

Marco Biasi

**Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale,
tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela
dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza
sanitaria e della crisi.**

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *Frantumazione blu*, 1993 (Ciclo Frantumazioni)

Marco Biasi

Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)

* aggiornato al 20 gennaio 2021

** Il presente saggio, di prossima pubblicazione su *Lavoro, Previdenza Oggi*, riproduce, con gli opportuni adeguamenti, l'intervento dal titolo "Il lavoro agile alla luce della fase emergenziale: legge e/o contrattazione", svolto in occasione del webinar, tenutosi lo scorso 9 dicembre 2020, sul tema de "L'emergenza Covid-19 e il rapporto di lavoro nella terza fase. Dalla l. 17 luglio 2020, n. 77 al d.l. 28 ottobre 2020, n. 137".

Sommario. 1. Premessa. 2. Smart work(ing) e lavoro agile: distinguendo. 3. Autonomia ed eteronomia nel lavoro agile. 4. Una variante del "tipo": il lavoro agile nella pubblica amministrazione. 5. Una deviazione dal "tipo": il lavoro agile "domiciliare" durante la pandemia. 6. Tre direttrici per lo sviluppo del lavoro agile post-emergenziale. 6.1. La manutenzione selettiva della l. 81/2017. 6.2 La garanzia della volontarietà nel ricorso all'istituto. 6.3 La centralità delle relazioni sindacali (anche) in chiave di effettività delle tutele individuali.

1. Premessa

Come ampiamente noto, il diritto del lavoro delle origini ha trovato nell'impresa il naturale *humus*¹ e, insieme, nell'unità di tempo, di luogo e di comando all'interno dell'azienda il proprio "paradigma aristotelico"².

Altrettanto noto è che, mutuando il lessico di Kuhn³, tale paradigma è entrato in crisi con l'avvento dell'economia dei servizi, la quale, in uno con la scomposizione della struttura imprenditoriale⁴ e con

¹ V., tra gli ultimi contributi, P. Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2020, 430, 8, *verbatim*: "il diritto del lavoro, nel corso della sua lunga evoluzione, si è connotato per la sua appartenenza ad un luogo e, in questo senso, ha definito le coordinate del rapporto di lavoro e delle relazioni industriali; cfr. M. Persiani, *Prefazione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, 1, il quale osserva che una parte tuttora significativa della disciplina lavoristica trova spazio nel Titolo II del libro V del codice civile, dedicato al lavoro "nell'impresa" (espressione da intendersi anche in senso "topografico").

² B. Veneziani, *The Employment Relationship*, in B. Hepple, B. Veneziani (a cura di), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Portland, 2009, 114; cfr. Id., *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. Hepple (a cura di), *The Making of Labour Law in Europe*, Portland, 1986, 32 ss.

³ T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), trad. it., Torino, 2009.

⁴ V., per i riferimenti, M. Biasi, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento* in G. Zilio Grandi e M. Biasi (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Padova, 2014, 117 ss.

il decentramento dei processi produttivi⁵, ha profondamente inciso sulle modalità di lavoro, avviando quel processo di progressivo avvicinamento di subordinazione ed autonomia magistralmente descritto, a cavallo del Millennio, da Alain Supiot⁶. Non è del resto un caso che i primi tentativi di regolazione del lavoro da remoto risalgano all'epoca del passaggio dall'industria al terziario⁷. A questi sono poi seguiti, con la più recente digitalizzazione⁸, gli accordi collettivi sullo *smart working* e, a stretto giro, la normativa sul lavoro agile (l. 81/2017)⁹, la cui cifra comune consiste proprio nella (ancor più) marcata autonomia delle parti nelle fasi genetica e funzionale di un rapporto ancorato, sul piano testuale¹⁰ e, soprattutto, causale¹¹, al tipo del lavoro subordinato (v. par. 3)¹².

Resta tuttavia vero che, sino alla primavera del 2020, il lavoro agile era rimasto sostanzialmente uno strumento “di nicchia”¹³, appannaggio, come del resto lo *smart working*, di singole realtà imprenditoriali medio/grandi e pressoché sconosciuto nell'impiego pubblico¹⁴.

Come purtroppo a tutti ben noto, a “mettere le ali al lavoro agile”¹⁵ è stato il fattore esogeno della pandemia, la “forza delle cose” che per lunghi mesi ha costretto milioni di lavoratori e lavoratrici a restare a distanza (anche) dal luogo di lavoro¹⁶.

In realtà, come si dirà nel par. 5, il lavoro agile emergenziale, talora promosso, talaltra imposto, durante l'emergenza, ha presentato significative deviazioni dal modello originario o, meglio,

⁵ Per tutti L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979.

⁶ A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 2, 223; *amplius*, Id., *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford, 2001.

⁷ Sulla l. 877/1973 in materia di lavoro a domicilio (ma v. già art. 2128 c.c.), L. Nogler, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000; L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993; M. De Cristofaro, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1976; sull'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002, l'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004 e sull'art. 4 l. 191/1998, sul d.p.R. 70/1999 e sull'Accordo Quadro del 23 marzo 2000, ovvero, rispettivamente, sulla disciplina del telelavoro nel settore privato e pubblico, v. V. Maio, *Il telelavoro*, in AA.VV., *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, 777 ss., P. Pizzi, *Il telelavoro*, Roma, 1999; L. Gaeta, P. Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998.

⁸ Della digitalizzazione, peraltro, il lavoro agile o smart rappresenta solo uno dei due (principali) corni, il secondo dei quali è l'assai discusso lavoro tramite piattaforma, che pone tuttavia un diverso novero di problemi (v., in particolare, la centralità della questione qualificatoria): si consenta sul punto il rinvio, per i riferimenti, a M. Biasi, *Il lavoro mediante piattaforma*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, VIII ed., Milano 2020, I, 140 ss.

⁹ Come sottolineato in dottrina, la l. 81/2017 sarebbe intervenuta in uno scenario in cui “il lavoro [era] già agile”: E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Modena, 2017, 3 ss.; cfr., però, V. Pinto, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, 365 ss.

¹⁰ V. la definizione di lavoro agile quale “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” all'art. 18 l. 81/2017.

¹¹ Sull'esercizio dei poteri datoriali tipici nel lavoro agile, pur con intensità e declinazioni diverse da remoto, v. L. Tebano, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Napoli, 2020, 242, in termini di “potere di controllo direttivo”; cfr. L. Corazza, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *DRI*, 2018, 4, 1066 ss.; L. Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e “regressioni” interpretative*, in A. Occhino (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, 30; P. Ichino, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, I, 525 ss.; O. Razzolini, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2017, 4, 974 ss.; cfr. anche, da un altro angolo visuale, P.L. Celli, *Il lavoro da remoto. Una sfida al cambiamento organizzativo per i manager*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, *Quad. ADL*, 2020, 18, 27 ss.

¹² Come ricorda G. Ricci, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile” (l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *NLCC*, 2018, 3, 633, nell'originario d.d.l. n. 2229/2016 (assorbito nel d.d.l. m. 2233/2016, poi divenuto legge) veniva invece contemplata la possibilità di “riconduurre il lavoro agile sia a forme di lavoro autonomo che subordinato”.

¹³ B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, I, 220.

¹⁴ V., anche per il corredo di dati, P. Iervolino, *Smart working: siamo davvero pronti?*, in *LPO*, 2019, 5/6, 251 ss.

¹⁵ P. Ichino (b), *Se l'epidemia mette le ali allo smartworking*, in *lavoce.info*, 28 febbraio 2020.

¹⁶ Così M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. Filì (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Modena, 2020, 167.

“genuino”¹⁷ della l. 81/2017. Per tale motivo, le soluzioni originali approntate in via temporanea non possono essere *de plano* mantenute o riproposte nella fase di transizione post-pandemica, anche se con le stesse è pur sempre doveroso confrontarsi nell’ottica, che è quella perseguita dal presente contributo, di una riflessione sulle fonti e sulle tecniche di regolazione del lavoro da remoto dell’immediato futuro.

2. Smart work(ing) e lavoro agile: distinguendo

Come risaputo, la fattispecie legale del lavoro agile presenta i seguenti tratti distintivi¹⁸: i) la genesi pattizia, frutto di una libera – e sempre reversibile¹⁹ – scelta delle parti del rapporto di lavoro; ii) lo svolgimento della prestazione lavorativa in parte all’interno e in parte all’esterno dei locali aziendali, in assenza di una postazione fissa e di “precisi vincoli” di orario e di luogo di lavoro; iii) il limite di durata della prestazione fissato nel massimo dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Le finalità dell’istituto consistono, per espressa previsione del legislatore, nella conciliazione dei tempi di vita e lavoro e nel miglioramento della produttività del lavoro.

Analoghi obiettivi si ponevano già alla base degli accordi, pur significativamente divergenti nei contenuti²⁰, sullo *smart work(ing)*, i quali avevano di fatto anticipato la l. n. 81/2017²¹.

A questo proposito, nonostante in molti si riferiscano indifferentemente al lavoro agile e allo *smart work(ing)*²², tale assimilazione non pare condivisibile.

Innanzitutto, a livello linguistico, anche volendo prescindere dall’autorevole rilievo per cui, in linea generale, tradurre è sempre un po’ tradire²³, va posto in rilievo che l’aggettivo “*smart*” non rimanda a qualcuno/a o qualcosa di “agile”, bensì di “intelligente, pronto/a, sveglia/a, bravo/a”²⁴.

È soprattutto sul piano delle fonti, però, che l’equiparazione di *smart work(ing)* e lavoro agile risulta carente di solide basi, nel momento in cui il diritto positivo contempla il solo lavoro agile e non lo *smart work(ing)*, che trova invece spazio e menzione nella contrattazione collettiva (precedente e successiva alla l. n. 81/2017)²⁵.

¹⁷ In questi termini F. Carinci, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello dell’ordinamento da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 43 ss.

¹⁸ Il legislatore contempla pure alcuni elementi eventuali, che, in quanto tali, non parteciperebbero delle caratteristiche proprie dell’istituto, ma che, soprattutto se si ha riguardo all’utilizzo di strumenti tecnologici, è facile presumere che concretamente ricorrano in larga parte dei rapporti di lavoro agile: G. Proia, *L’accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 184.

¹⁹ Sul recesso dall’accordo di lavoro agile (da tenere distinto dal recesso dal rapporto di lavoro: cfr. A. Andreoni, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *RGL*, 2018, I, 106), E. Pasqualetto, *Il recesso dall’accordo sul lavoro agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 531 ss. e A. Panetta, *Il recesso dal lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 139 ss.

²⁰ Cfr. M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, 921, ad avviso del quale gli accordi in materia di lavoro agile “offrono non pochi spunti interpretativi ai fini di una corretta e completa ricostruzione della fattispecie legale”.

²¹ M.L. Picunio, *La questione relativa agli accordi sullo “smart working” sottoscritti prima dello statuto del lavoro agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 515 ss.

²² Cfr. Accademia della Crusca, *Accogliamo con piacere il “lavoro agile”*, Firenze, 1 febbraio 2016, ove si legge che l’espressione italiana “lavoro agile” costituirebbe un “perfetto equivalente” del lemma “*smart work*”.

²³ U. Eco, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, IV ed., Milano, 2006, 37 e, *amplius*, Id., *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2003.

²⁴ Cfr. P. Manzella, F. Nespola, F., *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in *Boll. spec. Adapt*, 2016, 5.

²⁵ Così anche L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2020, 421, 2. Cfr. A. Fenoglio, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, 2018, I, 630 ss., la quale osserva che, mentre gli accordi sullo *smart work* generalmente rimettevano nelle mani del lavoratore la scelta circa l’individuazione del luogo della prestazione, ma non del tempo in cui svolgerla, il lavoro agile sembra “frantumare” sia il tempo sia il luogo della prestazione”; cfr. M. Verzaro,

D'altro canto, la stessa normativa sul lavoro agile contiene un espresso rinvio al contratto individuale e non – almeno nella versione definitiva dell'articolato normativo²⁶ – alle pattuizioni collettive²⁷.

Ciò, peraltro, non significa affatto che la legge chiuda agli accordi collettivi²⁸.

Al contrario, la correlata disciplina sui premi di produttività ha riconosciuto significativi sgravi fiscali e contributivi a favore degli accordi aziendali e/o territoriali contenenti alcune misure di conciliazione tra le quali, per l'appunto, il lavoro agile (*recte*, lo *smart work*)²⁹.

Del resto, si era da più parti rilevato che, per quanto l'accordo individuale *ex art.* 18 l. n. 81/2017 possa determinare la collocazione nel tempo e nel luogo della prestazione "esterna", una cornice contrattuale collettiva avrebbe potuto consentire un più efficace coordinamento della prestazione "agile" (i.e. esterna) con l'organizzazione aziendale³⁰.

In sostanza, come si avrà modo di evidenziare nelle riflessioni conclusive, la cornice normativa, nella sua snellezza³¹, lasciava sin dal principio aperti "interessanti spazi per triangolazioni interattive e virtuose tra norma legale, regolazione collettiva ed esercizio dell'autonomia individuale"³².

3. Autonomia ed eteronomia nel lavoro agile

All'accordo individuale è testualmente affidato, dall'art. 19 l. n. 81 del 2017, il compito di disciplinare le forme di esercizio del potere direttivo e del controllo. Secondo un'autorevole lettura, la scelta del legislatore di prevedere una modalità concordata di esercizio del potere direttivo avrebbe ingenerato una torsione causale del tipo, avvicinando il lavoro agile al lavoro autonomo³³. In effetti, è sicuramente vero che un potere consensuale è una contraddizione in termini³⁴. È pure vero, però, che, come rilevato dalla dottrina maggioritaria, la disposizione in commento non avrebbe riguardo al

Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale, in *DRI*, 2019, 2, 254; A.R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2020, 419, 3, secondo cui il lavoro agile finisce con l'esprimere una versione adattiva più immediatamente riconducibile alle tematiche *work-life balance* rispetto allo *smart work*.

²⁶ Cfr. G.A. Recchia, *I rinvii al contratto collettivo nel lavoro agile tra ambiguità normative e ragionevole implementazione dell'istituto*, in *ADL*, 2018, 6, 1501 ss.

²⁷ M. Cuttone, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo, tempo e azione*, in M. Verzaro (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina collettiva ed individuale*, Napoli, 2018, 61 ss.; M. Lamberti, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il jobs act*, cit., 197.

²⁸ G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2017, 327, 9; G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, cit., 183; G. Franza, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *DRI*, 2018, 3, 774; M. Turrin, *Lavoro agile e contratti di lavoro non standard*, *ivi*, 2020, 2, 382 ss., che si interroga circa la definizione da parte della contrattazione collettiva della platea di beneficiari dell'istituto a livello aziendale.

²⁹ Art. 3, comma 1, lett. b) d.m. 12 settembre 2017; art. 1, comma 182, l. 208/2015: C. Garofalo, *Produttività, efficienza e lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 399 ss.

³⁰ Sugli accordi sul lavoro agile (o *smart working*) intervenuti all'indomani dell'entrata in vigore della l. 81/2017, v. M. Menegotto, *Lavoro agile e contrattazione aziendale. Un'analisi qualitativa per progettare la ripartenza*, in *WP Adapt*, 2020, 17.

³¹ F. Malzani, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, 1, 22; M. Altimari, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo-garantista*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, 57 ss.

³² B. Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella «grande trasformazione». L'innovazione sociale in sei tappe*, in B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, Bologna, 2020, 174.

³³ A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e di autonomia nel diritto del lavoro*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 57.

³⁴ Cfr. G. Santoro Passarelli, *Lavoro eterorganizzato*, cit., 11.

contenuto (intrinsecamente unilaterale), bensì alle forme dell'esercizio del potere in parola, ossia alla modalità di interazione tra le parti durante lo svolgimento della prestazione da remoto³⁵.

Ad analoghe conclusioni si dovrebbe giungere relativamente al potere di controllo, a sua volta "disciplinato" dall'accordo individuale, ma pur sempre, per effetto del richiamo da parte dell'art. 21, comma 1, l. n. 81/2017, nel rispetto dell'art. 4 s.l., la quale è una disposizione che non consente deroghe³⁶.

Sempre al patto sul lavoro agile la legge affida il compito di individuare le condotte esterne che possono assumere rilevanza disciplinare, ma, anche in questo caso, l'apertura all'autonomia delle parti sconta necessariamente alcuni vincoli di carattere sistematico ed in particolare, oltre al principio di proporzionalità tra la gravità della condotta e la severità della sanzione (2106 c.c.), la doverosa riconducibilità del comportamento vietato entro i confini dell'adempimento della prestazione³⁷, la quale si accompagna al (*recte*, si completa con il) divieto di effettuare indagini sulla vita privata del lavoratore³⁸.

Ciò non farebbe che confermare il ruolo marginale dell'autonomia individuale in materia di controllo *lato sensu*³⁹, considerato l'obiettivo di favorire la conciliazione vita-lavoro e, soprattutto, la necessità di impedire la deriva verso una forma di subordinazione "tecnologica" dall'intensità pari, se non superiore, a quella del passato⁴⁰.

A latere di quanto osservato con riguardo ai poteri, la distanza (*pro tempore*) della prestazione agile dai luoghi dell'impresa impone una riflessione pure sugli obblighi datoriali che presentano un naturale collegamento con lo spazio fisico aziendale.

La mente corre all'obbligo di sicurezza, la cui norma "speciale" di riferimento è l'art. 22, comma 2, l. 81/2017, il quale contiene una prescrizione di carattere – sin troppo – generico e due disposizioni di dettaglio⁴¹. Con la prima, il legislatore puntualizza (o, meglio, ricorda) che "il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile". Nello specifico, invece, il datore di lavoro è tenuto a consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta contenente l'individuazione dei rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto, mentre il lavoratore viene chiamato 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.

³⁵ G. Proia, *L'accordo individuale*, cit., 192; R. Casillo, *La subordinazione "agile"*, in *DLM*, 2017, 3, 540; cfr. F. Chietera, *Il lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 347.

³⁶ A. Bellavista, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 621 ss.; S. Mainardi, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Il jobs act*, cit., 214, che ha parlato di una "funzione dichiarativa" dei patti individuali relativi alle modalità di esercizio dei poteri datoriali; E. Raimondi, *Potere di controllo, tutela della riservatezza e «lavoro agile»*, in *RGL*, 2019, I, 87 ss.; A. Arbore, *Potere di controllo e potere disciplinare nel lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera*, cit., 456 ss.

³⁷ C. Ponterio, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 633 ss.

³⁸ Arg. ex art. 8 s.l., a proposito del quale si consenta il rinvio, per i necessari riferimenti bibliografici, a M. Biasi, *L'attualità dell'art. 8 Stat. Lav. al tempo dei social media*, in *LG*, 2021, 1, 40 ss.

³⁹ A. Sartori, *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Torino, 2020, 298 ss.; cfr. E. Fiata, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazione del risultato e privacy del lavoratore*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 101 ss.

⁴⁰ R. Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in AA.VV., *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, 232.

⁴¹ R. Pessi, R. Fabozzi, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 230.

Spicca, tuttavia, il mancato richiamo dell'art. 2087 c.c. e, soprattutto, del testo unico in materia di sicurezza (d.lgs. 81/2008)⁴², il che ha portato la dottrina ad interrogarsi circa l'estensione degli obblighi ivi contemplati al lavoro agile.

Larga parte degli studiosi si è condivisibilmente espressa a favore dell'applicabilità dell'art. 3, comma 10, d.lgs. 81/2008, considerato che tale disposizione si rivolge testualmente a "tutti i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico", e, dunque, anche ai lavoratori agili⁴³. Questi ultimi risultano così destinatari delle specifiche misure in punto di videoterminali e di contrasto all'isolamento, senza dimenticare l'obbligo datoriale di fornire attrezzature conformi⁴⁴ e di informazione circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro⁴⁵.

Il lavoratore gode altresì della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa al di fuori dei confini aziendali⁴⁶, come pure per gli eventi dannosi occorsi *in itinere*⁴⁷. Tuttavia, nel momento in cui si ritenesse che la scelta dei luoghi esterni per lo svolgimento della prestazione fosse interamente affidata al lavoratore, come parrebbe possibile sulla scorta della l. 81/2017, non risulterebbe agevole procedere al calcolo del rischio e del relativo premio⁴⁸. Per tale ragione, ad avviso di molti sarebbe opportuna la preliminare individuazione dei luoghi di lavoro "esterni" nell'accordo individuale sul lavoro agile⁴⁹. Ciò consentirebbe altresì al datore di lavoro di ottemperare agli obblighi prevenzionistici, i quali, in caso contrario, rischierebbero di perdere di effettività, a meno di non ritenere integrata una forma di responsabilità oggettiva, che non pare però del tutto coerente con l'assetto ordinamentale⁵⁰. Su tale questione, centrale in chiave regolativa, si avrà modo di tornare *funditus* nel successivo paragrafo 6.1.

4. Una variante del "tipo": il lavoro agile nella pubblica amministrazione

Ai sensi del comma 3 dell'art. 18 l. 81/2017, la normativa in materia di lavoro agile si applica anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ma solo "in quanto

⁴² Sottolinea a ragione tale mancato richiamo S. Fratini, *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 133.

⁴³ M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 1, 1 ss., sulla scorta di una ricostruzione del lavoro agile come telelavoro mobile a collegamento alternato; E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, *Guida pratica al lavoro agile*, II ed., 2020, 60; G. Natullo, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Torino, 2020, 63; A. Allamprese, F. Pascucci, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, I, 316.

⁴⁴ Sulla scorta dell'art. 18, comma 2, l. 81/2017, il datore di lavoro è chiamato a rispondere del (mal)funzionamento degli strumenti tecnologici (palmari, *tablet*, ecc.) assegnati al lavoratore agile per lo svolgimento della prestazione degli stessi: A. Preteroti, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 593 ss.

⁴⁵ L. Nogler, *Gli spazi di lavoro*, cit., 44.

⁴⁶ V. art. 23, comma 2, l. n. 81 del 2017: G. Casiello, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 645 ss.

⁴⁷ Art. 23, comma 3, l. n. 81 del 2017, che limita la tutela ai casi in cui "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". In tema v. M. Gambacciani, *L'infortunio in itinere del lavoratore «agile»*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo*, cit., 247; S. Caffio, *Lavoro agile e tutela assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali*, in D. Garofalo (a cura di), *Le nuove frontiere*, cit., 490 ss.

⁴⁸ C. Damoli, L. Tani, *Lavoro agile ed infortunio in itinere*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 670.

⁴⁹ Non a caso, una buona parte degli accordi aziendali sul lavoro agile dettano indicazioni circa il luogo esterno per lo svolgimento della prestazione, sia esso la residenza o il domicilio del lavoratore, una diversa sede aziendale o altro luogo idoneo ad assicurare salute e sicurezza: v. M. Menegotto, *Lavoro agile e contrattazione aziendale*, cit., 12.

⁵⁰ Cfr. R. Pessi, R. Fabozzi, *Gli obblighi del datore*, cit., 235; G. Leone, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera*, cit., 475.

compatibile...e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti"⁵¹.

In realtà, la l. 81/2017 era stata anticipata, *in parte qua*, dall'art. 14 l. delega n. 124/2015, che, nell'ambito della IV riforma del lavoro pubblico (c.d. Riforma Madia), aveva inteso promuovere il ricorso a "misure organizzative per l'attuazione del telelavoro" e, soprattutto, aprire alla sperimentazione, su base volontaria (i.e. "senza penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera"), di "nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa"⁵².

L'obiettivo allora perseguito dal legislatore delegante era allora di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa, al centro pure della successiva Direttiva del P.C.M. n. 3/2017, vero e proprio *trait d'union* tra la legge delega del 2015 e la l. 81/2017⁵³.

Nonostante l'accenno al telelavoro⁵⁴, è evidente che il fulcro della Direttiva era proprio "il cosiddetto lavoro agile o *smart working*", la cui regolazione veniva filtrata⁵⁵ nel pubblico impiego proprio mediante il provvedimento in parola, ove non mancavano i tratti distonici rispetto alla l. 81/2017⁵⁶.

In sintesi, l'accesso al lavoro agile, che (ovviamente) conserva la natura di prestazione di carattere subordinato⁵⁷, avviene, nella pubblica amministrazione, attraverso un piano per la realizzazione delle nuove modalità spazio-temporali⁵⁸, cui segue un bando per l'adesione *volontaria* dei lavoratori⁵⁹.

Solo una volta verificate le richieste giunte da parte di questi ultimi e garantito, nel caso di domande superiori a quanto contemplato nel piano originario, il rispetto dei criteri di scelta (e della parità di trattamento) è possibile addivenire alla stipulazione dell'accordo individuale, necessariamente in forma scritta⁶⁰.

La Dir. 3/2017 mostra, poi, di prediligere una modalità di lavoro agile in cui la prestazione "interna" risulti prevalente su quella da svolgersi "*extra moenia*", suggerendo all'uopo l'individuazione, "d'intesa tra amministrazione e lavoratori", del luogo esterno per lo svolgimento dell'attività lavorativa, che verrà ivi svolta di regola con gli strumenti del lavoratore stesso⁶¹.

Più in generale, è interessante notare il riferimento, contenuto nella Direttiva in parola, al passaggio da un sistema basato sull'orario di lavoro (fisso) e sulla presenza fisica ("timbratura del cartellino") ad un'organizzazione del lavoro "incentrata su risultati obiettivamente misurabili e sulla

⁵¹ A. Zilli, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione "4.0"*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Modena, 2018, 370-371.

⁵² Come sottolineato da C. Spinelli, *Il lavoro agile*, in AA.VV., *Lavoro pubblico*, Milano, 2018, 427, "l'interesse per lo *smart working* nelle pubbliche amministrazioni non è maturato all'interno dell'agenda digitale, bensì è stato sollecitato, in prima istanza, dalla prospettiva della conciliazione vita-lavoro", senza dimenticare le esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

⁵³ S. Cairoli, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2018, 1, 82.

⁵⁴ Va ricordato che, a differenza che nel settore privato, nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni il telelavoro ha una cornice legale (e non contrattuale) di riferimento: sul punto v. A. Tampieri, *Telelavoro e lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro pubblico*, Milano, 2019, 682 ss.

⁵⁵ M. Brollo, *Il lavoro agile nell'era digitale tra pubblico e privato*, in *LPA*, 2017, 1, 124.

⁵⁶ Cfr. V. Talamo, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Il jobs act*, cit., 257 ss.

⁵⁷ Del resto, il lavoro agile non costituisce un nuovo tipo legale, né, tanto meno, una figura sovra-tipica (v. *infra*), ma costituisce una modalità esecutiva di un contratto di lavoro subordinato: così anche M.T. Carinci, *Il lavoro agile nel settore privato*, in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto emergenziale e diritto giurisprudenziale*, Torino, 2020, 84.

⁵⁸ La Dir. 3/2017 suggerisce di adattare le linee guida al singolo contesto organizzativo e di verificare sempre quali attività risultino compatibili con le modalità agili.

⁵⁹ Per un'interessante rassegna di regolamenti e accordi in tema di lavoro agile nelle diverse amministrazioni, D. Calderara, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative*, in *LPA*, 2018, 2, 69 ss.

⁶⁰ V. Talamo, *Diversamente agile?*, cit., 265.

⁶¹ La Dir. 3/2017 esclude infatti la sussistenza di un obbligo dell'amministrazione di fornire gli strumenti di lavoro (v. par. 1.D).

performance”⁶². Visto che il lavoro agile nella pubblica amministrazione non deve essere inteso come mero “lavoro da casa” (Dir. 3/2017)⁶³, il dirigente ha pure il compito essenziale di “organizzare una programmazione settimanale-quindicinale delle priorità e, conseguentemente, degli obiettivi lavorativi di breve-medio periodo”, il cui raggiungimento deve risultare da report o all’esito di “momenti di confronto nei giorni di presenza in sede”⁶⁴. Lo stesso potere di controllo del *manager* pubblico non potrà che essere esercitato “con riguardo al risultato della prestazione, in termini sia qualitativi sia quantitativi, in relazione alle priorità precedentemente definite”⁶⁵. In un simile contesto, la valutazione per obiettivi riveste, del resto, un ruolo chiave, con riguardo tanto al dirigente⁶⁶, quanto ai singoli dipendenti, pure in vista del riconoscimento della retribuzione accessoria⁶⁷, che, come noto, costituisce il principale oggetto della contrattazione decentrata⁶⁸.

Emerge così la tensione del lavoro agile alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, più che verso l’esigenza individuale della conciliazione vita-lavoro, verso l’obiettivo generale del miglioramento organizzativo⁶⁹, non diversamente da quanto di regola, nel privato, con gli accordi collettivi sullo *smart working*⁷⁰.

A questo riguardo, va tenuto però presente che lo “*smart working*” nella pubblica amministrazione si inserisce all’interno di un sistema delle fonti che, nonostante la contrattualizzazione, si caratterizza per l’imperatività di numerose previsioni legali, in materia disciplinare come pure relativamente all’organizzazione degli uffici e del lavoro⁷¹: proprio per questo, lo spazio negoziale, nel pubblico, è assai contenuto, a differenza del settore privato⁷².

La Direttiva apre, tuttavia, alla partecipazione del sindacato al cambiamento organizzativo, segnalando l’opportunità di garantire alle parti sociali – e al Comitato Unico *ex art. 57 d.lgs. 165/2001* – un’informativa preventiva “limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro” e, soprattutto, la possibilità di un confronto “utile, in un’ottica di collaborazione, per l’applicazione di un istituto innovativo come il lavoro agile”⁷³. Ciò costituisce il segno della dimensione collettiva che si lega alle istanze di carattere organizzativo connesse al lavoro agile, donde la necessità, su cui si insisterà nelle

⁶² Secondo M. Brollo, *Il lavoro agile*, cit., 121, l’auto-organizzazione del tempo e del luogo, unita a valutazione sul risultato raggiunto, avvicina “pericolosamente” il lavoratore subordinato agile al lavoratore autonomo, anche in punto di rischio; cfr. F. Santoni, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, 4, 933, che parla in proposito di una potenziale trasformazione in un’obbligazione di risultato.

⁶³ Cfr. M. Altamari, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *VTDL*, 2018, 3, 843 ss.

⁶⁴ Così par. 3.F Dir. 3/2017.

⁶⁵ Sulla necessità di una “rivoluzione culturale che scardini gli assetti tradizionali del management pubblico”, V. Talamo, *Impatto della digitalizzazione e nuove modalità di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni: le sfide e le opportunità*, in *LPA*, 2019, 3, 74.

⁶⁶ Anche al dirigente verrebbe peraltro consentito l’accesso al lavoro “agile”, sulla scia del par. 1.D della Dir. 3/2017.

⁶⁷ Sull’intreccio tra innovazioni tecnologiche e *performance*, di recente, L. Zoppoli, P. Monda, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, 2, 318 ss. e ivi ulteriori richiami.

⁶⁸ M. Brollo, *Il lavoro agile*, cit., 128.

⁶⁹ Sul collegamento, sempre più evidente, tra lavoro agile e *performance* v., da ultimo, d.M.P.A. 9 dicembre 2020, recante “Linee Guida sul Piano Organizzativo del Lavoro Agile (POLA) e indicatori di *performance*”, su cui D. Porcheddu, *Le linee guida per il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Boll. Adapt*, 21 dicembre 2020, n. 47; cfr., in precedenza, M. Russo, *Lavoro agile nella p.a. tra fase emergenziale e cambiamento strutturale*, in *giustiziacivile.com*, 19 ottobre 2020, 21.

⁷⁰ Cfr. M.L. Vallauri, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *AA.VV., Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quad. RGL*, 2019, 4, 170.

⁷¹ V. art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001.

⁷² Non a caso, al par. 3.G della Dir. 3/2017 viene assegnato un ruolo centrale ai codici di comportamento della singola P.A. nell’individuazione delle condotte esterne del lavoratore agile disciplinarmente rilevanti. In tale ambito, come osserva A. Sartori, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 491, “l’accordo delle parti e l’atto interno della p.a. sono totalmente vincolati”. Cfr. R. Casillo, M. Tufo, *Il lavoro agile*, in *AA.VV., La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 212.

⁷³ Parr. 2.A e 3.C Dir. 3/2017. Cfr. A. Zilli, *Il lavoro agile*, cit., 375 ss., che sottolinea il ruolo centrale del Comitato Unico di Garanzia nel percorso di partecipazione e di condivisione con la parte sindacale auspicato dalla Direttiva in punto di lavoro agile.

riflessioni conclusione, delle (*recte*, di buone) relazioni sindacali ai fini del fruttuoso impiego dell'istituto (anche) in ambito pubblico.

5. Una deviazione dal “tipo”: il lavoro agile “domiciliare” durante la pandemia

A dispetto del carattere promozionale della l. 81/2017, sino al marzo del 2020 il lavoro agile non aveva trovato un ampio spazio nell'impiego privato e, soprattutto, nel settore pubblico⁷⁴.

Come purtroppo a tutti noto, a “mettere le ali al lavoro agile”⁷⁵ è stata la pandemia da Covid-19, che per lunghi mesi ha costretto milioni di lavoratori e lavoratrici a restare a distanza (anche) dal luogo di lavoro⁷⁶.

Sin dalle prime fasi dell'emergenza, il legislatore ha guardato al lavoro agile con favore, autorizzando il ricorso all'istituto da parte del datore di lavoro pure in assenza dell'accordo individuale previsto dall'art. 18 l. 81/2017⁷⁷.

Addirittura, nel settore pubblico, il lavoro agile è stato presto individuato come la “modalità ordinaria” di svolgimento della prestazione lavorativa, salvo che per le attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza e per quelle indifferibili da rendere in presenza⁷⁸.

Di converso, alcune categorie di lavoratori si sono visti attribuire, fino al termine dell'emergenza epidemiologica, il *diritto* al lavoro agile, anche in assenza di accordo individuale⁷⁹: i lavoratori disabili⁸⁰, i lavoratori dipendenti del settore privato affidatari di un figlio minore di anni 14⁸¹ e, da ultimi, i lavoratori immunodepressi o maggiormente esposti a rischi per la salute⁸².

⁷⁴ M. Russo, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; P. Iervolino, *Lo smart working al vaglio del COVID-19: un altro fallimento nel processo di privatizzazione del pubblico impiego*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, in *LPO*, 2020, Speciale, 43.

⁷⁵ P. Ichino, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in *lavoce.info*, 28 febbraio 2020.

⁷⁶ C. Alessi, M.L. Vallauri, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in AA.VV., *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 132 e 135, in termini di “dispositivo di protezione individuale e collettivo atipico”; S. Cairoli, *L'incentivo al lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al CODIV-19: prime osservazioni*, in *giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020.

⁷⁷ Ciò è avvenuto, dapprima, nelle “zone rosse” (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6), e, in seguito, nell'intero Paese (D.P.C.M. 1 marzo 2020; D.P.C.M. 4 Marzo 2020).

⁷⁸ V. art. 87, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (conv. con l. 24 aprile 2020, n. 27), su cui M.C. Cataudella, *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., 35; cfr. d.p.c.m. 8 marzo 2020 e Dir. 2/2020 del 12 marzo 2020 della Funzione Pubblica; v. pure la raccomandazione circa l'uso delle ferie anche da parte delle pubbliche amministrazioni in caso di impossibilità di ricorrere al lavoro agile, in combinazione con gli altri istituti (permessi, congedi straordinari, banca ore, formazione) regolati dalla contrattazione collettiva (d.p.c.m. 10 aprile 2020). Va comunque evidenziato che, nell'impossibilità di ricorrere agli istituti citati (e ovviamente alla cassa integrazione), il legislatore, già dalla prima fase dell'emergenza, ha previsto, all'art. 87, comma 3, d.l. 18/2020, l'esenzione dal servizio con conservazione del diritto al trattamento retributivo (sul punto v. C. Cester, *Emergenza epidemiologica e corresponsività nel rapporto di lavoro*, in *Labor*, 2020, 4, 475). Sul ricorso all'istituto in parola nelle amministrazioni pubbliche durante la “fase 2” dell'emergenza (tarda primavera del 2020), v. d.p.c.m. 26 aprile 2020, Dir. 3/2020 della Funzione Pubblica, del 4 maggio 2020, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77 (per un'attenta ricognizione, v. C. Spinelli, *Le potenzialità del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, 2, 24-26). Avuto riguardo al periodo autunnale, v. d.m.p.a. 19 ottobre 2020, adottato in attuazione dei d.p.c.m. del 13 ottobre 2020 e del 20 ottobre 2020, su cui M. Frediani, *Il D.M.19 ottobre 2020 quale compendio del lavoro agile in regime emergenziale*, in *LG*, 2020, 11, 1023 ss.; D. Porcheddu, *Lo Smart Working nella Pubblica Amministrazione: il decreto ministeriale del 19 ottobre 2020*, in *Boll. Adapt* 26 ottobre 2020, n. 39.

⁷⁹ Cfr. I. Alvino, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, in *giustiziacivile.com*, 8 aprile 2020; P. Sordi, *Le disposizioni a favore dei lavoratori destinatari delle previsioni della Legge n. 104 del 1992*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., 55.

⁸⁰ Art. 39, comma 1, d.l. 18/2020.

⁸¹ Art. 90 d.l. 34/2020; v. anche art. 5 d.l. 8 settembre 2020, n. 111, riguardante i genitori di figli posti in quarantena obbligatoria nella stagione del rientro a scuola.

⁸² V. art. 90, secondo periodo, d.l. 34/2020, così come modificato, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, l. 17 luglio 2020, n. 77. Peraltro, già prima della pandemia, il comma 3-bis dell'art. 18 l. 81/2017 (introdotto dall'art. 1, comma 485,

A favore di tali soggetti, il diritto potestativo al lavoro agile è stato tuttavia riconosciuto solo a “condizione che tale modalità [fosse] compatibile con le caratteristiche della prestazione”. Proprio quest’ultimo aspetto è stato al centro delle prime pronunce giurisprudenziali in materia di lavoro agile⁸³. Salvi, a quanto consta, i casi decisi dal Tribunale di Mantova⁸⁴ e dal Tribunale di Ragusa⁸⁵, che hanno ritenuto che la tipologia di mansioni concretamente svolte richiedessero la presenza fisica dei lavoratori in azienda⁸⁶, le pronunce sinora intervenute hanno accertato la compatibilità del lavoro a distanza con le caratteristiche delle prestazioni di causa, ordinando per l’effetto alle società convenute di consentire ai lavoratori ricorrenti la – temporanea – fruizione del lavoro agile⁸⁷.

A livello sistematico, va comunque evidenziato che la natura di diritto potestativo (alternativamente, del datore di lavoro o del lavoratore) del lavoro agile “emergenziale” sembra porsi in contrasto con il carattere essenzialmente bilaterale dell’istituto regolato dalla l. 81/2017⁸⁸. Non solo. Il modello legale prevede lo svolgimento della prestazione in parte all’interno e in parte all’esterno del contesto aziendale, mentre durante l’epidemia i lavoratori hanno potuto – per ovvie ragioni – operare unicamente da remoto (*recte*, dal proprio domicilio) e, oltretutto (se non proprio paradossalmente), da una “postazione fissa”⁸⁹. D’altro canto, durante la crisi pandemica l’esigenza primaria era di tutelare la salute pubblica e non di conciliare vita e lavoro⁹⁰, né tanto meno di incrementare (semmai, al più, di salvaguardare) la produttività dell’impresa⁹¹. Sulla scorta di simili rilievi, numerosi commentatori hanno puntualmente osservato come il lavoro agile “emergenziale” non sia (stato) altro che una forma semplificata di lavoro a domicilio⁹² o di telelavoro⁹³, o, ancora, un “ibrido

l. 145/2018), imponeva ai datori di lavoro di dare priorità alle richieste di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità o avanzate dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità grave.

⁸³ Trib. Grosseto 23 aprile 2020, in *MGL*, 2020, 2, 489, con nota di G. Gentile, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*; Trib. Bologna 23 aprile 2020, in *Labor*, 2020, 4, 531, con nota di A. Zilli, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell’impresa*; Trib. Roma 20 giugno 2020, in *GLav*, 24 luglio 2020, n. 31, con nota di G. Bulgarini D’Elci, *Lo smart working durante la pandemia, quando il datore può opporsi*; Trib. Mantova 26 giugno 2020, in *ilgiuslavorista*, 27 luglio 2020, con commento di T. Zappia, *Il bilanciamento degli interessi durante l’emergenza Covid*.

⁸⁴ Trib. Mantova 26 giugno 2020, cit.

⁸⁵ Trib. Ragusa 1 ottobre 2020, RG 1663/2020, inedita a quanto consta.

⁸⁶ Si trattava della gestione di un parcheggio e della verifica, anche attraverso sopralluoghi, del relativo stato manutentivo.

⁸⁷ Nell’ordinare alla convenuta l’adibizione del ricorrente al lavoro agile, Trib. Grosseto 23 aprile 2020, cit., ha pure fissato nella “misura di euro 50 al giorno la somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione dell’ordine di adibizione al lavoro agile”: per alcuni rilievi critici sul punto, v. L. Valente, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *LG*, 2020, 12, 1196, cui *adde* M. Biasi, *L’esclusione lavoristica dalla misura coercitiva indiretta ex art. 614-bis c.p.c.: un opportuno ripensamento*, in *LDE*, 2020, 2, 12-13.

⁸⁸ R. De Luca Tamajo, F. Maffei, *L’esperimento emergenziale e post emergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 230-21; R. Romei, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, 4, 428; C. Macchione, *Il lavoro agile ai tempi del Coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 14 aprile 2020.

⁸⁹ V. Maio, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 89.

⁹⁰ Cfr. R. Zucaro, *Pubblica Amministrazione e Smart Working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *LPA*, 2020, 2, spec. 101 ss.

⁹¹ S. D’Ascola, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell’emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Quest. Giust.*, 29 giugno 2020.

⁹² C. Pisani, *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *GLAV*, 2020, 33-34, 20; S. Bini, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; C. Di Carluccio, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *RIDL*, 2020, III, 5.

⁹³ C. Alessi, M.L. Vallauri, *op. ult. cit.*, 135; cfr. L. Foglia, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, in A. Pileggi (a cura di), *Il Diritto del Lavoro dell’emergenza epidemiologica*, cit., 29; A. Tursi, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in M.T. Carinci, A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, 110.

legislativo”⁹⁴, necessario per contenere il diffondersi del contagio, ma dalla relativa utilità per l’agognato sviluppo del “vero” lavoro agile nell’era post-pandemica⁹⁵.

6. Tre linee di sviluppo del lavoro agile post-emergenziale

Nonostante la rilevata diversità tra il lavoro agile “standard” e la sua versione (o, meglio, deviazione) emergenziale, non può negarsi che la recente pandemia abbia dato corso ad un esperimento collettivo di lavoro da remoto⁹⁶, del quale è necessario tenere conto nella prospettiva di uno sviluppo del lavoro agile nella stagione successiva alla crisi⁹⁷. A prescindere, infatti, da ogni valutazione di merito circa un’esperienza che, nel momento in cui si scrive, pare fortunatamente destinata a volgere al termine (sia pure in tempi ancora incerti)⁹⁸, i principali interrogativi per i giuristi riguardano l’opportunità e le eventuali linee di un intervento sul quadro normativo “pre-pandemico” ed in particolare sulla l. n. 81/2017. Nelle pagine che seguono si cercherà di sviluppare un ragionamento articolato lungo tre direttrici, che trovano riscontro nell’assetto attuale delle fonti della materia: la manutenzione selettiva della l. n. 81/2017 (legge); la garanzia della volontarietà nel ricorso all’istituto (contrattazione individuale); la centralità delle relazioni sindacali (contrattazione collettiva).

6.1. La manutenzione selettiva della l. 81/2017

L’ambito di maggiore interesse, in chiave di riforma del lavoro agile, è con ogni probabilità la materia della sicurezza sul lavoro, su cui, giusto il carattere imperativo della relativa normativa, la contrattazione (collettiva e individuale) ha un limitato margine di manovra⁹⁹.

In dottrina si è segnalata in particolare la necessità di armonizzare la normativa prevenzionistica speciale del lavoro agile (art. 22 l. n. 81/2017) con quella generale del lavoro a distanza “reso mediante collegamento informatico e telematico” (art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008). Quest’ultima, come si è già avuto modo di evidenziare (v. retro, par. 3), pone infatti in capo al datore di lavoro alcuni obblighi difficilmente compatibili con la facoltà del lavoratore di scegliere liberamente il luogo esterno per lo svolgimento della prestazione. Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, l’obbligo datoriale di “organizzare e predisporre i posti di lavoro”¹⁰⁰, relativo alle attività che comportino l’uso di videoterminali (il che è sostanzialmente scontato nelle odierne prestazioni agili).

⁹⁴ B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit., 229.

⁹⁵ Cfr. F. Carinci, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, cit., 45 ss., che tiene nettamente distinte la versione “genuina” (i.e. ex l. 81/2017) ed “edulcorata” (i.e. pandemica) del lavoro agile.

⁹⁶ Cfr. A.M. Ponzellini, *Non è tutto smart working quello che riluce*, in *Mondo Operaio*, 2020, 7-8, 17 ss.

⁹⁷ M. Brollo, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 553.

⁹⁸ A questo proposito, si condivide quanto rilevato da P. Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2020, 430, 2 circa l’opportunità di mantenersi in una posizione mediana tra le opposte vedute avveniristiche e catastrofistiche; cfr. V. Maio, *Nel paradosso del lavoro rigido. Considerazioni a margine dell’inchiesta sul lavoro da remoto condotta dalla Rete lavoratrici e lavoratori Agili –Italia*, in *LDE*, 2021, 1, 8-9.

⁹⁹ V., da ultimo, L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia*, cit., 21 ss.

¹⁰⁰ Così art. 174, comma 3, d.lgs. 81/2008, ma altrettanto si potrebbe sostenere con riguardo al diritto di accesso ex art. 3, comma 10, secondo periodo, d.lgs. 81/2008, oltre che con riferimento ai profili assicurativi (v. retro).

Non si comprende davvero come il datore di lavoro possa ottemperare a tale prescrizione senza avere contezza circa il luogo ove la prestazione venga resa¹⁰¹. Un'ipotesi di riforma potrebbe allora contemplare la conferma degli obblighi da ultimo citati qualora le parti individuino nell'accordo sul lavoro agile uno o più luoghi ove il lavoratore potrà svolgere la prestazione "esterna"¹⁰² e, in caso contrario, la sussistenza dei soli obblighi, contemplati all'art. 22 l. n. 81/2017, dell'informativa scritta, della formazione e della sicurezza degli strumenti di lavoro, unitamente all'obbligo di cooperazione del prestatore di lavoro nelle misure di prevenzione.

Si badi, però, che degli obblighi datoriali – ed in particolare di quello di formazione – andrebbe garantita l'effettività, non potendocisi accontentare, se si vuole scongiurare un irragionevole *trade off* tra la libertà e la sicurezza del prestatore, di una previsione di natura meramente cartolare¹⁰³.

Con riguardo, poi, agli strumenti di lavoro, andrebbe ripensata la regola che consente l'accollo al lavoratore del costo degli strumenti necessari a svolgere la prestazione all'esterno (dalla connessione a internet al toner della stampante)¹⁰⁴.

In sostanza, al lavoratore andrebbe attribuito un "diritto alla connessione" *lato sensu*¹⁰⁵, che non pare di minore rilievo, quanto meno nella prospettiva della parità di trattamento tra i lavoratori "interni" e i lavoratori agili¹⁰⁶, del discusso diritto alla disconnessione di cui si dirà in breve.

Non mancano, d'altro canto, segnali di una maggiore consapevolezza su questo specifico aspetto da parte tanto dell'attore pubblico quanto delle imprese private.

Relativamente al primo, va sottolineato che mentre la Dir. 3/2017 si basava sul modello c.d. BYOD, ovvero sull'utilizzo, nella fase esterna di esecuzione della prestazione, di strumenti propri da parte del lavoratore, nella decretazione emergenziale si è passati a contemplare il ricorso a questi ultimi soltanto "qualora l'amministrazione non sia tempestivamente in grado di fornirne di propri"¹⁰⁷, giungendosi così al ribaltamento del rapporto regola-eccezione nell'utilizzo di strumenti propri da parte del lavoratore, sulla scia di quanto avvenuto nella contrattazione collettiva sullo *smart working*¹⁰⁸.

6.2 La garanzia della volontarietà nel ricorso all'istituto

Come noto, il pendente disegno di legge n. 1833 della XVIII Legislatura, contenente la "Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla

¹⁰¹ E. Dagnino, M. Menegotto, L.M. Pelusi, M. Tiraboschi, *Guida pratica al lavoro agile*, cit., 63.

¹⁰² Così, nel settore pubblico, la Dir. 3/2017.

¹⁰³ Cfr. circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017.

¹⁰⁴ Cfr. P. Ichino, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *LDE*, 2021, 1, 5.

¹⁰⁵ Qui inteso in un'accezione diversa da quella proposta da V. Maio, *Il lavoro da remoto*, cit., 97-98, il quale si riferisce al diritto universale di fruire di un bene (la connessione a internet) essenziale per la partecipazione alla vita sociale ed economica del Paese.

¹⁰⁶ Sull'art. 20, comma 1, l. n. 81 del 2017, v. M. Falsone, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 563 ss.

¹⁰⁷ Art. 3, comma 2, d.M.P.A. 19 ottobre 2020.

¹⁰⁸ V., a titolo esemplificativo, l'accordo Gruppo Poste Italiane del 18 dicembre 2020, ove si legge che "le apparecchiature necessarie per lo svolgimento della prestazione in modalità agile, compatibilmente con i necessari tempi di approvvigionamento e distribuzione, saranno forniti dall'Azienda che ne garantirà la conformità, assicurando il buon funzionamento e la manutenzione".

disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti”, mira alla conferma della previsione della legislazione emergenziale in punto di diritto potestativo al lavoro agile per certe categorie di lavoratori, tra i quali i disabili gravi e i lavoratori affetti da gravi e comprovate patologie che comportino ridotta capacità lavorativa¹⁰⁹.

Ove tale proposta trovasse accoglimento, l’istituto conserverebbe, al pari del lavoro a tempo parziale¹¹⁰, una natura essenzialmente bilaterale, fatto salvo il diritto del lavoratore o della lavoratrice di accedervi in situazioni che vedano coinvolti interessi particolarmente meritevoli di tutela. Tra queste dovrebbe trovare un autonomo spazio l’ipotesi della genitorialità¹¹¹, contemplata nella normativa emergenziale ed al centro (anche) delle più recenti iniziative europee in materia sociale¹¹².

Specularmente, vi è chi propone di ricondurre l’istituto nell’alveo del potere del datore di lavoro, consentendo a quest’ultimo di imporre al lavoratore la modalità di lavoro agile per ragioni organizzative¹¹³, come nell’ipotesi del trasferimento *ex art.* 2103, ultimo comma, c.c.¹¹⁴.

Quest’ultimo istituto ha però riguardo precipuamente al *luogo* di lavoro, mentre il passaggio al lavoro agile coinvolge anche il *modo* in cui la prestazione viene svolta e numerosi altri aspetti la cui disciplina viene non per caso affidata dalla l. n. 81/2017 all’accordo tra le parti.

Del resto, al pari dei suoi predecessori (il telelavoro e lo *smart working*) e a differenza del trasferimento, il lavoro agile partecipa di una chiara vocazione negoziale¹¹⁵, che investe non tanto e non solo il suo piano genetico (v. la natura accessoria e reversibile dell’opzione delle parti a favore dell’istituto), quanto soprattutto la sua fase attuativa. Se la l. n. 81/2017 consente all’accordo di incidere addirittura sulle “forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro”, è perché, evidentemente, il legislatore è consapevole che il lavoro agile richieda un livello di cooperazione superiore, relativamente alla prestazione esterna, rispetto ad un ordinario rapporto di lavoro subordinato, del quale pur conserva la natura. Ciò depone a sfavore del superamento della struttura volontaristica alla base della l. n. 81/2017¹¹⁶, per quanto la stessa possa aver subito una – temporanea – torsione durante il periodo emergenziale. Questa è stata tuttavia dettata da ragioni estranee alle

¹⁰⁹ D.d.l. n. 1833 della XVIII legislatura, ad iniziativa dei Sen. Ricciardi ed altri, comunicato alla Presidenza il 29 maggio 2020.

¹¹⁰ Per interessanti spunti sul parallelismo, a livello funzionale, tra il part-time e il lavoro agile, v. già A. Occhino, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018, 3, 81 ss.

¹¹¹ Cfr. M.D. Ferrara, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2020, 426, 11 ss.; a proposito del collegamento con gli accomodamenti ragionevoli, v. F. Malzani, *Benessere e sicurezza dei lavoratori: oltre la disabilità*, in *VTDL*, 2020, 4, 979 ss.

¹¹² Direttiva (UE) 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza: v. S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, Napoli, 2020, 197 ss.

¹¹³ Cfr. G. Lucchetti, *Il lavoro da remoto tra consenso del lavoratore e organizzazione dell'impresa*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 77 ss., che propone di superare il “dogma della imprescindibilità del consenso”; per una prudente apertura, nel contesto del lavoro pubblico, M. Esposito, *Smart work e pubblico impiego: patto chiari, agilità lunga*, *ivi.*, 150-151.

¹¹⁴ Cfr. M. Martone, *Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza. Il lavoro da remoto*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 12.

¹¹⁵ P. Albi, *Il lavoro agile*, cit., 20, in termini di “imprinting consensuale”.

¹¹⁶ R. De Luca Tamajo, F. Maffei, *L'esperimento emergenziale e post emergenziale del lavoro agile*, cit., 242, in termini di “recupero della consensualità come tratto identitario dello *smart working*”.

esigenze organizzative e produttive dell'impresa, da un lato, e di conciliazione vita-lavoro del lavoratore, dall'altro, che si pongono alla base del ricorso al lavoro agile "standard".

Piuttosto, ci si potrebbe domandare se non sia opportuno imporre, a garanzia della genuinità della scelta del lavoratore, la sottoscrizione dell'accordo in sede protetta¹¹⁷. Per un verso, si tratterebbe di un irrigidimento probabilmente eccessivo in presenza di un accordo collettivo che fungesse da cornice per la manifestazione della volontà del singolo lavoratore. Residuerrebbe per altro verso l'ipotesi in cui le parti avessero interesse a ricorrere al lavoro agile in assenza di una disciplina pattizia. In questo caso, la reversibilità della scelta del lavoratore, che, al pari dell'impresa datrice di lavoro, gode sempre del diritto di recesso dall'accordo, stempera forse le esigenze di rafforzare, a livello procedurale, la genuinità della scelta iniziale¹¹⁸, nonostante la connaturata disparità di potere contrattuale tra le parti.

6.3 La centralità delle relazioni sindacali (anche) in chiave di effettività delle tutele individuali

Come si è già avuto modo di notare, la scelta della l. 81/2017 di affidarsi precipuamente all'accordo individuale non svisciva né ridimensiona il ruolo della contrattazione collettiva quale fonte privilegiata per l'adattamento del lavoro agile ai diversi contesti organizzativi¹¹⁹.

A riprova di ciò, si consideri non solo che la regolamentazione legale trae origine dalle esperienze degli accordi collettivi sullo *smart working*, ma anche che, allorché la normativa emergenziale ha consentito il ricorso all'istituto su iniziativa del solo datore di lavoro, l'opzione dell'unilateralità ha di sovente ceduto il passo alle pattuizioni collettive¹²⁰.

Del resto, la contrattazione può utilmente fungere da cornice per l'accesso al lavoro agile su basi paritarie anche nel settore, mediante la fissazione di regole uniformi in punto di criteri di priorità e di modalità di presentazione delle domande. Sempre attraverso la contrattazione è possibile individuare le mansioni esperibili in modalità agile, così da prevenire – anche se non escludere del tutto¹²¹ – l'insorgenza di un contenzioso o, comunque, di doglianze da parte dei singoli.

Soprattutto, la contrattazione riveste la fondamentale funzione di assicurare l'effettività dei diritti dei lavoratori agili, specie con riguardo alle nuove istanze di tutela del lavoro da remoto¹²².

¹¹⁷ Sulla necessità di assicurare la genuinità del consenso del lavoratore o della lavoratrice al lavoro agile concorda M. Broglio, *Il lavoro agile alla prova*, cit., 176; con riguardo all'ambito pubblico, v. L. Zoppoli, *Dopo la digi-demia*, cit., 25.

¹¹⁸ Si aggiunga oltretutto che la garanzia in parola è assente nell'ipotesi del lavoro a tempo parziale, ove la scelta delle parti non è di regola reversibile, se non, per l'appunto, d'intesa con l'altro contraente.

¹¹⁹ M. Persiani, *Prologo*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 2; G. Zilio Grandi, M.L. Picunio, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, *ibidem*, 169 ss. e ivi il riferimento all'art. 8 d.l. 138/2011; cfr. M. Bentivogli, *Smart working e contrattazione collettiva*, *ibidem*, 159 ss.; M.L. Lamberti, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, 3, 637.

¹²⁰ V. Menicocci, *La remotizzazione del lavoro nell'emergenza Covid-19: le prime esperienze contrattuali*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 261 ss.

¹²¹ V. Trib. Roma 5 ottobre 2020, che ha rigettato la domanda del ricorrente (fruitore dei permessi per assistenza alla madre portatrice di handicap ex art. 3, comma 3, l. 104/1992), il quale aveva rivendicato il diritto al lavoro agile al 100% per le sue mansioni di incaricato dell'elaborazione di progetti concernenti l'operatività del trasporto pubblico, a fronte di un accordo collettivo che limitava al 50% la possibilità di svolgere tali compiti durante l'emergenza pandemica; cfr. Trib. Roma 28 ottobre 2020, che ha accolto la domanda formulata nei confronti della medesima impresa da parte di un lavoratore "fragile", addetto a mansioni di assistenza clienti per pratiche di rimborso dei titoli di viaggio svolgibili da remoto.

¹²² Sui nuovi rischi della prestazione svolta da remoto ovvero in modalità agile (e.g. *burn-out*, "presenzialismo digitale", ecc.), v. A. Donini, *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, 3, 823 ss.

Ci si riferisce, in particolare, all'ampiamente dibattuto diritto alla disconnessione, affidato all'accordo individuale dalla l. n. 81/2017 ed invece assurto, sia pure ancora *de iure condendo*, al grado di "diritto fondamentale" nel d.d.l. 1833¹²³.

Tuttavia, né l'attuale regolamentazione né la citata proposta di riforma chiariscono fino in fondo quale sia l'obbligo datoriale che accede al diritto (fondamentale o meno) del prestatore di lavoro alla disconnessione¹²⁴, secondo l'alternativa di:

- i) un obbligo di non fare, ossia di non contattare il dipendente al di fuori dell'orario concordato, come parrebbe emergere da alcune specifiche clausole contrattuali collettive¹²⁵ e, indirettamente, dall'art. 2, comma 1, lett. h), del d.d.l. n. 1833¹²⁶;
- ii) un obbligo di fare, ovvero di impedire al prestatore di lavoro di rendere la propria prestazione, anche *invito domino*, oltre l'orario concordato¹²⁷.

La prima opzione interpretativa smorzerebbe la natura innovativa del diritto alla disconnessione, che verrebbe di fatto assorbito dalla normativa già esistente in materia di orario di lavoro, sia pure declinata nel contesto del lavoro agile¹²⁸.

Ove, invece, prevalessse la seconda ricostruzione, sarebbe difficile garantire tale diritto senza l'adozione di misure organizzative – come, ad esempio, lo spegnimento dei server aziendali in orario notturno – che trascendano il piano meramente individuale. In questa accezione, dunque, il diritto alla

¹²³ Cfr. V. Maio, *Il lavoro da remoto*, cit. 91.

¹²⁴ Cfr. A. Boscati, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 69 ss.

¹²⁵ Cfr. l'accordo collettivo aziendale di Monte dei Paschi di Siena del 29 maggio 2017: solo "nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa in "Lavoro agile", durante il proprio orario di lavoro, il Dipendente dovrà essere regolarmente reperibile; l'accordo collettivo del Gruppo Poste Italiane del 18 dicembre 2020: "una volta esaurita la prestazione giornaliera prevista, la lavoratrice/il lavoratore...avrà diritto a disattivare il personal computer ed il tablet eventualmente fornito, dandone comunicazione al proprio responsabile".

¹²⁶ L'art. 2, comma 1, lett. h) del d.d.l. n. 1833 si riferisce al diritto del lavoratore di "disconnettersi dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche in proprio possesso, senza che questo possa comportare effetti negativi di natura disciplinare o decurtazioni retributive"; cfr. la Proposta di Raccomandazione del Parlamento Europeo alla Commissione n. 2019/2181, relativa ad una Direttiva europea sul diritto alla disconnessione (reperibile in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0246_EN.html), ove quest'ultimo viene definito, al punto 10, alla stregua del "diritto del lavoratore di dedicarsi ad attività o a comunicazioni legate alla sfera lavorativa al di fuori dell'orario di lavoro, attraverso gli strumenti digitali, come telefonate, mails e altri messaggi". Inoltre, il "diritto alla disconnessione consente ai lavoratori di spegnere la strumentazione di lavoro e di non rispondere alle richieste del datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro, senza correre il rischio di subire conseguenze sfavorevoli come il licenziamento o altre misure ritorsive" (trad. non ufficiale).

¹²⁷ V. il Decreto n. 289/2017 del Direttore Generale dell'Università degli Studi dell'Insubria, ove il diritto alla disconnessione è inteso non solo quale "diritto di non rispondere a telefonate, e-mail e messaggi d'ufficio", ma anche quale dovere di non telefonare, di non inviare e-mail e messaggi di qualsiasi tipo al di fuori dell'orario di lavoro" dal lunedì al venerdì, dalle ore 20 alle ore 7 del mattino seguente e per le intere giornate di sabato, domenica e durante i festivi".

¹²⁸ Cfr. F. Avanzi, *La "disconnessione" della relazione di lavoro subordinata*, in *LDE*, 2020, 3, 5-6; L. Caputo, *Il diritto alla disconnessione: dai contratti collettivi a una possibile tutela generalizzata*, in *giustiziavivile.com*, 18 novembre 2020, 6.

disconnessione assumerebbe, sulla scia delle esperienze straniere¹²⁹, il carattere di diritto individuale a naturale mediazione collettiva¹³⁰.

A monte, però, andrebbe forse condotta una riflessione sulle ragioni che inducono il lavoratore a – volendo, anche eccessivamente, semplificare – “lavorare di notte”. Si tratta, salvi i casi di situazioni specifiche legate al carattere o alla condizione del singolo, di una questione principalmente afferente alla sfera dell’organizzazione e della relativa (in)efficienza. Tale profilo non riguarda naturalmente i soli lavoratori – agili o meno – di oggi, posto che anche nel secolo scorso la “disconnessa quiete” del lavoratore poteva essere turbata da una telefonata domenicale del superiore o dalla richiesta, più o meno espressa, di un’integrazione del lavoro eseguito durante l’orario di lavoro. Eppure, il tema non può che essere considerato allo stato di stringente attualità¹³¹, non tanto (o non solo) per la presenza delle nuove tecnologie della comunicazione, che rendono ancor più agevole rintracciare il lavoratore (il quale può a sua volta “connettersi”, ossia lavorare) praticamente ovunque, quanto, soprattutto, per il ruolo pregnante che il risultato organizzativo assume ai fini dell’adempimento dell’obbligazione lavorativa agile, quand’anche quest’ultima non possa essere considerata di risultato in senso stretto¹³².

Nell’ottica di garantire l’equità e la ragionevolezza degli esiti attesi dal datore di lavoro, non può che risultare decisiva la mediazione del sindacato, nel ruolo, se non di contropotere¹³³, quanto meno di qualificato interlocutore¹³⁴. Se, infatti, la co-determinazione degli obiettivi è ad oggi implausibile in ambito privato e comunque preclusa in ambito pubblico, il confronto con le rappresentanze dei lavoratori si pone perfettamente in linea con l’idea – accarezzata nell’agenda nazionale¹³⁵ ed

¹²⁹ A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve*, cit., 547 ss.; cfr. R. Di Meo, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour & Law Issues*, 2017, 3, 17 ss.; C. Timellini, *La disconnessione bussola alla porta del legislatore*, in *VTDL*, 2019, 1, 315 ss.; A. Romeo, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore tra invadenze tecnologiche e nuove modalità della prestazione*, in *RGL*, 2019, I, 4, 686; M. Russo, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in *DRI*, 2020, 3, 682 ss.; M. Lai, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, *ibidem*, 674.

¹³⁰ Così anche M.T. Carinci, *Il lavoro agile*, cit., 92-93; cfr.

¹³¹ S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., 278.

¹³² Si condivide il punto di vista di A. Boscati, *L’inquadramento giuridico*, cit., 62, secondo cui, anche nel lavoro agile, rimane sempre “necessario accertare se l’inadempimento sia riferibile al dipendente, ovvero se sia da ricollegare ad un fattore esterno alla sua sfera di disponibilità che abbia reso oggettivamente impossibile l’adempimento (o il “pieno” adempimento)”. Esclude parimenti che il lavoratore agile assuma alcun obbligo di risultato M.T. Carinci, *Il lavoro agile*, cit., 85; esprime invece alcuni dubbi sul punto F. Santoni, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, 4, 933, il quale osserva che la nuova “modalità di organizzazione del lavoro per fasi ed obiettivi è potenzialmente in grado di mettere in discussione la natura del rapporto di lavoro come obbligazione di mezzi, quasi trasformandola in un’obbligazione di risultato”; in quest’ultimo senso, invece, v. P. Ichino, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, cit., 5.

¹³³ V., per tutti, il classico M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

¹³⁴ Sulla partecipazione degli *stakeholders* come tratto distintivo del modello “Industria 4.0”, F. Butera, *Industria 4.0 come progettazione partecipata di sistemi socio-tecnici in rete*, in A. Cipriani, A. Gramolati, G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0: la quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, 81; L. Pero, A. Ponzellini, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, in M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu (a cura di), *La partecipazione incisiva*, Bologna, 2015, 45 ss.

¹³⁵ Cfr., anche in chiave comparativa, I. Armaroli, E. Dagnino, *A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace. A National Case Study and Comparative Insights*, in *CLL&PJ*, 2019, 41, 173 ss.

europea¹³⁶ in tema di digitalizzazione – di una regolazione non rigidamente unilaterale/verticistica, bensì condivisa dell'innovazione.

In conclusione, ferma la struttura volontaristica propria dell'accordo individuale, è bene che la regia torni agli attori collettivi, il cui contributo è in grado di garantire che il lavoro agile risulti inclusivo, di qualità e, in ultima analisi, *smart*.

¹³⁶ V. l'accordo quadro sulla digitalizzazione sottoscritto il 22 giugno 2020 dall' European Trade Union Confederation e dalle organizzazioni datoriali BusinessEurope, Ceep, Sme United: cfr. A. Rota, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 2020, 6, 2, 25 ss.