

## Michel Martone

### Lo *smart working* nell'ordinamento italiano

**Sommario:** **1.** Prospettive d'indagine. **2.** Agilità come sinonimo di autonomia. **3.** L'autonomia individuale e la disciplina dei poteri del datore di lavoro. **3.1.** I tempi di lavoro, quelli di riposo ed il diritto alla disconnessione. **3.2.** Durata e recesso. **4.** Equivalenza del trattamento economico e apprendimento continuo. **5.** La sicurezza sul lavoro. **6.** Infortuni e malattie professionali. **7.** L'incerto confine tra lavoro agile e telelavoro. **8.** Il lavoro agile nei primi accordi attuativi: alcuni spunti di riflessione. **9.** Subordinazione e lavoro agile.

#### I. *Prospettive d'indagine*

È trascorso appena un anno dall'entrata in vigore della legge n. 81 del 22 maggio 2017 che ha introdotto nell'ordinamento italiano lo *smart working*, altrimenti detto "lavoro agile"<sup>1</sup>.

Si tratta di un'innovazione legislativa importante, che recepisce alcune prassi aziendali<sup>2</sup> e poi fatte proprie dalla contrattazione collettiva naziona-

<sup>1</sup> Non si affronta in questa sede la *querelle* terminologica, relativa all'equivalenza dei due termini linguistici, che secondo parte della dottrina individuano due diverse idee di lavoro del futuro. Può tuttavia essere utile l'opinione espressa dall'Accademia della Crusca, che considera l'espressione italiana "lavoro agile" un "*perfetto equivalente*" del termine inglese *Smart Work* (cfr. Accademia della Crusca – Gruppo Incipit, *Accogliamo con piacere il "lavoro agile"*, Firenze, 1 febbraio 2016).

<sup>2</sup> Si vedano, a questo proposito, gli accordi Barilla del 2 marzo 2015; Zurich del 23 settembre 2015 e Igiugno 2016; Finmeccanica del 2 febbraio 2016; Axa del 12 aprile 2016; Generali del 7 ottobre 2016; Engie del 20 gennaio 2017; Enel del 4 aprile 2017; Ferrovie dello Stato del 2 maggio 2017. Nel settore creditizio si vedano, in particolare, le evoluzioni dei contratti Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014; BNL del 15 luglio 2015; Unicredit del 18 ottobre 2010 e i successivi rinnovi del 20 giugno 2014 e 4 febbraio 2017; BPM del 23 dicembre 2016; Cariparma dell'8 marzo 2016 e 9 marzo 2017; MPS del 29 maggio 2017; Findomestic del 6 giugno 2017.

le<sup>3</sup>, che già manifesta una *vis* espansiva dall'impiego privato a quello pubblico con l'approvazione della direttiva Madia<sup>4</sup>.

Con questa nuova disciplina, infatti, il legislatore, raccogliendo la sfida che il telelavoro aveva clamorosamente mancato, tenta di modernizzare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato per dare risposta alle nuove esigenze imposte dai nuovi modelli di organizzazione del lavoro che si sono affermati nel corso della cd. *Fourth Industrial Revolution*<sup>5</sup>.

Così il legislatore, in linea di continuità con le più recenti riforme legislative a cominciare dal *Jobs Act*, sceglie di affrontare quella che Massimo D'Antona definiva la "*mutazione genetica*"<sup>6</sup> del diritto del lavoro senza stra-

<sup>3</sup> Tra i contratti collettivi nazionali che hanno disciplinato lo *smart working* vedi: ccnl Agrindustria del 23 marzo 2016; ccnl del settore alimentare del 5 febbraio 2016; Multiservizi del 15 marzo 2016 e Federcolture del 12 maggio 2016; ccnl del settore gas-acqua del 18 maggio 2017 e in precedenza già l'accordo ABI del 19 aprile 2013.

<sup>4</sup> Si tratta della direttiva emanata il 1 giugno 2017, in attuazione dei commi 1 e 2 della legge delega n. 124 del 2015, attraverso cui vengono dettate delle linee guida per la sperimentazione dello *smart working* all'interno delle pubbliche amministrazioni con l'obiettivo di permettere, entro tre anni, ad almeno il 10% dei dipendenti che ne facciano richiesta, di svolgere la prestazione in modalità agile. In attuazione della predetta direttiva, in data 6 marzo 2018 il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha adottato il decreto dipartimentale n. 12 per avviare all'interno del Ministero la sperimentazione del lavoro agile. Con successiva nota n. 487 del 29 marzo 2018 il Miur ha pubblicato il bando per avviare le procedure di *smart working* (in attuazione del decreto ministeriale n. 12 del 6 marzo 2018). La prima fase di sperimentazione riguarda un massimo di 26 unità di personale, corrispondente complessivamente al 10% del personale in servizio presso la direzione generale per le risorse umane e finanziarie e presso la direzione generale per i contratti, gli acquisti e per i sistemi informativi e la statistica. La prestazione lavorativa agile potrà essere svolta anche dai dirigenti e dal personale in comando. Come ovvio il dipendente che rientra nel novero dei destinatari è quello la cui prestazione può essere in parte delocalizzata o per lo svolgimento della stessa non sia necessaria la costante presenza fisica nella sede di lavoro. La partecipazione alla fase pilota avviene su presentazione di una specifica istanza del personale, in cui dovranno essere presenti il progetto individuale di lavoro agile e la scheda di programmazione dell'attività individuale. Il progetto può avere una durata massima di due mesi e deve essere approvato dal superiore gerarchico (nonché predisposto sotto la sua supervisione). Per un inquadramento sistematico del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni vedi TALAMO, *Diversamente agile? Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 275 ss.

<sup>5</sup> Sulla quarta rivoluzione industriale e le possibili ricadute in termini occupazionali vedi, nella letteratura internazionale, SCHAWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016; FORD, *Rise of the Robots: Technology and the Threat of a Jobless Future*, Basic Books, 2016; KAPLAN, *Le persone non servono. Lavoro e ricchezza nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Luiss Press University, 2016; ROSS, *The industries of the future*, Simon & Schuster, 2016.

<sup>6</sup> D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in CARUSO,

volgere le categorie di riferimento, come pure suggerivano in tanti, ma scommettendo ancora una volta sulla fattispecie disciplinata dall'art. 2094 cod. civ., adattandola alle dinamiche della post modernità per renderla, appunto, più *smart*, o agile che dir si voglia<sup>7</sup>

Ecco, allora, affacciarsi all'orizzonte dell'ordinamento il lavoro agile e cioè, ai sensi dell'art. 18, co 1, l. 81/17, quella particolare “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*” che può essere svolta “*senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro... in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno senza una postazione fissa*”.

Così la subordinazione finalmente si affranca dalle tradizionali categorie kantiane dello spazio (all'interno dell'impresa) e del tempo (ovvero la sequenza temporale unica) di lavoro<sup>8</sup>, per poter essere finalmente resa secondo modalità molto più libere nella forma ma non meno vincolate nella sostanza, perché ancorate alla necessità di rendere il risultato atteso dal datore di lavoro<sup>9</sup>.

Scopo del presente contributo è analizzare i tratti distintivi di questa nuova (ma profondamente diversa) modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, al fine di delinearne, ad un anno di distanza dal suo riconoscimento legislativo, il possibile ambito di operatività all'interno di un

SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona Opere*, vol. III, tomo III, p. 1222 il quale, nel ricercare le ragioni socio-economiche che hanno portato alla crisi della tradizionale nozione di subordinazione, osserva che “declina la fabbrica fordista, un modo di organizzazione del lavoro che si collega strettamente ad un'idea di subordinazione che abbiamo profondamente interiorizzato, la subordinazione come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione, la subordinazione come etero direzione fondata su elementi di gerarchia e autocrazia imprenditoriale, l'altra faccia di un modello di organizzazione che non è stato mai l'unico, ma che era caratterizzante”. Prendendo spunto dai rapidi cambiamenti in atto nel sistema economico MONTUSCHI, *Un “nuovo” diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, II, Cacucci, 1999, p. 723 ss., ha definito il diritto del lavoro “anagraficamente giovane, ma precocemente invecchiato nel volgere di pochi anni”.

<sup>7</sup> In questo senso vedi PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Cedam, 2018, p. 13 ss.

<sup>8</sup> In questo senso cfr. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *ADL*, 2005, I, p. 1; dello stesso avviso anche DELL'OLIO, *Le “nuove” tipologie e la subordinazione*, in *Aa.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, p. 21 ss.

<sup>9</sup> Per dirla con GIUGNI, *Il diritto del lavoro ieri, oggi e domani*, in *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, p. 117 ss. il diritto del lavoro per tutto il secolo scorso ha ruotato attorno a tre “assi portanti”, costituiti dal rapporto di lavoro all'interno dell'impresa, a tempo pieno, esclusivo.

ordinamento del lavoro che, per quanto profondamente modificato dalle riforme degli ultimi due decenni, continua ancora a considerare il lavoro subordinato come l'architrave su cui poggiare l'ordinamento del lavoro<sup>10</sup>.

## 2. *Agilità come sinonimo di autonomia*

Nonostante gli ampi dibattiti dottrinali, il lavoro agile non rappresenta un'autonoma tipologia contrattuale ma, più semplicemente, come precisato dall'art. 18, l. 81/17, una particolare "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato"<sup>11</sup>.

Ciononostante, si tratta pur sempre di un modello di lavoro profondamente diverso da quello contemplato nell'art. 2094 cod. civ.<sup>12</sup> in cui, in una logica di de-materializzazione dell'impresa, assumono una rilevanza del tutto diversa le variabili di tempo e luogo di lavoro tradizionalmente intese<sup>13</sup>.

Il tempo di lavoro, normalmente cadenzato dall'orario aziendale, cede il passo ad una gestione cronologica del lavoro che, ove concordato, può essere variabilmente collocata all'interno della giornata lavorativa in funzione delle esigenze del dipendente, sempre se compatibili con l'organizzazione aziendale, "entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva", come specificato dall'art. 18, co.1, l. 81/17.

Allo stesso modo, ai sensi del successivo periodo del primo comma dell'art. 18, l. 81/17, anche la collocazione spaziale della prestazione lavorativa, in assenza di "precisi vincoli di luogo di lavoro", potrà essere liberamente determinata dalle parti.

<sup>10</sup> Al riguardo, osserva PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 179, come "la linea di tendenza dell'ordinamento, in altri termini, è ancora quella non della detipicizzazione della fattispecie fondante il diritto del lavoro, bensì quella della destandardizzazione della disciplina applicabile".

<sup>11</sup> Così facendo, dunque, il legislatore ha scelto di non aderire alla diversa impostazione del d.d.l. n. 2229 del 2016 che proponeva di ricondurre il lavoro in modalità agile sia a forme di lavoro autonomo che subordinato.

<sup>12</sup> Con specifico riferimento alla costruzione dell'art. 2094 cod. civ. vedi per tutti DELL'OLIO, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro*, Utet, 1986, p. 3 ss.

<sup>13</sup> In questo senso vedi PROSPERETTI, *Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici*, in *ADL*, 2017, 2, p. 303 ss., secondo cui nel lavoro agile "i connotati del lavoro subordinato sfumano non essendo più correlati al tempo e al luogo di lavoro".

Peraltro, questa rinnovata flessibilità della prestazione risulta ulteriormente rafforzata, nell'ambito dell'accordo, anche dall'introduzione della possibilità di gestire il lavoro “*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*”, secondo una definizione che inevitabilmente assegna una rinnovata centralità al risultato atteso della prestazione di attività lavorativa<sup>14</sup>.

Ma, a ben vedere, il carattere realmente innovativo di questo particolare declinazione del lavoro subordinato risiede non solo e non tanto nell'eliminazione della necessaria collocazione spazio temporale della prestazione lavorativa all'interno dell'impresa, che era già stata sperimentata con l'introduzione della fattispecie del telelavoro, quanto più nella valorizzazione dell'autonomia delle parti.

Prevedendo, infatti, che la prestazione di lavoro in modalità agile possa essere “*stabilita mediante accordo tra le parti*”<sup>15</sup>, il legislatore ha indubbiamente restituito un importante ruolo all'autonomia individuale nella definizione delle modalità di svolgimento della prestazione di lavoro.

Viene così ribaltata, quanto meno con riferimento al breve momento in cui è possibile rendere la prestazione di lavoro agile, la considerazione del lavoratore subordinato come “*contraente debole*”<sup>16</sup> del rapporto, bisognoso di un apparato normativo eteronomo in grado di proteggerlo dallo squilibrio connaturato alla necessità di “*dover dipendere da altri per poter lavorare*”<sup>17</sup>.

Si può dire che con riferimento al lavoro agile il legislatore prenda le distanze da una concezione dell'ordinamento del lavoro ipergarantista per lasciare spazio ad un nuovo modello di disciplina<sup>18</sup> che, valorizzando l'autonomia delle parti, mira a adeguare la subordinazione alle nuove esigenze derivanti dal mutato contesto di organizzazione del lavoro<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>15</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>16</sup> Al riguardo vedi BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Società editrice libraria, 1915, I, p. I-XLVI e p. 838. E più recentemente anche MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *DLRI*, 2000, p. 192 ss.

<sup>17</sup> Così SCOGNAMIGLIO, voce *Lavoro subordinato*, in *EGT*, 1999, p. 1 ss.

<sup>18</sup> Al riguardo, tra i primi commentatori, MARESCA, *Smart working; subordinazione soft*, *Il sole 24 Ore*, 26 luglio 2017, ha osservato come “il lavoratore subordinato diventa più autonomo proprio quando lo stesso legislatore impone l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni continuative, come conseguenza dell'esercizio del potere del committente di organizzare la prestazione del collaboratore quanto ai tempi e al luogo di lavoro”.

<sup>19</sup> In questo senso vedi 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*, 2017, I, p. 367, per il quale

Ciò a scapito della disciplina legislativa ma anche, almeno formalmente, della contrattazione collettiva, a cui pur si deve riconoscere il merito di aver anticipato il legislatore nella regolazione delle ipotesi di prestazione svolta, almeno in parte, all'esterno dei locali aziendali attraverso il supporto della strumentazione informatica, contribuendo per questa via alla “*esatta messa a fuoco del perimetro normativo di operatività del lavoro agile e dei connessi aspetti definitivi e di struttura*”<sup>20</sup>.

Una scelta che, per quanto possa apparentemente sembrare coerente con l'attuale tendenza a comprimere, quando possibile, l'autonomia collettiva, in questo caso sembra piuttosto doversi ricondurre alla precisa volontà di individualizzare la disciplina della prestazione di lavoro svolta in modalità agile in funzione delle specifiche esigenze del singolo lavoratore (per quanto concerne la conciliazione dei tempi di vita e lavoro) nonché della stessa organizzazione aziendale, quasi fosse un abito sartoriale<sup>21</sup>.

### 3. *L'autonomia individuale e la disciplina dei poteri del datore di lavoro*

Nell'affidare all'autonomia contrattuale la regolazione della prestazione lavorativa svolta in modalità agile, il legislatore si è limitato a dettare alcune caratteristiche di carattere formale e sostanziale dell'accordo individuale<sup>22</sup>,

lo svolgimento del lavoro all'interno dell'impresa è solo manifestazione socialmente tipica della subordinazione, che “rende quest'ultima visibile e riconoscibile sul piano pratico”.

<sup>20</sup> TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 375/2017.

<sup>21</sup> Al riguardo è stato osservato come la crescente diversificazione delle realtà imprenditoriali da un lato, e delle prestazioni lavorative dall'altro, impongono l'adozione di un modello di disciplina “le cui regole debbono quindi potersi adattare, come un vestito fatto su misura, ad una molteplicità di caratteristiche e situazioni differenti”: così DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 33 ss. ricalcando le posizioni portate avanti dal Presidente dei Giovani imprenditori di Confindustria Federica Guidi che, aprendo l'annuale convegno di Santa Margherita Ligure del 6 giugno 2008, aveva già sottolineato che “il contratto dovrebbe essere sempre meno collettivo e sempre più *tailor made*, fatto su misura, tagliato attorno al singolo individuo”.

<sup>22</sup> Al riguardo, l'art. 19, co. 1, l. 81/17, sotto il profilo formale, prevede che il patto di lavoro agile sia “stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova”, con la conseguenza che l'eventuale mancanza di forma scritta non ne determina la nullità, ma unicamente una limitazione dei mezzi istruttori volti a dimostrare che il rapporto di lavoro si è strutturato nella forma del lavoro agile, con tutte le ricadute, in termini processuali, che la mancanza di

lasciando le parti libere di regolamentare, *in primis*, l'esercizio dei poteri datoriali.

In particolare, l'art. 21, co. 2, l. 81/17 apre la via alla procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare, laddove prevede che “*l'accordo individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*”.

Una scelta che denota, anche sotto questo profilo, una rinnovata considerazione dell'autonomia del lavoratore subordinato e che si giustifica con la necessità di individuare e cristallizzare specifiche condotte connesse allo svolgimento di una prestazione che richiede discipline specifiche in relazione al luogo in cui dovrà essere resa, non essendo più coincidente con l'impresa<sup>23</sup>.

Tanto è vero che all'accordo individuale è affidata l'individuazione delle sole condotte, rilevanti sul piano disciplinare, suscettibili di essere tenute dal lavoratore agile al di fuori del perimetro aziendale, dettando una disciplina aggiuntiva, ma non sostitutiva, né derogatoria, rispetto a quella già vigente in azienda e cristallizzata nel codice disciplinare.

Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al potere di controllo, il cui esercizio, limitatamente alla “*prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali*” è anch'esso affidato alla disciplina dell'accordo individuale<sup>24</sup>.

In questa prospettiva, il potere di controllo sulla prestazione resa in mo-

forma scritta potrà determinare in ordine all'impossibilità delle parti di dimostrare per testi il contenuto dell'accordo, salve le eccezioni previste dall'art. 2725 cod. civ. Sotto il profilo sostanziale, l'accordo individuale è destinato a disciplinare “l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore”.

<sup>23</sup> Osserva al riguardo SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RGL*, 2017, 3, p. 388 come “questa previsione potrebbe acquisire notevole importanza perché sulla base del diverso luogo di esecuzione della prestazione, l'autonomia individuale verrebbe *ex lege* abilitata a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, come la tipizzazione delle fattispecie disciplinarmente rilevanti”. Costituisce, viceversa “una anomalia” il rinvio alla fonte dell'accordo per la definizione di poteri unilaterali del datore di lavoro secondo MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 216.

<sup>24</sup> Secondo BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 627, la “novità” della disposizione risiede proprio nel fatto che “il legislatore, preso atto della forte flessibilità spazio-temporale del lavoro agile, ritiene razionale una partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo, ma anche alla definizione delle eventualmente connesse infrazioni disciplinari, in forza del comma 2 della stessa disposizione”.

dalità agile si tradurrà, verosimilmente, in una verifica incentrata più sul risultato che sul rispetto di regole organizzative e di esecuzione del lavoro, che si giustificano solo in relazione ad una prestazione resa all'interno dei locali aziendali.

All'ampia disponibilità riconosciuta alle parti nella definizione delle modalità di controllo sulla prestazione resa in modalità agile fa da contrappeso il richiamo espresso all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, il cui necessario rispetto rimane un limite generale all'autonomia individuale nella regolamentazione dei poteri datoriali.

In particolare, sebbene sia pacifico che gli strumenti attraverso cui viene svolta la prestazione in modalità agile sono sottratti all'ambito di applicazione della disciplina limitativa dell'art. 4, co. 1, è in ogni caso indispensabile, ai fini del legittimo esercizio del potere di controllo datoriale, la predisposizione di *policy* o informative sul trattamento dei dati personali e, più in generale, sulla tutela della riservatezza, che nel lavoro agile necessita di una protezione adeguata in considerazione della maggiore facilità di accesso ai dati personali del dipendente attraverso gli strumenti tecnologici necessariamente utilizzati nello svolgimento della prestazione da remoto.

### 3.1. I tempi di lavoro, quelli di riposo ed il diritto alla disconnessione

Sempre nell'ottica di arginare il potenziale controllo datoriale derivante dall'utilizzo di strumenti tecnologici ed evitare che esso sconfini in un'illegitima ingerenza sulla vita personale del dipendente<sup>25</sup>, il legislatore all'art. 19, ultimo comma, l. 81/17 demanda all'accordo individuale l'individuazione dei “*tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*”.

La portata innovativa della norma risiede non solo e non tanto nella

<sup>25</sup> Ingerenza che, nella letteratura internazionale, viene identificata nel concetto di “*time porosity*” elaborato prendendo spunto dalle infiltrazioni cui è soggetto un materiale o un corpo poroso per indicare tutte le possibili forme di interferenza tra ciò che è considerato tempo di lavoro e ciò che è considerato tempo personale e che sono suscettibili di aumentare esponenzialmente in considerazione degli attuali trend dell'organizzazione del lavoro, influenzati dal crescente progresso tecnologico e della maggiore richiesta di flessibilità oraria. Al riguardo vedi GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJLL*, 2016, vol. 32, n. 3.



necessità di stabilire nell'accordo individuale i “*tempi di riposo*”<sup>26</sup> quanto più nel riconoscimento al lavoratore agile del c. d. “*diritto alla disconnessione*”<sup>27</sup>, e cioè il diritto di scollegarsi dalle strumentazioni tecnologiche utilizzate per lo svolgimento della prestazione da remoto che, a ben vedere, costituisce il limite obiettivo per l'assunzione da parte del lavoratore di un obbligo di reperibilità svincolato dall'orario di lavoro.

Per quanto tale diritto avrebbe potuto indirettamente ricavarsi dal necessario rispetto del d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 che renderebbe inesigibile ogni prestazione resa al di fuori dell'orario di lavoro concordato, la scelta di affidarne la regolamentazione all'accordo individuale lo rende lo strumento più adatto ad assicurare quella flessibilità della prestazione lavorativa che il lavoro agile si propone di realizzare.

Perché solo attraverso una negoziazione individuale specifica, i tempi di disconnessione potranno essere calibrati su ogni singola posizione lavorativa, con la conseguenza che all'interno della stessa impresa potranno essere previsti tempi di “disconnessione” differenti, ma in ogni caso tutti funzionali ad una migliore organizzazione aziendale, nell'ottica di incremento della produttività e, al tempo stesso, di salvaguardia del tempo *offline* del lavoratore agile<sup>28</sup>.

In definitiva il legislatore, nel dettare la disciplina del lavoro agile, ha tratteggiato un quadro regolativo fedele al carattere subordinato della pre-

<sup>26</sup> Che sarebbero stati comunque garantiti dall'espreso richiamo alle disposizioni legislative in materia di orario di lavoro, e quindi anche al d.lgs. 66/03, che impongono, già di per sé, il riconoscimento delle “*undici ore di riposo consecutive ogni ventiquattro ore*”, secondo quanto previsto dall'art. 7, co.1, d.lgs. 66/03.

<sup>27</sup> Il diritto alla disconnessione previsto dalla l. 81/17 è già stato introdotto in Francia dalla recente *Loi Travail* dell'8 agosto 2016 (*Loi n° 2016-1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*), entrata in vigore il 1° gennaio 2017. In particolare, mentre il legislatore italiano ha affidato la disciplina del diritto alla disconnessione all'accordo individuale, escludendo la contrattazione collettiva, la legge francese stabilisce che essa debba essere oggetto di negoziazione collettiva, e, soltanto in assenza di questa, degli accordi individuali (*Charte*), ma comunque con l'obbligo di regolamentarne le condizioni di utilizzo negli accordi aziendali.

<sup>28</sup> Osserva al riguardo LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 211, che “la partita si gioca, dunque, con riferimento al diritto alla disconnessione, al tavolo individuale, nel quale il lavoratore agile dovrà prestare attenzione alle disposizioni volte a contemperare il suo “scollegamento” dalle strumentazioni di lavoro con l'orario di lavoro prefissato, soprattutto allorché la prestazione in modalità di lavoro agile venga svolta al di fuori dei locali aziendali e non in un *hub* aziendale, ed ancor più qualora risulti declinata secondo la massima flessibilità organizzativa consentita”.

stazione, in cui le prerogative ed i poteri datoriali vengono plasmati dall'autonomia delle parti per garantirne il corretto esercizio anche al di fuori del perimetro aziendale.

### 3.2. Durata e recesso

Per espressa previsione dell'art. 19, co. 2, l. 81/17, l'accordo individuale relativo allo svolgimento della prestazione in modalità agile “*può essere a termine o a tempo indeterminato*”, ma solo in tale ultimo caso è prevista la facoltà di recesso libero, ossia *ad nutum*, salvo il rispetto di un preavviso non inferiore a trenta giorni<sup>29</sup>.

Altrimenti, ai sensi della medesima disposizione, il recesso potrà essere esercitato, senza obbligo di preavviso, quando ricorra un “*giustificato motivo*”, sia nel caso di accordo a tempo indeterminato, sia nel caso di accordo a tempo determinato prima della sua scadenza.

Per quanto piuttosto generico, il riferimento al “*giustificato motivo*” sembra legittimare il ricorso ai concetti di giustificato motivo elaborati dall'art. 3, l. 604/66 in tema di licenziamento e che, in questo caso, dovrebbero comunque essere letti in relazione allo svolgimento della prestazione in modalità agile.

In questa prospettiva, dunque, il recesso datoriale sarebbe legittimo quando, per esigenze aziendali o per motivi collegati alla persona del lavoratore (ma in ogni caso non tali da giustificare il licenziamento) il lavoro agile non risulta più giustificato, giustificabile o comunque funzionale all'organizzazione aziendale.

A sua volta, il lavoratore potrebbe legittimamente recedere *ante tempus* dall'accordo individuale qualora sussistano difficoltà oggettive o soggettive (anche legate a comportamenti del datore di lavoro) che non consentano la prosecuzione del rapporto in modalità agile.

Non si esclude che le parti possano tipizzare all'interno dell'accordo stesso le ipotesi (anche solo alcune di esse) in cui ricorra un giustificato motivo di recesso.

<sup>29</sup> Il termine di preavviso è elevato fino a novanta per i lavoratori disabili ai sensi della l. 68/99, ai quali il legislatore ha inteso assicurare un maggiore periodo di tempo utile per “*consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore*”.

In ogni caso, il recesso dall'accordo individuale determina la prosecuzione del rapporto di lavoro secondo le ordinarie modalità di svolgimento della prestazione di lavoro all'interno dell'azienda.

Anche se non può essere scongiurato il rischio che, se la prestazione svolta in modalità agile si sia rivelata particolarmente funzionale all'organizzazione aziendale, il ripristino delle normali condizioni di lavoro preesistenti all'accordo possa risultare particolarmente problematico, fino al punto da rendere impossibile, o non più proficua, la prosecuzione del rapporto di lavoro stesso e legittimare, questa via, il recesso dal contratto di lavoro.

#### 4. *Equivalenza del trattamento economico e apprendimento continuo*

Al fine di neutralizzare possibili intenti discriminatori, l'art. 20, co. 1, l. 81/17 riconosce al lavoratore agile *“il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”*.

Il legislatore ha dunque voluto ancorare il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili a quello percepito dagli altri dipendenti che svolgano le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda, precludendo, per questa via, qualsiasi strategia di esternalizzazione degli organici aziendali collegata ad un risparmio economico.

Una scelta che, tuttavia, solleva alcuni problemi di carattere applicativo laddove si consideri che potrebbe essere non presente nell'organico aziendale un dipendente che svolga le medesime mansioni del lavoratore agile.

In tal caso si potrebbe determinare il trattamento economico del lavoratore agile parametrandolo a quello percepito da un lavoratore inquadrato nel medesimo livello contrattuale.

Al riguardo, infatti, il riferimento normativo alle medesime mansioni quale criterio di determinazione del trattamento economico del lavoratore agile appare improprio perché non considera le modifiche in tema di mansioni di recente apportate all'art. 2103 cod. civ. da parte dell'art. 3, d.lgs. 81/15, che imporrebbe di quantificare il trattamento economico e normativo non già con riferimento alle *“medesime mansioni”*, bensì a *“mansioni di pari livello e categoria legale”*, oppure adottando il criterio della *“parità di mansioni svolte”*.

In questo contesto, di fronte a questa incertezza normativa, solo parzialmente superabile per effetto delle disposizioni della contrattazione collettiva, sarebbe auspicabile precisare gli aspetti inerenti il trattamento economico e normativo del lavoratore agile all'interno dell'accordo individuale.

Anche il riferimento ai “*contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*” pone alcuni dubbi di carattere applicativo, perché individua nei soli contratti stipulati dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative il parametro di riferimento per la determinazione del trattamento economico e normativo del lavoratore agile<sup>30</sup>.

Una simile scelta, per quanto condivisibilmente legata all'esigenza di scongiurare il rischio che possa essere attribuito rilievo ad eventuali intese collettive sottoscritte da associazioni sindacali prive del requisito della maggiore rappresentatività (c.d. contratti pirata), non tiene conto delle problematiche legate alle ipotesi in cui all'interno dell'azienda non venga applicato alcun contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

In tali casi, infatti, non essendo possibile parametrare il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili sui lavoratori che prestano la loro attività in azienda, risulterebbe inapplicabile l'intera disciplina del lavoro agile.

A meno di non voler ritenere possibile far riferimento al contratto collettivo maggiormente rappresentativo riferito a quel determinato contesto produttivo, prescindendo dalla sua concreta applicazione all'interno dell'azienda.

Si tratta, tuttavia, di un'opzione difficilmente realizzabile perché, anziché assicurare il rispetto della parità di trattamento tra lavoratori agili e lavoratori presenti in azienda che svolgano le medesime mansioni, determinerebbe una vera e propria disparità di trattamento, a svantaggio dei secondi.

Proprio per tale ragione, sembra potersi ritenere che, limitatamente a tali realtà aziendali, il lavoro agile non possa trovare applicazione.

Né sarebbe possibile superare *l'impasse* attraverso una regolazione specifica di tali aspetti all'interno dell'accordo individuale, al quale è attribuita

<sup>30</sup> Come noto, l'art. 51, d.lgs. 81/15 “*Norme di rinvio ai contratti collettivi*” testualmente dispone che: “Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

la funzione di specificare, adattandola, la disciplina del rapporto dettata, sul piano generale, da altre fonti normative (siano esse legislative o collettive), ma non anche di determinare autonomamente aspetti privi di regolamentazione.

Sempre nell'ottica di evitare che il lavoratore agile, nel prestare la propria attività al di fuori del perimetro aziendale, possa essere penalizzato dall'eventuale esclusione dalle dinamiche che garantiscono l'aggiornamento e l'arricchimento del bagaglio professionale, deve essere interpretata la previsione da parte dell'art. 20, co. 2, l. 81/17, in base alla quale al lavoratore agile "*può essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'articolo 19, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze*".

Si tratta senza dubbio di un aspetto di originalità rispetto alla disciplina sullo *smart working* disegnata nei numerosi contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore della legge in commento, i quali, nella maggior parte dei casi, non avevano mostrato sensibilità alla problematica del rischio di estraniamento alle dinamiche aziendali connaturate allo svolgimento della prestazione da remoto<sup>31</sup>.

Ma allo stesso tempo sarebbe improprio configurarlo come un diritto in termini assoluti perché il suo riconoscimento è comunque subordinato all'espressa previsione all'interno dell'accordo individuale.

Con la conseguenza che, in assenza di una specifica pattuizione al riguardo, il lavoratore agile non avrà alcuna garanzia in ordine all'aggiornamento delle proprie competenze, né alla relativa certificazione, con il concreto rischio che le proprie conoscenze non siano allineate con quelle in evoluzione all'interno dell'azienda.

<sup>31</sup> In materia di formazione merita di essere segnalato quanto previsto dall'Accordo nazionale Ferrovie dello Stato Italiane in materia di lavoro agile del 2 maggio 2017, il quale, oltre a prevedere una specifica formazione nei confronti dei lavoratori agili finalizzata a "chiarire gli obiettivi e le modalità tecniche di svolgimento della prestazione in regime di *smart-working*", altresì stabilisce che "Durante lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità *smart-working* le lavoratrici/i lavoratori continueranno ad essere inseriti nei percorsi formativi e di sviluppo professionale rivolti alla generalità dei dipendenti" (punti 17. e 18.).

### 5. *La sicurezza sul lavoro*

La disarticolazione spazio-temporale che caratterizza la prestazione svolta in modalità agile impone necessariamente un adattamento dei tradizionali obblighi datoriali in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro anche in ragione dei moderni strumenti tecnologici utilizzati nello svolgimento dell'attività da remoto.

Per questo motivo il legislatore si è limitato a dettare i profili essenziali, per non dire minimali, della tutela prevenzionistica in favore del lavoratore agile, demandando all'accordo individuale la specificazione di tutti quegli aspetti connessi al luogo in cui viene svolta la prestazione da remoto, nonché agli strumenti in concreto utilizzati dal dipendente.

Al riguardo, il secondo comma dell'art. 18, l. 81/17, stabilisce che il “*datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa*”.

La norma, a ben vedere, si atteggia come una specificazione del più generale obbligo di tutela gravante sul datore di lavoro previsto dall'art. 2087 cod. civ., secondo cui il datore di lavoro è tenuto “*ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*”.

Ciò si spiega in considerazione del fatto che il lavoro agile è pur sempre una particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato a cui, salvo espressa esclusione legislativa, si applicano le vigenti disposizioni in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Una conferma in tal senso sembra potersi desumere dalla circolare n. 48 del 2017 emanata il 2 novembre 2017 dall'INAIL in relazione agli aspetti assicurativi legati alla prestazione di lavoro svolta in modalità agile. In tale circolare, infatti, viene incidentalmente accennata anche la questione dell'individuazione della disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile, con particolare riferimento alla parte di prestazione resa al di fuori dell'azienda. In particolare, nella circolare è dato leggere che “a parità di rischio deve necessariamente corrispondere una identica classificazione ai fini tariffari, in attuazione del principio alla stregua del quale il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori “agili” rispetto ai loro colleghi operanti in azienda deve essere il medesimo, ivi compresa l'adozione delle norme di sicurezza sul lavoro”. Con tale inciso sembra si sia voluto intervenire proprio al fine di chiarire ai datori di lavoro che l'unica interpretazione possibile della normativa sul lavoro agile è quella secondo cui restano perfettamente applicabili alla fattispecie anche le disposizioni prevenzionistiche di valenza generale.

La generica formulazione, tuttavia, potrebbe portare a ritenere configurabile una responsabilità datoriale per tutti i possibili danni agli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore, e dunque anche se causati da terzi estranei al rapporto lavorativo.

Tuttavia appare ragionevole circoscrivere la responsabilità datoriale nei limiti dei principi generali in termini di responsabilità civile, anche e soprattutto in considerazione della fisiologica attenuazione del potere di controllo del datore di lavoro durante lo svolgimento dell'attività in modalità agile.

Per le stesse ragioni, la responsabilità datoriale deve ritenersi limitata ai soli strumenti aziendali assegnati in dotazione al dipendente, ma non anche a quelli di proprietà del lavoratore, rispetto ai quali una verifica datoriale sarebbe oltremodo difficoltosa.

Gli ulteriori profili di responsabilità datoriale sono tracciati dal successivo articolo 22 della legge in commento, a norma del quale *“Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un’informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro”*.

Si tratta anch'essa di una disposizione di non facile interpretazione perché, nel tentativo di garantire al lavoratore agile un'adeguata tutela, sembrerebbe configurare una responsabilità del datore di lavoro non solo per quanto riguarda la salute e la sicurezza del lavoratore all'interno dell'azienda ma anche durante lo svolgimento della prestazione al di fuori del perimetro aziendale.

Ciò è vero, a ben vedere, solo nel caso in cui le parti abbiano indicato all'interno dell'accordo individuale il luogo esterno in cui viene resa la prestazione in modalità agile, essendo possibile, in tal caso, per il datore di lavoro verificare che il luogo e la postazione concordati siano idonei a garantire la tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Diversamente, in assenza di una specifica pattuizione delle parti in tal senso, la responsabilità datoriale non si ritiene possa estendersi al di fuori dei confini aziendali, perché si ricadrebbe nelle maglie di una responsabilità oggettiva, imponendo alla parte datoriale un controllo su un luogo esterno che potrebbe essere non solo a lui ignoto, ma addirittura variare costantemente, anche nell'arco di un'unica giornata lavorativa.

## 6. Infortuni e malattie professionali

Sempre nell'ottica di circoscrivere la responsabilità datoriale che, se eccessivamente dilatata, potrebbe scoraggiare il ricorso al lavoro agile, oltre che per garantire un'adeguata protezione al lavoratore, il legislatore ha riconosciuto, con l'art. 23, co. 2, l. 81/17, il “*diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali*”.

Così facendo, una volta assolto l'onere assicurativo da parte del datore di lavoro, il rischio di risarcimento dei danni connessi ad eventi occorsi al fuori del perimetro aziendale grava sull'Inail.

La tutela prevenzionistica accordata al lavoratore agile si completa con riconoscimento del c.d. “*infortunio in itinere*”, intendendo per tale, ai sensi art. 23, co. 2, l. 81/17, quello occorso al lavoratore “*durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali...quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza*”.

La norma, così come congegnata, condiziona l'indennizzo dell'infortunio *in itinere* ad una preventiva individuazione, in base a criteri di ragionevolezza, del luogo di svolgimento della prestazione agile dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o necessità personali del lavoratore.

In questa prospettiva, è chiara l'esclusione dall'area dell'indennizzabilità degli infortuni occorsi al lavoratore agile che non abbia individuato in accordo con il datore di lavoro il luogo esterno all'azienda in cui svolgere la prestazione in modalità agile, ma lo stesso non può dirsi per le ipotesi in cui le parti abbiano preventivamente stabilito il luogo di svolgimento della prestazione.

La formulazione della norma, infatti, è generica e di una ampiezza tale da poter astrattamente giustificare ogni scelta del lavoratore agile.

Un unico limite potrebbe ravvisarsi nel riferimento al criterio della ragionevolezza, a cui dovrebbe essere informata ogni scelta del luogo di svolgimento della prestazione agile.

Ma si tratta pur sempre di un criterio altrettanto generico, che presenta margini di assoluta incertezza definitoria, che si traduce nell'attribuzione all'INAIL di un'ampia discrezionalità nel riconoscimento dei parametri og-



gettivi di sussistenza della tutela antinfortunistica, con evidenti e probabili riflessi sul piano del contenzioso, in ragione dei contrasti interpretativi che non faranno altro che alimentare ulteriori incertezze.

Certa è invece l'esclusione dall'area dell'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* derivante dal cd. rischio elettivo, e cioè l'esposizione ad un rischio ulteriore ed aggiuntivo riconducibile esclusivamente al lavoratore in ragione delle proprie libere scelte individuali, legate a ragioni familiari o personali, o in ogni caso del tutto estranee alla prestazione lavorativa<sup>33</sup>.

### 7. *L'incerto confine tra lavoro agile e telelavoro*

Se l'inquadramento del lavoro agile all'interno della fattispecie del lavoro subordinato è stato delineato con sufficiente chiarezza dal legislatore, piuttosto incerti, invece, appaiono i confini rispetto a quello che è stato comunemente ribattezzato il suo "antenato", ovvero il telelavoro, quasi a volerne enfatizzare una diversità più apparente che reale.

Vero è che il dato normativo non sembra smentire questa linea interpretativa, laddove definisce il telelavoro "*una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa*"<sup>34</sup>.

È evidente infatti, che anche il telelavoro, così come il lavoro agile, è caratterizzato dalla disarticolazione spazio-temporale della prestazione di lavoro, che se nel primo caso viene "*regolarmente svolta al di fuori dei locali* [n.d.r.

<sup>33</sup> Sulla nozione di rischio elettivo elaborata dalla giurisprudenza, cfr. Cass. 7 luglio 2016 n. 13882 secondo cui: "*In materia di delimitazione dell'area di tutelabilità del lavoratore per infortunio in itinere, la nozione di rischio elettivo deve essere intesa come tutto ciò che sia estraneo e non attinente all'attività lavorativa e dovuto a una scelta arbitraria del lavoratore, il quale crei e affronti volutamente, in base a ragioni o a impulsi personali, una situazione diversa da quella inerente all'attività lavorativa, ponendo così in essere una condotta interruttiva di ogni nesso tra lavoro, rischio ed evento*".

<sup>34</sup> Nonostante le molteplici definizioni di telelavoro sia a livello di ordinamento interno che comunitario, il diritto del lavoro privato prende in considerazione quella contenuta nell'Accordo Interconfederale del 9 giugno 2004, che recepisce l'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002 e disciplina l'applicazione di speciali tutele in particolare in materia di salute e sicurezza, di diritto di accesso datoriale e di diritto di richiesta di ispezioni da parte del lavoratore al fine della verifica della conformità a legge dei luoghi di lavoro.

aziendali]”, nel secondo caso “*in parte all’interno dei locali aziendali ed in parte all’esterno senza una postazione fissa*”.

Il confronto delle due disposizioni potrebbe ingenerare l’equivoco che l’assenza di una “*postazione fissa*” assurga a criterio distintivo del lavoro agile rispetto al telelavoro<sup>35</sup>.

Ma si tratta di un equivoco facilmente superabile, perché non è possibile rintracciare, nonostante le plurime definizioni di telelavoro disseminate sia all’interno che all’esterno del nostro ordinamento, neanche una norma che ponga limitazioni alla variabilità del luogo di svolgimento della prestazione.

Né, ad avviso di chi scrive, si potrebbe fondatamente sostenere che il telelavoro “*si avvale delle tecnologie dell’informazione*”, mentre il nel lavoro agile l’“*utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa sarebbe solo “possibile”*”.

Il lungo *iter* parlamentare che ha preceduto l’emanazione della legge in commento evidenzia come l’ausilio delle tecnologie informatiche è un elemento connaturato anche alla prestazione svolta in modalità agile, dovendosi interpretare la possibilità di utilizzo non già in termini di eventualità bensì di utilizzabilità, in considerazione della necessaria alternanza tra la prestazione a distanza e quella resa all’interno dei locali aziendali<sup>36</sup>.

Appare, invece, più convincente il tentativo di rintracciare nella regolarità della prestazione resa all’esterno dei locali aziendali l’elemento qualificante del telelavoro, laddove l’avverbio “*regolarmente*” implicherebbe una necessaria prevalenza della dislocazione spaziale della prestazione rispetto alle attività, anche telematiche, svolte in azienda<sup>37</sup>.

Prevalenza che, se è vero che “*non equivale a esclusività*”<sup>38</sup>, è altrettanto

<sup>35</sup> Anche in considerazione del fatto che la disciplina prevenzionistica del telelavoro prevede alcune disposizioni applicabili solo se il luogo della prestazione a distanza sia predeterminato o predeterminabile.

<sup>36</sup> In questo senso, la scheda di lettura n. 516 del 6 dicembre 2016 che ha accompagnato la redazione dell’attuale disciplina in commento, denominata “*Tutele per il lavoro autonomo e disciplina del lavoro agile*”, definisce il lavoro agile una “*particolare modalità di esecuzione del lavoro... caratterizzata principalmente da una maggiore utilizzazione degli strumenti informatici e telematici e delle possibilità tecnologiche esistenti*”.

<sup>37</sup> Tra i primi commentatori di questo avviso è TIRABOSCHI, *op. cit.*; negli stessi termini si era già espresso MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *LG*, 2009, 7, p. 664 ss.

<sup>38</sup> Cfr. MAIO, *Il telelavoro*, in PERSIANI (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, 2010, p.

vero che evoca comunque una continuità della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, che invece nel lavoro agile sarebbe episodica, o quanto meno, accessoria rispetto a quella svolta in azienda.

Questa ricostruzione, tuttavia, per quanto convincente, non tiene conto del fatto che le disposizioni sul lavoro agile non prevedono alcun limite quantitativo alle ore di lavoro da svolgere al di fuori dell'azienda, riservando all'accordo individuale delle parti la regolamentazione della prestazione di lavoro *“entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”*<sup>39</sup>.

Considerazioni, queste, che inducono a ritenere che le due fattispecie, per molti versi sovrapponibili, si differenziano proprio in ragione dell'ampia autonomia riconosciuta nel lavoro agile ad entrambe le parti nella determinazione di tutti gli aspetti inerenti lo svolgimento della prestazione al di fuori dell'azienda, nell'ottica di diversificare le modalità di esecuzione della prestazione in funzione della specifica realtà imprenditoriale nonché delle esigenze del lavoratore stesso.

Se tutto questo è vero, non possono non condividersi le perplessità in ordine ai possibili problemi applicativi alla nuova figura di lavoro agile delle norme dettate per il telelavoro, soprattutto con riferimento ai profili di tutela della salute e della sicurezza.

## 8. *Il lavoro agile nei primi accordi attuativi: alcuni spunti di riflessione*

Sebbene nelle intenzioni del legislatore, come visto, l'autonomia individuale doveva essere lo strumento attraverso cui rendere la fattispecie del lavoro subordinato più agile, i primi accordi sindacali<sup>40</sup> sottoscritti all'indomani dell'entrata in vigore della l. 81/17 sembrano invece restituire alla contrattazione collettiva quel ruolo da protagonista che la legge le aveva, quanto meno formalmente, sottratto<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. art. 18, co. 1, l. 81/17.

<sup>40</sup> Tra i primi accordi sul lavoro agile sottoscritti dopo l'entrata in vigore della l. 81/17 si annoverano gli accordi: Siemens del 6 giugno 2017; PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017; Allianz Bank del 10 ottobre 2017; MPS del 23 febbraio 2018; FCA N.V. del 12 marzo 2018; Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018; Zurich dell'11 aprile 2018 e Unicredit del 13 aprile 2018.

<sup>41</sup> Non può negarsi come la contrattazione collettiva possa riconquistare un proprio spazio

Un ruolo che, dovendosi necessariamente allineare alla disciplina legislativa, è sicuramente più circoscritto, ma comunque fondamentale nella determinazione degli aspetti peculiari della prestazione resa in modalità agile.

Per quanto si tratti di un numero ancora limitato di accordi, essi offrono comunque uno spunto di riflessione sullo stato dell'arte dell'attuale disciplina del lavoro agile, pur senza alcuna pretesa di esaustività rispetto ad un'indagine che sconta necessariamente la mancanza di un numero significativo di contratti cui far riferimento.

In linea generale, in tutti gli accordi analizzati il lavoro agile viene inquadrato come misura volta al miglioramento della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nella convinzione che un più proficuo utilizzo della prestazione lavorativa contribuisca ad un incremento della produttività non solo individuale ma anche aziendale.

In questa prospettiva, è costante nelle premesse degli accordi il riferimento ai concetti di responsabilizzazione, autonomia e efficienza organizzativa, che testimoniano la valorizzazione di una cultura del lavoro sempre più orientata al risultato, anche nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, qual è quello svolto in modalità agile.

Meno frequente, invece, è il richiamo a ragioni di sostenibilità ambientale, richiamate espressamente solo nelle premesse dell'accordo Leonardo del 10 aprile 2018, nel quale il lavoro agile viene definito “*una buona pratica di responsabilità sociale*” laddove consente di “*dare un contributo fattivo alla gestione degli impatti ambientali sui territori (ad es. riduzione delle emissioni dei gas di scarico)*”<sup>42</sup>.

Altra peculiarità comune agli accordi analizzati è il carattere sperimentale della disciplina del lavoro agile, spesso connessa a più ampi piani di *welfare*

tra le fonti regolative della disciplina del lavoro agile anche alla luce del d.i. 22 settembre 2017 (attuativo dell'art. 25, del d.lgs. n. 80 del 2015) con cui si riconoscono sgravi contributivi a favore dei datori di lavoro che abbiano sottoscritto e depositato contratti collettivi aziendali che introducano misure di conciliazione tra vita privata e professionale, tra i quali è annoverato il lavoro agile (art. 3). Inoltre, potrà verosimilmente contribuire a valorizzare il ruolo della contrattazione collettiva anche la l. 28 dicembre 2015 n. 208 che contempla un regime di tassazione agevolata per i premi di risultato di ammontare variabile, la cui corresponsione è legata a incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza e innovazione, erogati in esecuzione di contratti aziendali o territoriali di cui all'art. 51 del d.lgs. 81/15. Detti incrementi, precisa il legislatore, devono essere misurabili e verificabili tramite criteri di misurazione fissati dalla contrattazione collettiva tra i quali viene espressamente richiamato il lavoro agile.

<sup>42</sup> Cfr. premesse dell'accordo Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018.

aziendale richiamati negli accordi, con la sola eccezione dell'accordo Siemens del 6 giugno 2017, in cui il lavoro agile viene definito, anche alla luce della sperimentazione avviata in azienda già dal 2011, “*una realtà ormai consolidata*” che mira ad affermarsi come “*modalità abituale vigente in azienda*” di effettuazione della prestazione di lavoro subordinato<sup>43</sup>.

Più in generale, tutte le intese attribuiscono all'accordo collettivo la funzione integratrice della disciplina dettata in sede di accordo individuale, che continua comunque a restare la chiave di accesso al lavoro agile: infatti, la tecnica utilizzata è quella dell'adesione volontaria mediante sottoscrizione di un accordo individuale che, in buona sostanza, si limita a recepire quanto concordato in sede collettiva.

Altro comun denominatore degli accordi analizzati è l'adozione della definizione di lavoro agile dettata dalla legge, ovvero di una prestazione di lavoro subordinato che può essere resa in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno<sup>44</sup>: una simile scelta non pone alcun problema nei casi in cui il luogo esterno in cui effettuare la prestazione non viene individuato ma, come nella maggior parte dei casi, può essere liberamente scelto dal lavoratore purché sia idoneo allo svolgimento dell'attività lavorativa e, solo qualora il dipendente tratti materie particolarmente riservate, non sia un luogo pubblico o aperto al pubblico<sup>45</sup>.

Diversamente, la scelta di identificare il luogo esterno nel c.d. *hub aziendale*<sup>46</sup> ha suscitato alcune perplessità tra i primi commentatori, che tendono a considerarlo comunque una pertinenza aziendale e, pertanto, ad escludere, in tal caso, la configurazione di una prestazione di lavoro agile<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. premesse dell'Accordo Siemens del 6 giugno 2017.

<sup>44</sup> Cfr. art. 18, co. 1, 81/17. A questo riguardo si segnala che l'accordo FCA N.V. del 12 marzo 2018 prevede la possibilità di svolgere fino all'80% della propria prestazione in modalità agile e per il restante 20% presso la propria sede di lavoro, a differenza degli altri accordi che limitano lo svolgimento della prestazione in modalità agile al 40% (PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A.) dell'orario normale di lavoro annuo, o ancora ad un giorno a settimana (Unicredit e MPS), a due o tre giorni a settimana (accordo Allianz Bank) o due giorni al mese non cumulabili o frazionabili (accordo Leonardo).

<sup>45</sup> Allianz Bank del 10 ottobre 2017; Siemens del 6 giugno 2017 PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017; FCA N.V. del 12 marzo 2018 e MPS del 23 febbraio 2018.

<sup>46</sup> In questo senso vedi gli accordi Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 Unicredit del 13 aprile 2018.

<sup>47</sup> Di questo avviso TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 22 secondo cui gli *hub* aziendali “sono da ritenersi fuori dalla fattispecie in esame rendendo superate quelle previsioni dei contratti aziendali,

Ad avviso di chi scrive, una simile interpretazione finirebbe per ostacolare la diffusione del lavoro agile, soprattutto laddove l'*hub aziendale* consenta comunque al dipendente di ridurre il tragitto per raggiungere il luogo di svolgimento della prestazione e, quindi, favorisca la conciliazione dei tempi di vita e lavoro che il lavoro agile mira a realizzare<sup>48</sup>.

In alcuni casi la platea dei destinatari viene selezionata, ora prevedendo un numero limitato di lavoratori<sup>49</sup>, ora escludendo alcune categorie<sup>50</sup>.

In altri casi, pur essendo l'accesso al lavoro agile astrattamente riconosciuto a tutti i dipendenti, esso resta comunque subordinato al previo assenso del responsabile gerarchicamente sovraordinato, nonché alla verifica della compatibilità delle mansioni affidate con lo svolgimento della prestazione da remoto<sup>51</sup>.

Il diritto alla disconnessione, per quanto espressamente sancito dalla legge<sup>52</sup>, non trova un'apposita regolamentazione negli accordi esaminati, i quali si limitano a garantirne l'esercizio attraverso la specificazione dell'orario di lavoro da osservare nello svolgimento della prestazione in modalità agile.

In linea di continuità rispetto al passato<sup>53</sup>, gli accordi sottoscritti dopo

soprattutto del settore bancario e assicurativo, che parlano di lavoro agile con riferimento anche a prestazioni rese da centri aziendali esterni o presso filiali e altre sedi del gruppo”.

<sup>48</sup> Proprio a tal fine l'accordo Zurich dell'11 aprile 2018 ha introdotto anche la possibilità per le future mamme e neo mamme di lavorare fino a tre giorni a settimana in modalità *smart working* fino al compimento del primo anno di età del figlio.

<sup>49</sup> In questo senso vedi gli accordi Allianz Bank del 10 ottobre 2017, Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e Zurich dell'11 aprile 2018.

<sup>50</sup> Al riguardo vedi FCA N.V. del 12 marzo 2018 che limita l'applicazione della disciplina sul lavoro agile ai soli quadri ed impiegati “con contratto di lavoro a tempo pieno, a tempo determinato o a tempo indeterminato”: la scelta di esclusione degli apprendisti presumibilmente risiede nell'assenza di garanzie di fiducia, responsabilizzazione che devono sussistere in caso di prestazione resa al di fuori dei locali aziendali; mentre l'esclusione dei lavoratori part-time è da ricercare nella volontà di evitare un eccessivo isolamento professionale del dipendente che, osservando un orario ridotto, non può garantire una presenza costante in azienda. L'accordo Siemens, invece, esclude la possibilità di svolgere la prestazione in modalità agile “al personale addetto a costante e continua attività di assistenza tecnica presso le sedi di clienti”.

<sup>51</sup> In questo senso vedi gli accordi Siemens del 6 giugno 2017 e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017.

<sup>52</sup> Cfr. all'art. 19, ultimo comma, l. 81/17.

<sup>53</sup> Gli accordi collettivi sottoscritti prima dell'entrata in vigore della l. 22 maggio 2017 n. 81 si caratterizzavano per l'adozione di una linea *soft* nella regolamentazione dei poteri datoriali, limitandosi a rinviare alle norme di legge ed ai codici disciplinari adottati in azienda, coerentemente con i valori di responsabilizzazione e fiducia posti alla base del lavoro agile.

l'entrata in vigore della legge non regolamentano in maniera specifica l'esercizio dei poteri datoriali con riferimento alla prestazione resa in modalità agile. In particolare, per quanto riguarda il potere disciplinare, nella quasi totalità dei casi gli accordi si limitano a richiamare i codici disciplinari e le policy aziendali adottate, mentre solo l'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017 individua specifiche condotte suscettibili di rilevanza disciplinare connesse alle particolari modalità di svolgimento della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali<sup>54</sup>.

Il potere di controllo, invece, in tutti gli accordi viene disciplinato attraverso l'espreso richiamo all'art. 4 della l. n. 300 del 1970 riconoscendo la possibilità per il datore di lavoro di verificare il corretto adempimento della prestazione attraverso gli strumenti informatici concessi in dotazione.

L'approccio *soft* nella regolamentazione del lavoro agile che caratterizza i primi accordi attuativi è stato adottato anche con riferimento alla disciplina del recesso dall'accordo di lavoro agile, che in quasi tutti i casi si limita essenzialmente a richiamare le ipotesi previste dalla legge<sup>55</sup>.

Solamente gli accordi Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017, viceversa, individuano ipotesi specifiche di recesso, riconducibili ad una sopravvenuta incompatibilità delle mansioni svolte con la modalità agile del lavoro, o ad una riscontrata inoperatività del dipendente nell'ambito della prestazione resa da remoto<sup>56</sup>.

Si tratta di una scelta opinabile che, seppur dettata dalla volontà di non appesantire eccessivamente la disciplina, rischia di vanificare l'obiettivo del legislatore di dettare, proprio attraverso l'accordo sul lavoro agile, una regolamentazione specifica che tenga conto delle particolarità connesse alla prestazione svolta da remoto.

<sup>54</sup> Al riguardo l'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017 individua quali condotte disciplinarmente rilevanti nell'ambito della prestazione resa in modalità agile "la reiterata mancata risposta telefonica o a mezzo di personal computer del lavoratore negli orari di lavoro o nelle fasce di reperibilità in tempi ragionevoli; la reiterata disconnessione volontaria, non motivata da comprovate ragioni tecniche o personali di natura contingente; ir-reperibilità del lavoratore nella giornata di lavoro agile; reiterata violazione delle linee guida del lavoro agile".

<sup>55</sup> Cfr. art. 19, l. 81/17. Al riguardo solo l'accordo Unicredit del 13 aprile 2018 prevede che il patto di lavoro agile sia a tempo indeterminato, e non anche a tempo determinato.

<sup>56</sup> In questo senso vedi l'art. 1.3 dell'accordo Leonardo S.p.A. del 10 aprile 2018 e art. V dell'accordo PricewaterhouseCoopers Advisory S.p.A. del 26 settembre 2017.

In definitiva, la regolamentazione per via legislativa del lavoro agile non sembra, allo stato, aver condizionato la disciplina contrattuale che, al di là dei necessari aggiustamenti di cui si è dato conto, ricalca sostanzialmente quella precedente all'entrata in vigore della legge in commento.

Piuttosto, la scelta di alcune tra le più importanti realtà aziendali di continuare a coinvolgere le organizzazioni sindacali nella regolamentazione del lavoro agile nonostante la delegittimazione legislativa, è indice della consapevolezza che una effettiva diffusione di questo nuovo modello di lavoro non possa prescindere dal contributo delle parti sociali, nella convinzione che gli interessi di tutti i soggetti coinvolti siano meglio tutelati in una dimensione collettiva, anziché individuale<sup>57</sup>.

### 9. Subordinazione e lavoro agile

Di fronte alle nuove sfide imposte dalla quarta rivoluzione industriale, il legislatore, anziché “*fuggire dalla subordinazione*”<sup>58</sup> come pure era stato suggerito in dottrina, ha deciso di restare fedele a quell'idea di subordinazione che sin dalle origini ne ha segnato lo sviluppo.

Per farlo ha dunque scelto di “decongestionare” la fattispecie tracciata dall'art. 2094 cod. civ., per evitare che continui ad essere concepita come “*l'ombra cinese della prestazione di lavoro dedotta nel contratto*”<sup>59</sup>, cercando di recuperare, a precise condizioni ed entro rigorosi limiti, spazi di autonomia all'interno della subordinazione.

Così, la l. 81/17 ci consegna un modello di lavoro subordinato più “leg-

<sup>57</sup> In questa prospettiva, l'accordo Unicredit del 13 aprile 2018, come previsto espressamente nelle premesse, si inserisce all'interno di “un quadro di interventi di valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva di secondo livello, inteso quale strumento ritenuto più idoneo a sviluppare il *welfare* aziendale basato non solo sul risparmio economico ma anche su una filosofia gestionale a più ampio respiro che pone al centro il benessere lavorativo e le persone facenti parte dell'organizzazione”.

<sup>58</sup> L'espressione si deve a LISO, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *IS*, 1992, n. 28, p. 1 ss.

<sup>59</sup> D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *op. cit.*, p. 1206, il quale avanza l'idea del lavoro come “istituto giuridico, come struttura riassuntiva dei fenomeni normativi che riguardano la integrazione del lavoro umano nei processi produttivi e nelle organizzazioni, non solo nel quadro di un contratto tipico, ma nell'intera gamma delle relazioni giuridiche entro le quali si realizza”. Sul punto cfr. anche VALLEBONA, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione e autonomia*, in Atti del Congresso tenuto a Roma (27 maggio), Cacucci, 1997.



gero” che, eliminando alcuni elementi di rigidità della fattispecie, consente di plasmarne le modalità esecutive della prestazione in relazione alle esigenze dell’organizzazione aziendale in cui il lavoro s’inserisce.

La centralità riconosciuta all’accordo di lavoro agile diventa per questa via la chiave di ammodernamento di una fattispecie, quella del lavoro subordinato disegnata dall’art. 2094 cod. civ., che ha mostrato una straordinaria capacità di tenuta per tutto il secolo breve<sup>60</sup>.

In questa prospettiva, la valorizzazione dell’autonomia individuale delineata dalla legge non ha determinato, come le prime esperienze applicative dimostrano, una delegittimazione della contrattazione collettiva che, anche dopo l’intervento legislativo, continua a rivestire un ruolo di prim’ordine nella regolamentazione del lavoro agile.

Solo il tempo potrà dirci se tale scelta si dimostrerà vincente, ma ciò dipenderà soprattutto da tutti i soggetti coinvolti e dalla capacità con cui saranno stati in grado di utilizzare in maniera adeguata l’autonomia che è stata loro riconosciuta<sup>61</sup>, e raccogliere questa ambiziosa sfida che potrebbe delineare una nuova frontiera delle relazioni industriali.

<sup>60</sup> Sull’opportunità di difendere la centralità della categoria della subordinazione sia consentito rinviare a MARTONE, *La subordinazione. Una categoria per il nuovo secolo*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, in corso di pubblicazione. Nello stesso senso si era già espresso DELL’OLIO, *La subordinazione nell’esperienza italiana*, in *ADL*, 1998, III, p. 697 ss., il quale, analizzando la crisi della categoria della subordinazione disegnata dall’art. 2094 cod. civ., ne ipotizzava il superamento “insieme, e non con la rinuncia, al concetto che ne ha finora, nell’Italia e dell’Italia, costituito la chiave”; analogamente vedi anche DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, II, p. 467 ss., che definisce la subordinazione “il filo conduttore o elemento strutturale dell’impalcatura su cui regge il diritto del lavoro e dal quale è prudente non distaccarsi anche nelle prossime fasi evolutive della materia, pena la perdita di quella coerenza minimale che va salvaguardata anche in epoca di trionfante e propugnato nichilismo giuridico”.

<sup>61</sup> Sulla qualificazione del concetto di organizzazione come funzione propria del contratto di lavoro doveroso è il richiamo a PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 266 ss.

## Abstract

L'Autore analizza i tratti distintivi di questa nuova modalità flessibile di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, al fine di evidenziare il suo possibile ambito di operatività in un sistema del lavoro che, anche se profondamente riformato negli ultimi venti anni in conseguenza della crisi economica e delle trasformazioni del sistema produttivo, ancora continua a considerare il lavoro subordinato la sua principale forma lavorativa. In quest'ottica, l'Autore dapprima si sofferma sui singoli aspetti innovativi della disciplina introdotta dalla L. n. 81 del 22 maggio 2017, per poi analizzare se e in che misura la novella legislativa abbia condizionato la regolamentazione del lavoro agile nell'ambito dei contratti collettivi stipulati dopo la sua entrata in vigore.

The Author focuses on analyzing the main and characterizing issues of this new flexible modality to perform the employment activities, in order to highlight its relevant application sphere in a labour market that, even if deeply modified over the last twenty years due to the economic crisis and the processing industry, it still continues to consider employment relationship as its main activity. With this in mind, the Author first of all focuses on the original aspects of the legal framework introduced by Law n. 81 of 22 May 2017, to then analyze whether and how this law has conditioned the smart working regulation in the sphere of the collective agreements which are signed after its entry into force.

## Key words

Industria 4.0, subordinazione, agilità, autonomia, accordo, contrattazione collettiva.

Industry 4.0, employment relationship, smart, self employment, agreement, collective bargaining.