti normative anche successive alla legge n. 81/2017 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 attenersi, integrative di una disciplina legale piuttosto scarna.

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 contrasti, 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. 81/2017.

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

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

Luisa Monterossi

1. La duplice finalità della disciplina sul lavoro agile.	14
2. La promozione del lavoro agile attraverso il riconoscimento degli incentivi fiscali e contributivi.	15
2.1 Lavoro agile, produttività e benefici fiscali.	15
2.2 Il lavoro agile quale strumento di conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro e i connessi sgravi contributivi.	16
3. Il principio di parità di trattamento economico e normativo ex art. 20, comma 1, l. n. 81/2017.	17
4. Gli spazi di intervento dell'autonomia individuale in materia di retribuzione.	18
5. Le previsioni della contrattazione collettiva ante l. n. 81/2017.	19

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 aziendale, essendo stato oggetto di sperimentazione grazie alla contrattazione collettiva 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», 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 2012, 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 professionale. Il dipendente durante le giornate di lavoro agile non è tenuto a recarsi presso la sede assegnatagli, ma adempie l'obbligazione lavorativa in un luogo posto all'esterno dei locali aziendali, da lui unilateralmente individuato. 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 collettiva.

È bene evidenziare che la menzionata l. n. 81 non impone una necessaria compresenza delle due finalità: 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 aziendale. 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 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: 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 livello.

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 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% 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 nazionale (cd. accordi fotocopia). In queste ipotesi 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 calcolo. 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», 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 innovazione 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.

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 variabile a favore di quei datori di lavoro che abbiano stipulato (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 agile.

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

Pertanto, mutuando una tecnica già sperimentata in relazione ad alcune tipologie contrattuali, 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.

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 prevalente 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 conglobamento. Sicché è consentito alle parti differenziare anche in peius una parte del trattamento del lavoratore agile, purché siffatta diversificazione sia adeguatamente controbilanciata da previsioni più favorevoli.

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 agile.

Non dovrebbero porsi particolari problemi, almeno sul piano retributivo, 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.

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 dipendente. 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 rendimento. 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'azienda.

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

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 agile. 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 agile.

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 approfondire 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 1.

In ogni caso occorre precisare che, come rilevato autorevolmente in dottrina, 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 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. 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 agile, 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 dipendente.

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.

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 supremazia 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 Ccnl. Anche in tali ipotesi la mancata erogazione del relativo trattamento non configura un'illegittima 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 pasto. Alcuni accordi collettivi riconoscono il diritto del lavoratore agile a percepirlili, 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 di mensa interna aziendale, la fruizione del pasto, per garantirgli il benessere fisico necessario per la prosecuzione della prestazione lavorativa.

Pertanto, l'assenza del dipendente presso la sede aziendale nonché l'autonoma gestione dello spazio e, soprattutto, del tempo di lavoro potrebbero giustificare 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.

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

Giulia Marchi

1. La disciplina del patto di lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81.	22
2. Gli obiettivi del lavoro agile.	22
3. La definizione di lavoro agile.	23
4. Il patto di lavoro agile disciplina le modalità di esercizio dei poteri datoriali?	24
5. Le modalità di svolgimento della prestazione di lavoro agile.	25
6. La scelta del luogo di lavoro e la tutela della salute e della sicurezza dello <i>smart worker</i> .	26
7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del lavoro agile.	27

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 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 lavorativa.

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 agile, sugli strumenti utilizzati e sulle misure dirette a tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori. 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».

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 nell'accesso al lavoro agile. 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 minorenni 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» 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». 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.

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 collettiva.

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» 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». 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 subordinato. 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».

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».

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».

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 aziendali.

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 unilaterale. È perciò ragionevole ritenere che la norma non riconosca all'autonomia individuale una facoltà di limitare i poteri datoriali, 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 stato forse più opportuno affidare un simile compito proprio ai contratti collettivi.

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 lavoro. 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 progetto. 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 autonomo. Sulla base di tali valutazioni appare condivisibile la posizione di chi rileva come i confini tra subordinazione ed autonomia tendano ad essere sempre più sfumati. 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 tutele. 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».

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»: 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».

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 collettiva.

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*.

Le giornate di lavoro agile sono pianificate in base a quanto definito fra dipendente e diretto responsabile. 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 settimana. 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, 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 temporali. 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 osservare.

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

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». 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.

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

Marco Cuttone

1. Premessa: il lavoro agile tra “estensione” della subordinazione e valorizzazione dell'autonomia individuale.	29
2. Il lavoro agile quale peculiare forma della fattispecie del lavoro subordinato.	30
3. L'impatto propulsivo della revanche dell'autonomia individuale.	31
3.1 L'accantonamento del ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione della fattispecie.	31
3.2 Il ruolo propulsivo dell'accordo individuale nella regolamentazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.	32
4. Conclusioni: l'effetto destabilizzante della promozione dell'autonomia individuale.	34

1. Premessa: il lavoro agile tra “estensione” della subordinazione e valorizzazione dell’autonomia individuale.

Il lavoro agile 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 subordinazione.

Nell’introdurre la fattispecie del “lavoro agile” il legislatore ha “oltrepassato” la fattispecie del telelavoro 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”.

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 esser 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 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. 300. 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 contributi, 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.

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

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 lavoro estendendo e/o modificando la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. 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. che rimane immutata ed adagiata alla sua versione storica pensata per la fabbrica fordista e taylorista e forse inadatta alle metamorfosi sempre più incalzanti delle trasformazioni sociologiche ed economiche sottese.

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), 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, 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 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 unilaterale. 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).

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

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 di 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 fatti.

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 legislativa.

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 fattispecie.

E però il legislatore ha adottato una scelta differente nella valorizzazione delle fonti. La fonte individuale, 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. 81/2017.

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 condizioni.

Tuttavia, non si può non rilevare che gli obiettivi di una maggiore produttività 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.

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 rilevanti.

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 agile.

Tuttavia non possono non sollevarsi talune perplessità laddove il superamento del paradigma aristotelico 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 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".

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 collettive, anziché anche solo a quella delle parti individuali.

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

Antonio Riccio

1. Gli spazi dell'autonomia individuale nell'accordo di lavoro agile.	37
2. La funzione primaria della certificazione e l'(in?)efficacia della procedura.	39
3. Il ruolo centrale dell'attività di supporto alle parti affidato alle Commissioni e le possibili utilità in materia di lavoro agile.	40
3.1 Il come, il dove e il quando della prestazione e il loro impatto sulla questione qualificatoria.	42
3.2 Le previsioni specifiche in materia di poteri datoriali e il rispetto delle norme inderogabili applicabili.	44
3.3 Le misure tecniche e organizzative per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore e la tutela dell'infortunio in itinere.	44

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 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 parti. 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 individuale.

In primo luogo, è appena il caso di precisarlo, nessuna delle disposizioni della l. n. 81/2017 sembra tale da legittimare deroghe alla disciplina legale 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 specifiche 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, 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'istituto, 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 osservato, 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.

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 stesso. 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.

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 promotori, 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 derogatorie e con funzione primaria 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.

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'esperimento 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 irrilevanti, 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 contrattuale- 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 effettivamente svolto il loro ruolo di assistenza. 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".

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 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 effettivo 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".

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'assistenza. 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". 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 contratto. 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 certificazione, o ad una forma peculiare di iuris-dictio - 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 parti.

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 consapevolezza 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.

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 trasparente 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 attuazione- 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.

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 telelavoro. 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" 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 lavoro. Anzi, per 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 sicurezza, 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 lavoro.

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 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".

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 negoziale, 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 controllo, 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.

Sul potere disciplinare, invece, le commissioni potrebbero rappresentare un utile supporto 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 lavoro. 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". Anzi, proprio l'utilizzo delle più moderne strumentazioni moltiplica i rischi di un controllo costante e invasivo.

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 collettiva. 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". 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.

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

Stefano Bini

1. Premessa.	47
2. Il lavoro agile e il suo impatto sul Diritto del lavoro.	47
3. Il potere datoriale di controllo e le nuove tecnologie. Una prima approssimazione.	48
4. Lavoro agile e dubbi sull'attualità dell'impianto dualistico ex art. 4, St. lav.	48
5. Tra potere e contratto, un nuovo bilanciamento di interessi?	51

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, ovvero 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 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" – 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».

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

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” – 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.

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».

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 lavoro.

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)»?

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 aziendale.

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”».

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», ovvero «il lavoratore [lo, n.d.r.] impieghi direttamente per lo svolgimento della prestazione lavorativa».

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 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».

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».

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».

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

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».

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» antecedenti rispetto alla recente riforma della disposizione in parola, 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 ovviare all'obsolescenza provocata dallo sviluppo tecnologico e dal fenomeno crescente della digitalizzazione», risultando invero sostanzialmente concepita «con lo sguardo rivolto all'indietro».

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

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”. 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».

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, agili.

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 lavoro.

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».

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».

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

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».

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».

Ben si coglie dunque come, nella prestazione di lavoro agile, il potere datoriale, quale «posizione attiva del rapporto giuridico», 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 controlli.

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».

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*)».

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

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 cela 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», pare preferibile quella di segno opposto, che sostiene «l'allargamento della visione riduttivamente corrispettiva, prevalente nei sistemi di civil law, del contratto di lavoro», sostenendo la sua natura di «strumento per l'affermazione positiva di libertà e diritti, personalizzati e individualizzati».

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 globali.

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".

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 coordinamento.

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 medesima.

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

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».

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».

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.)».

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

1. L'ambito di incidenza delle deroghe nel lavoro agile.	56
2. La disciplina dell'orario di lavoro: i limiti massimi.	57
3. La determinazione dell'orario normale: una lettura minimalista.	57
4. (Segue) Una lettura massimalista.	59
5. Lavorare senza orario e per obiettivi: questioni di retribuzione e non solo.	60
6. La centralità della disconnessione dagli strumenti informatici.	62
7. Il contenuto professionale del lavoro agile tra mansioni e obiettivi.	63

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», nelle quali la divergenza stabile e continuativa rispetto all'unitarietà di spazio, tempo e azione 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" 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 controluce: nel settore privato per il lavoro agile non è previsto il requisito della "regolarità" 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».

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 lavoro e una realizzata al di fuori, alla quale sarà applicabile il principio della parità di trattamento.

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» 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».

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» 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 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. 66/2003 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/CEE.

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. 81/2015 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 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 contrattual-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». 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», 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 aziendale: 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 generale.

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». 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 legislativa. 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 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 collocazione. 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 organizzativa. 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 lavoro 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 individuale. Datore e lavoratore hanno la facoltà di ridefinire l'ossatura 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 lavoro, così assecondando innovativi modelli di organizzazione del lavoro e di promozione della professionalità e capacità individuali.

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 subordinazione. 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 contratto 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 autorganizzate dal prestatore di lavoro», affini rispetto ai caratteri del lavoro autonomo.

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». 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"» 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 tempo, 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.

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 interessi, 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 attivazione. 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/CE, 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 lavoro. 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 economica.

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 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 egalitaria 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 2009 e in seguito dalle leggi che hanno attribuito alla contrattazione aziendale o territoriale un ruolo centrale.

L'accordo individuale di lavoro agile che introduca forme di retribuzione per obiettivi dovrebbe pertanto coordinarsi con gli accordi collettivi "di produttività" 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 fasce 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 contrattuali-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 dubbia vincolatività di una tipizzazione delle infrazioni disciplinari affidata al livello 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» di ambiente di lavoro comprensiva dei profili di organizzazione dell'orario di lavoro, 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 lavoratore 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 lavoro dovrebbe estendersi a tutti i contratti, come è stato previsto nell'ordinamento francese.

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 lavoro. Una recente indagine condotta da Eurofound e ILO ha mostrato con chiarezza il carattere ambivalente del telelavoro e del lavoro a distanza basato sulle tecnologie: si riducono i tempi di trasporto e cresce l'autonomia organizzativa del prestatore, ma aumenta la tendenza a comportamenti autoprescrittivi e alla maggiore intensità delle prestazioni. Si riscontra inoltre lo svolgimento di un numero di ore maggiore rispetto a quello prestato nei locali dell'azienda. 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 sfere. 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 lavoro.

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» al fine di affermare uno spazio di libertà e riservatezza rispetto alla sollecitazione delle modalità produttive odierne. La disconnessione può essere intesa come un diritto strumentale alla tutela di fondamentali prerogative, quali la salute, la riservatezza, la dignità e la realizzazione della personalità dell'individuo. Poiché tuttavia «la gran parte delle condotte nella rete è [difatti] governata dai limiti elettronici più che dal carattere appellativo delle norme», 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 lavoro. 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 prestatore. 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 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» 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 contrattuali 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 prestazioni, 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, 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 attività.

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.

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

Angelo Delogu

1. Lavoro agile e sicurezza.	66
2. Sicurezza e frammentazione/digitalizzazione dell'impresa.	66
3. L'evoluzione della disciplina: ripartizione degli obblighi e organizzazione dell'adempimento.	66
4. I presupposti spazio-temporali degli obblighi preventivi.	66
4.1. L'estensione dell'ambiente di lavoro.	66
4.2. La determinazione unilaterale del luogo.	67
4.3. Sicurezza e tempi di lavoro.	67
5. La sfida del lavoro agile.	67
6. I particolari rischi connessi alle prestazioni di lavoro "non standard".	67
6.1. La valutazione dei rischi da tipologia contrattuale e la prestazione di lavoro resa in modalità agile.	68
7. La pericolosa logica del "rischio zero" e i peculiari rischi del lavoro agile.	68
8. La sicurezza del lavoro nello <i>smart working</i> : l'art. 22 della l. n. 81/2017.	68
8.1. Gli ostacoli alla tesi dell'informativa in materia di rischi come obbligo esaustivo.	69
8.2. La tesi proposta: informativa in materia di rischi come obbligo aggiuntivo.	69
9. L'individuazione degli ulteriori obblighi in materia di salute e sicurezza.	70
9.1. La tesi del lavoro agile come telelavoro o lavoro a distanza.	70
9.2. La disciplina preventiva del lavoro a distanza.	70
9.3. Critica alla tesi del lavoro agile come variante del lavoro a distanza.	70
10. La modulazione dell'obbligo di sicurezza.	71
10.1. Gli obblighi preventivi per le prestazioni svolte all'interno dell'azienda.	71
10.2. Gli obblighi preventivi per le porzioni di prestazione svolte all'esterno dell'azienda.	71
10.3. Gli obblighi preventivi minimi in assenza di postazione fissa e non comunicata.	71
11. La cooperazione richiesta al lavoratore agile per il lavoro svolto fuori dall'azienda.	72
12. La responsabilità del datore di lavoro per le prestazioni extra-aziendali.	72
13. La tutela contro gli infortuni e le malattie professionali e l'infortunio in itinere.	73

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).

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 imprenditoriali.

2. Sicurezza e frammentazione/digitalizzazione dell'impresa.

Conseguentemente, di fronte alla frammentazione e scomposizione dell'impresa, alla digitalizzazione dell'economia, 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 controllo.

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

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 collettivo, 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 fondante.

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 lavoro, 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 solitudine 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 contagiosi o di attentati terroristici.

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 svolga all'interno dell'azienda affinché possano accollarsi degli obblighi di sicurezza al datore di lavoro o, meglio, al committente.

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).

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 lavoro.

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 tematiche. Operazione difficile, quella appena descritta, ma senz'altro necessaria.

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 protezione.

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 contrattuale.

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 teorico, e probabilmente il legislatore con il riferimento al 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 valutazione.

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).

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 strumenti tecnologici o telematici, acquistano ancora maggiore consistenza.

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».

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.

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 legislatore.

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) – 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'occupazione.

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 autonomi.

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. 81/2008.

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 dottrina – 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 lavoro.

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 telematico.

Pertanto, sembra che tale disciplina non possa coprire tutte le varieguate 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 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 sicurezza. 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 interno.

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.

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 lavoro.

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. 81/2008) 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 pubblico.

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 appaltatore (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 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 oggettiva. 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 colpa 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 copertura.

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'INAIL.

Interventi

Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti

Domenico Mezzacapo

1. Premessa.	75
2. Le finalità delle disposizioni e il carattere promozionale e non imperativo della legge n. 81/2017.	75
3. La natura del lavoro agile “promosso” e i suoi elementi indefettibili.	76
4. Gli elementi eventuali non essenziali ai fini dell’integrazione della fattispecie.	76
5. La prestazione lavorativa eseguita all’esterno: l’assenza di vincoli di orario e il problema della durata massima dell’orario di lavoro.	77
6. I limiti alla precisazione di vincoli di luogo.	78
7. Il patto di lavoro agile e i poteri datoriali (direttivo, di controllo, disciplinare).	79
8. Il recesso dall’accordo di lavoro agile e le conseguenze sulla continuazione del rapporto di lavoro.	80
9. Gli obblighi di sicurezza.	81
10. Gli effetti collegati alla finalità promozionale: gli incentivi fiscali e la parità di trattamento.	81

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 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...;
- c) ... 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, contempera 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);
- c) l'assenza di precisi vincoli di luogo (lo stesso dicasi, anche se forse in minor misura, per eventuali vincoli di luogo);
- d) 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 lavoro.

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.

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 prova, 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 continuativa.

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.

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

Fabrizio Ferraro

1. Le ragioni di una disciplina legale del lavoro agile.	84
2. Il rilievo centrale dell'autonomia individuale.	85
3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione.	86
4. La disciplina dell'esecuzione con riguardo alle «forme di esercizio» del potere direttivo	87
5. Il potere direttivo nel lavoro agile e i mutamenti dell'impresa.	88
6. La ricostruzione della fattispecie attraverso i requisiti dell'accordo.	89
7. La disciplina delle modalità esecutive e delle «forme di esercizio» del potere direttivo.	89
8. Possibili interferenze sistematiche nel dualismo tra autonomia e subordinazione.	91
9. Incidenza del regime del recesso sull'assetto di interessi del lavoro agile.	92
10. Il significato della disciplina e i vantaggi per i contraenti.	93

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 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, ovvero sia 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», 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 negoziale, 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.

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 legge. 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 collettivo. Neppure aderisce, tuttavia, al modello alternativo della "derogabilità assistita" nel quale l'autonomia individuale può destrutturare le tutele se il lavoratore riceva un'effettiva assistenza. 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 lavoro. È una strada non ancora battuta, e per questo disseminata di insidie e nuovi interrogativi.

3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione.

Per comprendere come si articola 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 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'azienda.

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 individuale e l'art. 22 sulla informativa speciale e sulla cooperazione rafforzata del lavoratore in materia di sicurezza. 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 legge. 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 rendimento.

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 pendano un vincolo di destinazione d'uso. Nelle regole inerenti agli strumenti di lavoro tecnologici è insito il riferimento alla 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 giuridica. Dista perplesso 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», 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.

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 legale. 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 contratto. Basti riferire che, da questa convincente prospettiva, l'etero-direzione definisce il modo di essere della relazione contrattuale e, per tale ragione, con varie sfumature di intensità e non senza incertezze, il potere direttivo, quale architrave del contratto, orienta le operazioni di qualificazione 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..

La traiettoria dei mutamenti del potere direttivo – cifra della naturale elasticità della fattispecie dell'art. 2094 c.c. – 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 espliciti. 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 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 subordinato.

Secondo una tesi, 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 convincente, 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 modificarlo, come per la collocazione oraria nella disciplina del tempo parziale (art. 6 comma 4, 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 attenere 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 subordinato, 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 tempo e luogo ai sensi dell'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015. 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 indice 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 produttiva.

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 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 adeguerà 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 retribuzione, 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 intere 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.

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'esaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.lgs. n. 81/2008

Lorenzo M. Pelusi

1. La disciplina di salute e sicurezza espressamente introdotta con la l. n. 81/2017.	96
2. Natura dell'obbligo di consegna dell'informativa scritta: esaustivo o complementare?	97
3. I vincoli di fonte comunitaria in materia.	98
4. La disciplina prevenzionistica applicabile alla prestazione esterna di lavoro agile: l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.	99
5. Il c.d. diritto alla disconnessione.	101
6. Conclusioni.	101

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 prevenzionistico.

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'isolamento.

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 disciplina. 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 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 dottrina, 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 rischio.

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 lavoratore, 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'impresa.

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 altrove, non può essere considerato esaustivo e pertanto liberatorio rispetto al più generale obbligo di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori incombente sul datore. 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 chiarificatore "altresì", risultandone un ordito normativo ambiguo. 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».

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 soddisfacente, rispetto al più generale obbligo di tutela posto in capo al datore. 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 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 interezza.

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». Trattandosi di un obbligo di fonte comunitaria, questo non 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 comunitario.

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.

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 pubblico. 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 telelavoro. 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 dello strumento informatico, poiché, al contrario, non è dato rinvenire nella definizione di telelavoro alcuna preclusione in tal senso, né rispetto alla flessibilità oraria nello svolgimento della prestazione.

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. 626/1994. 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 mobile. Nonostante i numerosi dubbi derivanti dalle difficoltà di riconduzione del telelavoro al campo di applicazione della disciplina di salute e sicurezza previgente, 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 tutto.

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'azienda.

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

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 firmatarie. Altri invece hanno interpretato la disposizione in esame ammettendo la possibilità che questa fosse volta a disciplinare fattispecie ulteriori rispetto al solo telelavoro.

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 estemporanea. In quest'ottica, si tratterebbe quindi di una distinzione basata su una dimensione organizzativa piuttosto che quantitativa.

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 settimanale. 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,

muscoloscheletrici, psicosomatici (come lo stress lavoro-correlato), irritazioni o allergie cutanee, nonché rischi di natura elettrica e, seppur in misura lieve, da radiazioni.

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", 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. Proprio per contrastare i rischi – come lo stress lavoro-correlato, il c.d. burnout e 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 inadatta 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 francese.

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 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

1. Il lavoro agile nella disciplina normativa, fra incremento della competitività e conciliazione vita-lavoro.	104
2. Il delicato accordo delle parti nel lavoro agile.	105
3. Il lavoro “subordinato” e agile.	106
4. Salute e sicurezza nel lavoro agile: l’auto-responsabilità del lavoratore.	107
5. I difficili tempi di riposo.	109
6. Diritto alla disconnessione: in bilico fra accordo individuale e buon senso.	109

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.

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 sottoscrivere 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>>.

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 autonomo. 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.

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 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'opera.

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>>.

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, per il datore di lavoro, di poter ricoprire efficacemente la propria posizione di garanzia, operando, il lavoratore, in locali diversi da quelli aziendali.

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 costituzionali.

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 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. 81/2017.

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 completamente.

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 può escludere un’espansione della discrezionalità del giudice in sede di contenzioso.

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 riposo.

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>> che finiscono per sacrificare la libertà e il rispetto della vita personale del lavoratore alla flessibilità.

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 vita.

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.

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>>.

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 familiare

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.