

## 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 prestatato 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 contrattual-collettivi o legali divenga orario di lavoro, con evidente estensione dell'area debitoria del prestatore e delle condotte potenzialmente sanzionabili. Non a caso, nell'accordo di lavoro agile devono essere individuate «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione delle sanzioni disciplinari» (art.

21, co. 2). La 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 dalle 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.