

Capitolo IV

IL LAVORO AGILE

di Stefano Cairoli

Nella presente Sezione viene trattato il tema del lavoro agile, così come regolato dal capo II della L. n. 81/2017, nel suo rapporto con la disciplina legale privata e pubblica, con l'esperienza collettiva del c.d. *smart working* e con la disciplina di prevenzione e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Particolare attenzione è dedicata al confronto con la fattispecie del telelavoro ed alle misure previste per fronteggiare l'emergenza epidemologica da Covid-19.

RIFERIMENTI NORMATIVI: D.Lgs. 30.3.2001, n. 165; art. 17, D.Lgs. 8.4.2003, n. 66; art. 3, D.Lgs. 9.4.2008, n. 81; art. 14, L. 7.8.2015, n. 124; artt. 18 ss., L. 22.5.2017, n. 81; art. 4, comma 1, lett. a), D.P.C.M. 1.3.2020; art. 1, comma 1, lett. n), D.P.C.M. 4.3.2020; artt. 1, comma 1, lett. e) e 2, comma 1, lett. r), D.P.C.M. 8.3.2020; art. 1, D.P.C.M. 11.3.2020.

SOMMARIO: **1.** L'introduzione della fattispecie legale del lavoro agile: ambito di applicazione. – **2.** Accordo di lavoro agile e prestazione svolta in modalità agile. – **3.** Elementi necessari della fattispecie. – **4.** Elementi accessori. – **5.** (Segue) In particolare: la flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale. – **6.** La disciplina del recesso dal lavoro agile. – **7.** Accordo di lavoro agile ed esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro. – **8.** Parità di trattamento complessivo economico e normativo per i lavoratori agili. – **9.** Tutela della salute e sicurezza sul lavoro e contro gli infortuni lavorativi. – **10.** Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio. – **11.** Le "interferenze" tra regolazione collettiva e disciplina legale: dell'art. 18, L. n. 81/2017 quale possibile o unica modalità di svolgimento della prestazione in forma agile. – **12.** Il quadro legale del lavoro agile nella PA: profili di indagine. – **13.** La tutela della conciliazione e della maggiore efficienza quali valori giuridici sottesi alla disciplina legale. – **14.** La Dir. n. 3/2017 della P.d.C.M. come *trait d'union* tra L. delega Madia e L. n. 81/2017. – **15.** Specificità del pubblico impiego. – **16.** Le diverse condizioni per l'esercizio del potere disciplinare. – **17.** Una distinzione dal telelavoro basata pressoché esclusivamente su elementi "eventuali". – **18.** Implicazioni sistematiche: il lavoro agile come possibile sottotipo del telelavoro alle dipendenze della PA. – **19.** Il potenziamento del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: nel settore privato. – **19.1.** (Segue) ... e nel lavoro alle dipendenze della P.A..

1. L'introduzione della fattispecie legale del lavoro agile: ambito di applicazione

Com'è noto, il capo II della L. n. 81/2017 disciplina il lavoro agile¹ come particolare modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, che corrisponde a finalità di tutela della competitività delle imprese e di conciliazione tra vita e lavoro, recependo in larghi tratti le caratteristiche elaborate dalla contrattazione collettiva del settore privato, perlopiù a livello aziendale o di gruppo, e in alcuni settori.

Non per caso, già prima dell'intervento legislativo il ricorso al lavoro agile per mezzo di contratti collettivi assicura benefici fiscali, quale strumento per la produttività², e sgravi contributivi, quale strumento di conciliazione vita-lavoro³.

Il comma 3 della norma prevede l'estensione della disciplina del lavoro agile anche al lavoro alle dipendenze della PA⁴, non solo privatizzato⁵, «in quanto compatibili ... e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti», ed incide su un tema giuridico – quello della flessibilità spazio-temporale – già in corso di modifica nel lavoro alle dipendenze della PA.

Del resto, nel lavoro alle dipendenze della PA, al quale le disposizioni del capo II si applicano in quanto compatibili, il lavoro agile può annoverarsi tra le “nuove modalità spazio temporali di organizzazione del lavoro” che la c.d. Legge Madia (art. 14, L. n. 124/2015) sancisce di estendere al 10% dei dipendenti pubblici⁶.

Per la legge, in ogni caso, il lavoratore agile mantiene il diritto agli incentivi fiscali e contributivi per gli aumenti di produttività ed efficienza generalmente previsti per il lavoro subordinato (art. 18, comma 4).

¹ Tra i primi commenti v. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il tele-lavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2017, 327; AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” *Collective Volumes*, 2017, 6 Atti del convegno del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS), Roma 18.10.2017 e in Collana Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma «La Sapienza», 2018, 131; L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.

² D. Min. lav. 25.3.2016, attuativo dell'art. 1, comma 182, L. n. 208/2015.

³ Decreto interministeriale 12.9.2017, in attuazione del D.Lgs. n. 80/2015.

⁴ Sul tema specifico del lavoro agile alle dipendenze della PA si vedano A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario*, cit., 471 ss.; SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lavoro*, 2018, 1, 126 ss.; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 257 ss.

⁵ Cfr. l'art. 25, D.P.R. n. 85/2018 per i diplomatici.

⁶ Art. 18, comma 3, L. n. 81/2017.

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

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

Si tratta invece di una clausola che introduce, contemporaneamente o dopo l'assunzione, elementi di flessibilità nell'esecuzione della prestazione che non giungono a incidere sulla causa del contratto, che resta quella propria del lavoro etero-diretto.

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

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

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

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

E tuttavia, nella fase "precontrattuale", è di tutta evidenza che tenderà di regola a imporsi l'interesse dell'imprenditore il quale, esercitando la propria naturale supremazia, potrà probabilmente contare sull'accondiscendenza del lavoratore. Rispetto a tale rischio non è posto argine né per mezzo dell'imposizione della stipula dell'accordo nelle c.d. sedi protette, né imponendo l'attivazione di tale forma di adempimento per mezzo di accordi collettivi, che è anzi assai discussa.

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

L'accordo di lavoro agile può riguardare innanzitutto la collocazione del tempo e del luogo della prestazione, ma mentre la prima parte dell'art. 18 comma 1 afferma l'assenza di "precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", la seconda afferma che la prestazione lavorativa si esegue "in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa" e comunque entro i soli limiti di durata massima giornaliera e settimanale dell'orario di lavoro.

Ove intese come requisiti essenziali della prestazione di lavoro agile, queste due disposizioni risulterebbero contraddittorie, atteso che l'accordo potrebbe riguardare solo l'assenza di precisi vincoli di tempo e non di luogo, a fronte di una prestazione comunque soggetta ad alcuni limiti di orario (nel presupporre una misurazione della durata massima della prestazione). E ancora per la prima parte l'accordo potrebbe riguardare solo il luogo e non il tempo, mentre per la seconda la prestazione deve chiaramente essere svolta in parte all'esterno.

Invece l'interpretazione che sembra più corretta è quella per cui l'art. 18, comma 1 presenta una struttura suddivisa in due parti:

a) la prima parte del comma 1 non descrive la prestazione lavorativa in modalità agile, bensì i requisiti, i contenuti ed i limiti del patto modificativo ed in particolare il modo attraverso cui il patto di lavoro agile potrà incidere sulla prestazione lavorativa;

b) il periodo successivo del comma 1 si concentra sulla prestazione di lavoro in modalità agile, prevedendo che una parte del lavoro si svolga nei locali aziendali e che un'altra parte del lavoro si svolga necessariamente al di fuori di essi (non è stata usata la congiunzione coordinativa "sia..sia..", bensì "in parte..in parte..") ed è con riferimento a questa seconda e necessaria ipotesi che riferiscono sia lo svolgimento senza una postazione fissa, il quale non avrebbe senso all'interno dei locali aziendali quantomeno come requisito obbligatorio, sia il rispetto della durata massima del rapporto di lavoro (*rectius*: rispetto dei periodi di riposo minimo consecutivo) di cui all'art. 4, D.Lgs. n. 66/2003⁷.

Entrambe le parti recano l'indicazione di elementi necessari e imprescindibili, e di elementi eventuali che possono aggiungersi nella modulazione dell'accordo di lavoro agile (I parte) o della prestazione di lavoro agile (II parte).

Questi elementi di flessibilità introdotti per mezzo dell'accordo, infatti, trovano il proprio contenuto minimo nella parte di prestazione resa all'esterno dei locali del datore di lavoro senza una postazione fissa da parte del datore di lavoro ed è in ragione di tale peculiarità che si giustificano tutte le previsioni derogatorie e/o aggiuntive in materia di controlli, esercizio del potere disciplinare, sicurezza e prevenzione, infortunio in itinere.

⁷ Ricostruzione che parrebbe dalla Direttiva PdCM n. 3/2017, la quale non attribuisce all'assenza di precisi vincoli di tempo/luogo di lavoro un valore definitorio della prestazione in modalità agile.

L'accordo di lavoro agile risulta compatibile, almeno in linea teorica ed astratta, con tutte le mansioni e tipologie di lavoro anche se risulta innegabile che esso, per l'uso frequente di strumenti e cognizioni informatiche nonché per l'incentivo ad un'organizzazione del lavoro flessibile nel tempo e basata sui risultati, rappresenti una modalità di esecuzione della prestazione più adatta ai quadri e a professionalità medio-elevate della categoria impiegatizia⁸ e che l'organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi nel pubblico mal si adatta all'apprendistato⁹ e impone qualche adeguamento nel lavoro a tempo parziale¹⁰.

3. Elementi necessari della fattispecie

Il primo e imprescindibile requisito del lavoro agile ai sensi dell'art. 18 è l'accordo individuale

L'instaurazione della modalità di lavoro in forma agile non può essere imposta al lavoratore, né trarre fondamento dall'esercizio di un potere unilaterale.

E tuttavia, nella fase "precontrattuale", è di tutta evidenza che potrebbe imporsi l'interesse dell'imprenditore il quale, esercitando la propria naturale supremazia, potrà probabilmente contare sull'accondiscendenza del lavoratore.

Questa considerazione, però, può essere effettiva nel settore privato dopo l'introduzione delle c.d. tutele crescenti, meno nel settore pubblico che gode ancora della tutela reintegratoria ai sensi del nuovo art. 63 TU.

Per entrambi i settori, però, si potrebbe dire la previsione di un recesso libero sembra costituire una garanzia insufficiente per il lavoratore quando questi sia parte di un contratto di lavoro a termine.

L'art. 19 delinea poi le caratteristiche ed i requisiti del patto di lavoro agile: l'oggetto, riferito alla "esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore", la forma scritta *ad probationem* e "ai fini della regolarità amministrativa" e la libera recedibilità (o recedibilità causale per patti a scadenza).

Per quel che concerne la prestazione in modalità agile, il requisito necessario e imprescindibile è l'esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa¹¹.

⁸ Non per caso è limitata a tali professionalità la sperimentazione nella provincia di Trento.

⁹ Sostiene l'incompatibilità MANICASTRI, *Il lavoro agile, come cambia*, in *Dir. e prat. lav.*, 2017, 11, 88-91; *contra* PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 181.

¹⁰ Ancora PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, cit., 181-2.

¹¹ S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, cit., 9.

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

È l'unione di questi elementi (svolgimento in forma alternata+discrezionale scelta dei luoghi di lavoro all'esterno) a rendere peculiare la fattispecie poiché, nel lavoro subordinato anche anteriormente alla disciplina della L. n. 81/2017, non era previsto né un obbligo contrattuale di svolgimento della prestazione all'interno dei locali aziendali, né un obbligo di indicazione di una precisa sede o luogo di lavoro¹².

Oggi invece il legislatore impone che una parte si svolga alternando, da un lato, la flessibilità nella scelta dei luoghi, rimessa al lavoratore nei limiti dell'accordo e, dall'altro, una prestazione da rendere all'interno dei locali aziendali¹³, nelle forme socialmente tipiche che conducono all'ordinaria applicazione delle regole in materia di sicurezza¹⁴ e sui poteri datoriali: né vi sarebbe ragione alcuna, del resto, per differenziare le tutele intra-aziendali.

Ne conseguono riflessi sul luogo di lavoro “interno”: al riguardo il riferimento è ai locali aziendali, da intendere come luoghi di proprietà o nella disponibilità organizzativa del datore di lavoro, e non alla sede di lavoro che li ospita ed è con riferimento ad essa che potranno continuare ad applicarsi gli istituti tradizionali come il trasferimento e il distacco¹⁵, o la trasferta¹⁶.

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

¹² V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lavoro*, 2016, 2, 367 e art. 1, D.Lgs. n. 152/1997.

¹³ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 9.

¹⁴ Sul tema DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, cit., 120.

¹⁵ Anche se è di tutta evidenza che il mutamento definitivo del luogo di lavoro potrebbe facilmente rappresentare un giustificato motivo di recesso dal patto, ove si accolga quell'interpretazione che, nel riferimento alla nozione di giustificato motivo anziché a quella, tradizionale, di giusta causa del recesso *ante tempus*, individua in tale formulazione una causale che può prescindere dall'inadempimento di una delle parti o dalla rottura del vincolo fiduciario. Cfr. al riguardo la clausola 3 dell'accordo MPS 29.5.2017, che prevede la revoca automatica del patto in caso di trasferimento/assegnazione ad altra sede.

¹⁶ In molte esperienze di contrattazione anche precedenti alla L. n. 81/2017 si esclude che per mezzo della prestazione in forma agile possa essere svolta attività in trasferta.

La postazione di lavoro agile, invece, ex art. 18 della Legge, non può essere fissa, ossia deve essere almeno potenzialmente sempre modificabile e al contempo, l'art. 23 aiuta a capire che tale opzione è riservata al lavoratore, perché la postazione è da quest'ultimo "prescelta", con ovvie implicazioni rispetto alla determinazione dell'ambito di rischio: a riprova il rafforzamento dell'obbligo di cooperazione del lavoratore nella ripartizione degli obblighi di sicurezza e le peculiari regole per l'infortunio *in itinere*¹⁷.

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

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

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

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

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

È solo nel caso in cui la prestazione sia svolta all'esterno che si rivela utile regolare in modo diverso l'esercizio dei poteri datoriali, i loro limiti e le garanzie di tutela da accordare al lavoratore e, al riguardo, per l'interprete si pone il problema di comprendere se tali poteri – in particolare quello direttivo che caratte-

¹⁷Regole in virtù delle quali l'art. 23 impone una valutazione di ragionevolezza in merito agli spostamenti tra l'abitazione e la postazione di lavoro prescelta, basata sulle esigenze organizzative e, rafforzata sulla base di una valutazione di necessità, sulle esigenze di conciliazione vita-lavoro.

rizza l'etero-direzione – vengano meno o in un certo senso si affievoliscano rispetto al lavoro subordinato standard *ex art. 2094 c.c.*

Rispetto a questa tematica, che esula dal presente approfondimento ed appare densa di implicazioni in merito alla specialità del lavoro in forma agile¹⁸, è possibile per un verso rilevare, con il conforto del dato testuale, che l'accordo di lavoro agile può intervenire solo a declinare le “forme di esercizio” del potere direttivo¹⁹ (e così pure dei poteri corollari ad esso), non già a limitarne e men che meno a escluderne l'esercizio unilaterale, sostituendo ad esso l'accordo²⁰.

Nel lavoro a domicilio, la subordinazione ricorre anche quando il potere direttivo sia limitato alle modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente, e dunque ricorre anche in forma attenuata, laddove si possa ritenere provato l'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione della produzione, ma ciò avviene in virtù di un'espressa deroga all'art. 2094 c.c.

Non può negarsi che simili contesti operativi potrebbero presentarsi anche nel patto di lavoro agile, soprattutto in quelle situazioni per le quali la L. n. 81/2017 ammette che il patto possa abbinarsi a forme di organizzazione dell'attività per fasi, cicli o risultati, e a forme di collaborazione a distanza e *offline*, peraltro senza postazione fissa.

Tuttavia la mancanza di un'espressa deroga e la chiara opzione legislativa, che qualifica il rapporto di lavoro come subordinato e il lavoro agile come particolare modalità di esecuzione dello stesso, deve indurci a ritenere che anche in queste ipotesi non dovrà mai venire meno l'elemento della etero direzione o l'esercizio, sia pure in forma attenuata, di un potere direttivo da parte del datore di lavoro.

4. Elementi accessori

Accanto all'elemento dell'accordo possono aggiungersi elementi liberamente modulabili dalle parti

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

¹⁸ Sul punto A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 341/2017*, 14-15, secondo cui «si può avanzare la tesi che il lavoro agile rappresenti una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., segnatamente sotto il profilo degli interessi».

¹⁹ G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, cit., 192.

²⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, cit., 11.

In secondo luogo, lo svolgimento di una prestazione “anche per fasi, cicli e obiettivi” è elemento accessorio compatibile con la retribuzione di produttività e con gli sgravi contributivi per la conciliazione vita-lavoro (cfr. i Decreti interministeriali 25.3.2016, art. 2, comma 2, e 12.9.2017, art. 3, lett. b).

Ma a ben vedere, essendo inserita nello stesso inciso, è eventuale “anche” l’organizzazione della prestazione “senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”.

Al riguardo, la stessa rubrica della norma, “misure volte a favorire l’articolarità flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato” sembra in un certo senso presupporre la libertà per le parti individuali di delimitare le modalità della prestazione.

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

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

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

Un’elevata precisione può corrispondere all’interesse dell’una piuttosto che dell’altra parte, soddisfacendo ora le esigenze organizzative del datore di lavoro (e di competitività nel settore privato), ora quelle di conciliazione tra vita e lavoro del dipendente: già, ad esempio, la contrattazione collettiva antecedente all’entrata in vigore della norma prevedeva, sia nel settore privato che in quello pubblico, che lo svolgimento in forma agile (più spesso definita *smart working*) potesse sostanziarsi in ben scanditi accordi periodici (con cadenza settimanale o mensile²¹) tra il responsabile e il lavoratore circa la programmazione del lavoro in forma agile nel periodo successivo o, diversamente, era previsto che il datore di lavoro potesse in qualsiasi momento, per non meglio definite esigenze organizzative, richiamare il lavoratore.

La norma consente alle parti, in altri termini, di definire limiti precisi all’operare del patto di lavoro agile sulla prestazione di lavoro, oppure di escluderli e a tale opzione consegnerà, quale primo effetto, che il patto di lavoro agile si applichi

²¹ Accordo FS del 2.5.2017, cl. 8.

senza vincoli di tempo al rapporto di lavoro e non, ad esempio, per fasce orarie o un numero di ore/giorni definiti o delimitati in quantità²².

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

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

Occorre infine precisare che eliminabile sarà l'apposizione di vincoli precisi, non di vincoli *tout court*, ed entro tale ottica la previsione si raccorda perfettamente con la parte seconda del comma, nel senso che l'assenza di precisi vincoli non potrà mai tradursi nello svolgimento dell'attività in modo esclusivo all'interno o all'esterno, o in modo del tutto indistinto, posto che l'assenza assoluta di criteri potrebbe consentire lo svolgimento esclusivo intra o extra-aziendale, non previsto dalla norma.

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

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

Non v'è dubbio, però, che il lavoro agile, così interpretato ed applicato, si distinguerebbe in misura teorica e certamente poco significativa dal telelavoro in forma alternata²³, mentre sono gli elementi aggiuntivi che possono essere innestati sulla fattispecie a presentare le implicazioni e i tratti differenziali più interessanti sia sul piano giuridico che su quello dell'interesse delle imprese a ricorrere a questa modalità di svolgimento della prestazione²⁴, a cominciare dall'esercizio dei poteri, dalla regolamentazione del tempo e dell'organizzazione del lavoro.

²² Cfr. ancora l'accordo FS del 2.5.2017, clausola 9; MPS 29.5.2017, clausola 4.

²³ In q. senso PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 7.

²⁴ In q. senso l'invito di MARESCA, *Smart working, subordinazione soft*, in *Il Sole 24Ore*, 26.7.2017, in una delle prime riflessioni sul tema, a non «*ingegnarsi per fare regredire* (il lavoro agile, nds) *a una forma del vecchio telelavoro*», istituto che ha avuto effettivamente una scarsissima diffusione anche laddove è stato legislativamente disciplinato, come nelle PP.AA.

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

5. (Segue) In particolare: la flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale

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

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

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

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

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

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

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

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

Al riguardo, paradossalmente, il lavoro agile nella prestazione parrebbe contenuto in limiti meno flessibili di quanto pare consentito, ad esempio, nel telelavoro e nel lavoro a domicilio che, *ex art 17*, comma 5, D.Lgs. n. 66/2003, possono beneficiare dell'esenzione delle suddette previsioni, con margini di autonomia maggiori di quelli accordati dalla L. n. 81/2017 al lavoro agile extra-aziendale, istituito rispettoso dell'art. 4, dell'art. 7 e del limite del riposo settimanale²⁵.

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

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

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

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

In questo modo al lavoro agile attivato con forme di determinazione della durata esclusivamente rimesse alla scelta del lavoratore (ad esempio mediante un'organizzazione del lavoro per risultati) si applicherebbero esclusivamente le norme fatte salve dall'art. 17, comma 5, D.Lgs. n. 66/2003, ma non anche i limiti di durata giornaliera e settimanale, perché anche questi sarebbero implicitamente richiamati dall'art. 18, L. n. 81/2017 nella misura in cui siano concretamente applicabili²⁶.

²⁵ Sul punto PROIA, *op. cit.*, 188. Nello stesso senso V. TALAMO, *op. cit.*, 266, riscontra la mancanza di un pragmatico rinvio o raccordo legislativo tra le due discipline.

²⁶ In q. senso anche FERRARESI, *Lavoro agile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2017, 3; *contra*, PROIA, *op. cit.*, 190.

6. La disciplina del recesso dal lavoro agile

Ciascuna delle parti può recedere dal patto di lavoro agile con un preavviso non inferiore a trenta giorni²⁷, se la modalità agile è a tempo indeterminato, o senza preavviso, in presenza di un “giustificato motivo”. Se la modalità agile è a tempo determinato, in presenza di un giustificato motivo è possibile recedere prima della scadenza del termine²⁸.

Il recesso non estingue il rapporto lavorativo, che continuerà secondo le tradizionali modalità e non più in forma agile.

La previsione di un recesso libero non sembra costituire una garanzia sufficiente per il lavoratore, soprattutto quando sia parte di un contratto di lavoro a termine o abbia una ridotta anzianità lavorativa nell’ambito di un contratto a tutele crescenti (sebbene la sentenza C. cost. n. 194/2018, almeno nelle grandi imprese, sia intervenuta a temperare l’applicazione di tale criterio).

Sebbene la legge nulla preveda sul punto, non vi sono motivi per escludere che il patto di lavoro agile, come qualsiasi altro patto, possa essere anche risolto consensualmente.

7. Accordo di lavoro agile ed esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro

Nel lavoro subordinato standard il potere direttivo è un potere unilaterale, mentre l’art. 18 di questa legge stabilisce che le parti di comune accordo determinano le modalità di esecuzione della prestazione quando questa sia svolta fuori dell’azienda. In altri termini l’art. 18 deroga l’art. 2094 c.c. quando il potere direttivo sia esercitato fuori dell’azienda.

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

²⁷ Novanta giorni se il lavoratore è stato assunto nella “quota” riservata ai disabili ai sensi della L. n. 68/1999.

²⁸ Le nuove disposizioni riecheggiano le formulazioni di quelle in materia di recesso dal rapporto di lavoro e ne riprendono alcuni concetti (giustificato motivo), seppur probabilmente in maniera poco felice (il giustificato motivo, a ben vedere, produce gli effetti della giusta causa e forse sarebbe stato più opportuno richiamare quest’ultima nozione).

Rispetto a questa tematica, densa di implicazioni in merito alla specialità del lavoro in forma agile²⁹, è possibile per un verso rilevare, con il conforto del dato testuale, che l'accordo di lavoro agile può intervenire solo a declinare le "forme di esercizio" del potere direttivo³⁰ (e così pure dei poteri corollari ad esso), non già a limitarne e men che meno a escluderne l'esercizio unilaterale, sostituendo ad esso l'accordo³¹.

Inoltre, l'art. 21, comma 2 individua le condotte disciplinarmente rilevanti commesse all'esterno dei locali di lavoro.

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 condotte disciplinarmente rilevanti.

Si tratta di un effetto del tutto nuovo, considerando che, per esempio, l'art. 30 del collegato lavoro quando ha voluto attribuire all'autonomia individuale una limitata rilevanza nella tipizzazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare lo ha fatto con riferimento a contratti certificati e non ad accordi stipulati tra le parti senza la garanzia di una sede protetta.

L'accordo relativo alle modalità di lavoro agile (art. 21) regola l'esercizio del potere di controllo e disciplinare del datore di lavoro sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali (salvi i limiti inderogabili posti dall'art. 4 della L. n. 300/1970) e conseguentemente limita l'esercizio unilaterale dei suddetti poteri del datore di lavoro.

Inoltre, l'art. 21, comma 2 individua le condotte disciplinarmente rilevanti commesse all'esterno dei locali di lavoro.

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 condotte disciplinarmente rilevanti.

Si tratta di un effetto del tutto nuovo, considerando che, per esempio, l'art. 30 del collegato lavoro quando ha voluto attribuire all'autonomia individuale una limitata rilevanza nella tipizzazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare lo ha fatto con riferimento a contratti certificati e non ad accordi stipulati tra le parti senza la garanzia di una sede protetta.

²⁹ Sul punto A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 14-15, secondo cui «si può avanzare la tesi che il lavoro agile rappresenti una fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale arricchendosi di aspetti irriducibili al normale sinallagma contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., segnatamente sotto il profilo degli interessi».

³⁰ G. PROIA, *op. cit.*

³¹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, cit., 11.

8. Parità di trattamento complessivo economico e normativo per i lavoratori agili

Al fine di evitare che il ricorso al lavoro agile penalizzi i lavoratori interessati da questa modalità, la legge sancisce che al lavoratore agile spetta un trattamento economico e normativo non inferiore a quello **complessivamente applicato**, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015, ai lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda (art. 20, comma 1).

Nella comparazione si deve dunque tenere conto soltanto dei trattamenti riconosciuti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

La *ratio* espressa dalla norma, come è stato sottolineato, sembra essere quella di impedire al datore di lavoro di ricorrere al lavoro c.d. agile per ridurre il costo del lavoro, almeno con riferimento alla disciplina retributiva e normativa applicabile alla fattispecie³².

Il riferimento al trattamento «complessivo», tuttavia, delimita l'area di tutela del lavoratore agile ed avalla una lettura più elastica del principio di parità di trattamento: se infatti il lavoratore agile non deve essere destinatario di condizioni economiche e normative inferiori rispetto a quelle complessivamente riconosciute al dipendente che non adotta la modalità agile, ne consegue che il raffronto deve essere operato non tra singoli istituti (secondo il c.d. criterio del cumulo), ma ricorrendo al c.d. criterio del conglobamento³³.

Attraverso l'ambiguo riferimento al trattamento "complessivo", pertanto, il legislatore potrebbe autorizzare i contratti collettivi a dettare trattamenti peggiorativi a parità di mansioni, se adeguatamente controbilanciati da previsioni più favorevoli³⁴.

³² D. FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, 567.

³³ In q. senso le riflessioni di L. MONTEROSSO, *Il lavoro agile: finalità, politiche di welfare e politiche retributive*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, cit., 19 ss., sottolineando che l'analoga formulazione del principio di parità di trattamento in tema di somministrazione di lavoro era stata interpretata secondo il criterio del conglobamento. Si veda in proposito R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del D.Lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 528; G. NICOSIA, *Art. 23*, in *Il nuovo mercato*, cit., 362. *Contra* O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al D.Lgs. n. 276/2003*, Roma, 2004, 140.

³⁴ V. in questo senso, tra i primi autorevoli commenti, G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 13.

9. Tutela della salute e sicurezza sul lavoro e contro gli infortuni lavorativi

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” (art. 22) 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.

Al riguardo il lavoratore agile, per la parte intra-aziendale, è beneficiario delle stesse tutele previste per i suoi colleghi che svolgano le stesse mansioni, mentre per la parte extra-aziendale il datore di lavoro non può esaurire i propri obblighi di sicurezza soltanto per mezzo della consegna dell’informativa scritta la sola consegna dell’informativa non potrà essere sufficiente a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore agile, pertanto l’obbligo deve ritenersi aggiuntivo rispetto a quelli previsti in via generale in capo al datore di lavoro.

Peraltro, anche sotto il profilo degli obblighi generali, nonostante il lavoro agile non sia qualificato come tipologia contrattuale, non v’è dubbio che la particolare modalità di svolgimento della prestazione possa implicare rischi aggiuntivi e che l’elencazione contenuta nell’art. 28, D.Lgs. 81/2008 sia soltanto esemplificativa e non esaustiva dei rischi oggetto di valutazione³⁵, potendo quindi generare specifici obblighi di valutazione, formazione e informazione a prescindere dalla previsione dell’art. 22 della Legge.

Ove poi si ritenesse che il lavoro agile integri una variante o una sottospecie del telelavoro³⁶ si applicherebbe il comma 10 dell’art. 3, D.Lgs. n. 81/2008, che dedica un’apposita disciplina preventiva per questa tipologia di lavoro³⁷: sul punto si svolgeranno oltre alcune riflessioni (*infra*, par. 10).

Al contempo, quando il lavoratore agile svolge la propria attività fuori dai locali aziendali è difficile per il datore di lavoro adempiere all’obbligo di garanzia.

Non a caso la legge stabilisce, quale parziale contrappeso, che il lavoratore impegnato all’esterno dei locali aziendali debba cooperare all’attuazione delle specifiche misure di prevenzione predisposte (art. 22, comma 2). Il grado di questa cooperazione, pertanto, è verosimilmente maggiore di quello esigibile dai lavoratori che operano all’interno dell’impresa.

³⁵ Cfr., tra gli altri, F. BACCHINI, *La valutazione dei rischi*, in *ISL*, 2008, 263 ss.

³⁶ Cfr. M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., 2 ss. secondo cui «l’interprete si confronta con il dubbio che con nuove parole si stia vestendo null’altro che un sotto-insieme di *species* riconducibili al *genus* telelavoro»; tesi condivisa da M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 335/2017, 9 (nota 26) 17 ss.

³⁷ Sul tema si rimanda, *amplius*, ad A. ANTONUCCI-M. LEPORE (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, in *Dossier Adapt*, 2009, 15; A. ANTONUCCI, *Lavoro a domicilio e telelavoro*, in M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 415 ss.

Al lavoratore agile spetta, infine, la tutela contro gli infortuni sul lavoro dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali, ivi compresi gli infortuni *in itinere*, occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali.

L'art. 23 impone invece una valutazione di ragionevolezza in caso di spostamenti tra l'abitazione e la postazione di lavoro prescelta, basata sulle esigenze organizzative e, rafforzata sulla base di una valutazione di necessità, sulle esigenze di conciliazione vita-lavoro.

10. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio

La discussione in ordine alla sovrapposizione tra la fattispecie del lavoro agile e quella del telelavoro³⁸ assume rilievo principalmente e in via generale, con riferimento a una prestazione di lavoro subordinato³⁹ svolta con l'ausilio di strumenti informatici e all'esterno dei locali aziendali.

Gli effetti più rilevanti connessi a tale sovrapposizione si osservano in materia di sicurezza perché, com'è noto, per la parte di lavoro resa a distanza il testo unico prevede norme specifiche con non trascurabili obblighi in materia, ad esempio, di utilizzo dei video-terminali, diritto di ispezione e misure di contrasto all'isolamento del lavoratore (art. 3, comma 10), fermo restando che, come detto, il lavoratore agile, per la parte intra-aziendale, è beneficiario delle stesse tutele previste per i suoi colleghi che svolgano le stesse mansioni, mentre per la parte extra-aziendale il datore di lavoro non può certo esaurire i propri obblighi di sicurezza soltanto per mezzo della consegna dell'informativa scritta, ma sarà soggetto, almeno in parte, a una serie di obblighi generali⁴⁰.

Quella della sicurezza sarebbe, secondo taluni⁴¹, la vera ragione alla base del tentativo – prima collettivo, poi legislativo – di creare nuove forme di adempimento sostanzialmente simili ma dotate di un assetto di tutele più leggero.

³⁸ Su tema del telelavoro v. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993; GAETA-PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; e IDD., *Una riflessione critica sul telelavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 11 ss.; V. MAIO, *Il telelavoro*, in PERSIANI (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, 777 ss.; PIZZI, *Il telelavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Torino, 2017, 299 ss.

³⁹ Perché il telelavoro esprime un assetto di tutele trasversale che non è direttamente né esclusivamente riferito al lavoro subordinato. Cfr. L. GAETA, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 1995, spec. 550 ss.

⁴⁰ A cominciare dalla valutazione dei rischi e fermo il temperamento con un accresciuto dovere di cooperazione del lavoratore, tanto maggiore quanto maggiori saranno i dati conosciuti e i poteri esercitabili dal datore di lavoro: cfr. per l'approfondimento A. DELOGU, in q. raccolta.

⁴¹ E. DAGNINO-M. TIRABOSCHI-P. TOMASSETTI-C. TOURRES, *Il lavoro agile nella contrattazione...*, cit., 88 ss. e spec. 89-90.

Questo presunto obiettivo di differenziazione, prima che dal legislatore, era già stato perseguito dalla contrattazione collettiva prevedendo, a fianco del telelavoro, altre ipotesi distinte per l'appunto denominate di *smart working*, ora sulla base del criterio della postazione fissa⁴², compatibile con quello ma escluso in queste, ora sulla base del criterio della regolarità intesa come “prevalenza” dello svolgimento della prestazione fuori dai locali aziendali⁴³.

È vero che, affinché ricorra la fattispecie del lavoro agile, a differenza del telelavoro, è richiesto espressamente e sempre lo svolgimento di parte dell'attività all'interno dell'azienda, ma questi criteri non risultano del tutto persuasivi né univocamente interpretabili.

Tanto nel prisma della legge, quanto in quello dello elaborato dall'autonomia privata, questi criteri non risultano però del tutto persuasivi né tantomeno sembrano univocamente interpretabili perché se si osservano i tratti identificativi essenziali del lavoro agile, nessuno tra essi pare decisivo per distinguere le due fattispecie.

In primo luogo, non esiste alcun obbligo di postazione fissa nel telelavoro: questo, infatti, è compatibile con lo svolgimento in forma mobile⁴⁴, anche se alcune previsioni denotano una concezione del lavoro telematico ormai non molto realistica, che sembra basata sullo svolgimento della prestazione da casa o, comunque, da un luogo statico⁴⁵.

Il telelavoro può essere reso in forma alternata⁴⁶, mentre il lavoro agile deve necessariamente essere reso in tale maniera⁴⁷, anche se il legislatore non traccia le proporzioni.

Entro l'ipotesi dell'alternanza, risulta estremamente difficoltoso distinguere il lavoro agile sulla base del criterio della “regolarità”, già interpretato in modo vario e spesso non conforme a quello di “prevalenza”⁴⁸ e, comunque, questa distin-

⁴² CCNL Industrie Alimentari del 5.2.2016, il CCNL Agrindustria del 23.3.2016.

⁴³ Cfr. gli accordi Enel 4.4.2017, C.A. Cariparma 9.3.2017 (art. 1) e Piemonte S.p.a. del 20.1.2017 (art. 2). gruppo Zurich dell'1.6.2016; Barilla 2.3.2015.

⁴⁴ Cfr. l'accordo quadro nel pubblico impiego del 23.3.2000, che contempla espressamente il telelavoro mobile.

⁴⁵ V. TALAMO, *op. cit.*, 278.

⁴⁶ PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in www.olympus.uniurb.it, “Approfondimenti”, 2009, 19.

⁴⁷ A. SARTORI, *op. cit.*, 486.

⁴⁸ Sul tema di recente cfr. le posizioni di V. PINTO, *La flessibilità*, cit., 366 e M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., 335, 17 e 31; ma v. già in passato le differenti interpretazioni di PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, Fano, 2014, 60 e V. MAIO, *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. PERSIANI-M. LEPORE (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2012, 94 ss.

zione non evita sovrapposizioni per la sola parte della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali con strumenti tecnologici.

Per tutti questi motivi i tratti identificativi essenziali del lavoro agile, quali l'accordo tra le parti, lo svolgimento in forma alternata e l'assenza di postazione fissa, non possono aiutare l'interprete a distinguere la fattispecie dal telelavoro.

Semmai più convincente può essere quella distinzione basata sul diverso assetto che possono assumere i poteri del datore di lavoro nel lavoro agile⁴⁹, con una modulazione non prevista per il lavoro a distanza, o ancora sulla possibilità – che è però eventuale – di organizzare il lavoro per fasi, cicli e risultati.

Con meno rigore teorico, possono venire in soccorso nella distinzione pratica anche norme di disciplina quali quella che nel telelavoro pubblico impone al datore di lavoro di fornire gli strumenti di lavoro, a differenza che nel lavoro agile dove l'assegnazione di strumenti tecnologici da parte del datore di lavoro è del tutto eventuale⁵⁰, e l'art. 17, comma 5, D.Lgs. n. 66/2003 che nel telelavoro in generale consente, come osservato, la disapplicazione di un maggior numero di norme in materia di orario di lavoro.

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

Questa ricostruzione dell'autonomia privata non può riuscire entro la disciplina speciale in tema di sicurezza e prevenzione, non solo perché la nozione di telelavoro è lì legalmente individuata anche per il lavoro privato, ma anche perché

⁴⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, cit., 16, e A. PERULLI, *op. cit.*, 14, che afferma «proprio il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094, non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro».

⁵⁰ In q. senso le linee guida della direttiva della P.d.C.M. n. 3/2017, che confermano in più punti la possibilità che detti strumenti siano forniti dal lavoratore, secondo la logica anglosassone BYOD-BringYourOwnDevice. In q. senso anche le osservazioni di A. PRETEROTI, *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 allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, cit. Non è di questo avviso, tuttavia, la circolare INAIL n. 48 del 2.11.2017 secondo la quale, in modo non meglio argomentato «sia per le attività svolte in azienda, sia per quelle svolte al di fuori di tale ambito, gli strumenti tecnologici sono sempre forniti dal datore di lavoro».

viene definita in modo diverso (si fa riferimento a rapporti di lavoro a distanza “compresi quelli di cui all’accordo quadro”, quasi sottintendendo l’esistenza di altre forme di lavoro da remoto diverse dal telelavoro)⁵¹, e soprattutto perché non sarebbe comunque esclusa un’applicazione analogica delle tutele di cui all’art. 3, comma 10⁵².

In ambi i casi l’interpretazione dovrà tenere conto delle peculiarità del lavoro agile, che ridimensionano gli obblighi di sicurezza: ad es. nel lavoro agile le esigenze di tutela contro l’isolamento, atteso lo svolgimento in forma alternata, si ridimensionano, la responsabilità per la sicurezza degli strumenti di lavoro è eventuale e si ha se gli strumenti di lavoro sono assegnati dal datore di lavoro, le norme sui videoterminali sono previste per lavoratori impiegati almeno 20 ore a settimana⁵³.

Rispetto al lavoro a domicilio è differente l’impostazione già con riferimento al vincolo di subordinazione.

L’accordo di lavoro agile può intervenire solo a declinare le “forme di esercizio” del potere direttivo (e così pure dei poteri corollari ad esso) in ragione dello svolgimento mobile ed esterno della prestazione, non già a limitarne e men che meno a escluderne l’esercizio unilaterale.

Per altro verso, nell’esperienza legislativa del lavoro a domicilio, in espressa deroga all’art. 2094 c.c. la subordinazione ricorre anche quando il potere direttivo sia limitato alle modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell’intera lavorazione di prodotti oggetto dell’attività dell’imprenditore committente, e dunque ricorre anche in forma attenuata, laddove si possa ritenere provato l’inserimento della prestazione lavorativa nell’organizzazione della produzione.

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

Per quel che concerne il lavoro a domicilio, La postazione di lavoro agile, invece, *ex art. 18* della legge, non può essere fissa, ossia deve essere almeno potenzialmente sempre modificabile e al contempo, l’art. 23 aiuta a capire che tale opzione è riservata al lavoratore, perché la postazione è da quest’ultimo “prescelta”, con ovvie implicazioni rispetto alla determinazione dell’ambito di rischio: a ri-

⁵¹ A. ALLAMPRESE-P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lavoro*, 2017, 316, ma v. poi P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il titolo I del D.Lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs act*, in *Quad. Olympus*, n. 5, Aras, 2017, 70 ss.

⁵² P. PASCUCCI, *ult. loc. cit.*; A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza*, cit., par. 5.

⁵³ A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza*, cit., par. 5.

prova il rafforzamento dell'obbligo di cooperazione del lavoratore nella ripartizione degli obblighi di sicurezza e le peculiari regole per l'infortunio *in itinere*.

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

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

11. Le “interferenze” tra regolazione collettiva e disciplina legale: dell’art. 18, L. n. 81/2017 quale possibile o unica modalità di svolgimento della prestazione in forma agile

Il patto di lavoro agile previsto dall'art. 19, L. n. 81 è un accordo tra le parti e quindi è individuale. La legge nulla prevede in merito alla competenza dei contratti collettivi a disciplinare il ricorso al lavoro agile, tema molto controverso in via generale sia per gli accordi pregressi⁵⁴ che per quelli successivi⁵⁵ all'entrata in vigore della L. n. 81.

Come esplicitato, infatti, l'autonomia privata collettiva aveva anticipato l'intervento legale, regolando in appositi accordi forme di “lavoro agile”, perlopiù a livello aziendale o di gruppo⁵⁶, e in alcuni settori. Alcune caratteristiche che ricorrono in più accordi ricalcano i requisiti legali.

⁵⁴ Sul tema per il settore privato v. PICUNIO, *La questione relativa agli accordi sullo “smart working” sottoscritti prima dello statuto del lavoro agile*, in hdl.handle.net/11577/3260389, 2018.

⁵⁵ Sia consentito un rinvio a S. CAIROLI, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, cit., 18 ss., per una riflessione sul tema.

⁵⁶ Si vedano ad es. C.A. Cariparma 9.3.2017; Eni 6.2.2017; gruppo ENGIE 20.1.2017; gruppo Zurich dell'1.6.2016; CCNL Agrindustria 23.3.16. CCNL Alimentaristi 5.2.2016; CCNL Federculture 12.5.2016; Accordo Findomestic 6.6.2017; MPS 29.5.2017; FS Trenitalia del 2.5.2017.

Più in particolare occorre verificare se l'introduzione dello schema legale del lavoro agile precluda o meno interventi collettivi integrativi.

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

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

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

Un altro conto è affermare che la legge intenda eliminare *tout court* la competenza regolativa dei contratti collettivi e imporre una regolamentazione esclusivamente individuale⁵⁷, ciò che non appare condivisibile sia perché la contrattazione collettiva può compensare gli squilibri di forza che oggi dominano alcuni aspetti della disciplina del lavoro agile⁵⁸ e agevolare il raggiungimento degli obiettivi di competitività e di conciliazione vita-lavoro, sia perché il raggiungimento di quegli stessi obiettivi, mediante l'incentivo della retribuzione di produttività e gli sgravi contributivi, in altre fonti normative anche successive alla L. n. 81/2017⁵⁹ continua a presupporre l'intervento dei contratti collettivi, almeno di quelli aziendali e/o territoriali *ex art. 51, D.Lgs. n. 81/2015*.

Eventuali specificazioni-integrazioni sarebbero rimesse alla fantasia dei contratti collettivi, che potrebbero ad esempio fissare criteri di precedenza nell'accesso ai posti di lavoro agile (per meglio realizzare le esigenze di conciliazione tra vita e lavoro) o tracciare regole alle quali il patto di lavoro agile possa attenersi⁶⁰, integrative di una disciplina legale piuttosto scarna⁶¹.

Il lavoro agile è diffuso principalmente nelle grandi aziende ed è un fenomeno che riguarda, di norma, collettività di lavoratori. Sarebbe poco realistico regolamentare questa modalità di esecuzione della prestazione solo sulla base di accordi individuali quando i lavoratori interessati sono numerosi.

⁵⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 10.

⁵⁸ Una possibile soluzione, a tale proposito, potrebbe essere l'imposizione in via collettiva della stipula del patto di lavoro agile in sedi protette, presso le quali, senza nulla togliere al bilanciamento di interessi e soprattutto alle esigenze di competitività delle imprese, sarebbe tutelato un consenso genuino.

⁵⁹ I citati Decreti interministeriali 25.3.2016, art. 2, comma 2, e 12.9.2017, art. 3, lett. b).

⁶⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 10.

⁶¹ Come riconosciuto anche da A. PERULLI, *op. cit.*, 14.

Sembra possibile, pertanto, anche alla luce dell'esperienza, che le condizioni per l'accesso al lavoro agile, come già avvenuto prima dell'entrata in vigore della legge, possano ancora oggi essere negoziate nell'ambito di accordi collettivi e che il patto di lavoro agile, come in altri casi, possa rinviare alla disciplina collettiva le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

La fonte collettiva non potrà invece sostituirsi al consenso espresso dal lavoratore nel patto individuale per l'attivazione del lavoro in forma agile.

E quanto al rapporto tra le previsioni collettive (non solo future ma anche pregresse) e le attuali norme di legge si deve precisare che i contratti collettivi non potranno eliminare le garanzie legali dei lavoratori agili, ma potranno regolamentare le condizioni del ricorso al lavoro agile predeterminandone in parte i contenuti e semplificando la negoziazione tra le parti.

Inoltre, con l'introduzione del nuovo comma 3-*bis* all'art. 18, L. n. 81/2017, i datori di lavoro sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità o dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità grave ai sensi della L. n. 104/1992.

12. Il quadro legale del lavoro agile nella PA: profili di indagine

Il comma 3 della norma prevede l'estensione della disciplina del lavoro agile anche al lavoro alle dipendenze della PA⁶², non solo privatizzato, "in quanto compatibili ... e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti", ed incide su un tema giuridico – quello della flessibilità spazio-temporale – già in corso di modifica nel lavoro alle dipendenze della PA.

Obiettivo del presente scritto è studiare le prime questioni osservabili in questa verifica di compatibilità.

Già tre anni prima dell'emanazione della L. n. 81/2017, i commi 1 e 2 dell'art. 14, L. 7.8.2015, n. 124 prevedono che, nel rispetto della *spending review* e cioè senza nuovi o maggiori oneri, le PA adottino "misure organizzative per l'attuazione del telelavoro e per la sperimentazione di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa", anche al fine di tutelare e promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti della PA che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10% dei dipendenti, ove lo richiedano, di

⁶² Sul tema specifico del lavoro agile alle dipendenze della PA si vedano tra i primi contributi di A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in ZILIO GRANDI-BIASI (a cura di), *Commentario*, cit., 471 ss.; SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 126 ss.; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 257 ss.

avvalersi di tali modalità, senza penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera⁶³.

La conciliazione vita-lavoro, come indica la rubrica dell'art. 14, viene tutelata in forma sperimentale e volontaria mediante modalità spazio-temporali definite come “nuove” e quindi distinte da quella già esistente – e riconosciuta come ancora da attuare – del telelavoro⁶⁴.

13. La tutela della conciliazione e della maggiore efficienza quali valori giuridici sottesi alla disciplina legale

La rubrica dell'art. 14, come accennato, chiarisce che l'introduzione di nuove modalità di svolgimento spazio-temporale della prestazione rappresenta è orientata alla conciliazione tra esigenze di vita e di lavoro, non limitata (“anche”) al fine di tutelare le cure parentali, e l'elemento conciliativo rappresenta pertanto il valore principale posto alla base dell'emanazione della previsione.

Non v'è dubbio che la fattispecie legale del lavoro agile possa rappresentare proprio una – se non la principale – tra le nuove modalità spazio-temporali di esecuzione della prestazione delle quali la PA possa avvalersi per dare attuazione agli obiettivi attesi nell'arco del triennio di sperimentazione, con il vantaggio di dividerne almeno in parte i valori giuridici da tutelare (la conciliazione vita-lavoro) e di essere già tipizzata dal legislatore sia per la fase costitutiva, sia per la fase di svolgimento, sia per il recesso.

Non per caso l'art. 14 è rubricato “Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche” a differenza della L. n. 81/2017, mentre l'art. 18, comma 1 riferisce le disposizioni di promozione del lavoro agile “allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”.

La distinzione trova anzitutto fondamento nel fatto che il datore di lavoro pubblico non persegue il lucro e quindi, tra competitività e conciliazione, il primo dei due valori è destinato a lasciare spazio esclusivamente a quello della conciliazione vita-lavoro.

Scorrendo però il testo dell'art. 14, emerge che la conciliazione vita-lavoro non rappresenta l'unico bene giuridico tutelato, poiché l'introduzione di nuove modalità di organizzazione spazio-temporale della prestazione si iscrive entro il

⁶³ Individua in questa formulazione un primo riconoscimento del lavoro agile A. SARTORI, *op. cit.*, 488.

⁶⁴ Su tema del telelavoro nelle PA L. GAETA, *Il regolamento del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in questa *Rivista*, 1999, 311 ss.; L. GAETA-P. PASCUCCI-POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999; P. PASCUCCI, *Pubbliche amministrazioni: accordo quadro sul telelavoro*, in *Glav.*, 1999, 30, 16 ss.; G. NATULLO, *Il telelavoro*, in F. CARINCI-L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, V, I, Torino, 2004, 611 ss.

novero delle misure finalizzate a promuovere anche la maggiore efficienza della PA.

Infatti, l'adozione delle suddette misure organizzative e il raggiungimento dell'ambiziosa soglia del 10% dei dipendenti su base volontaria costituiscono "oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche", di cui all'art. 57, e ciò anche mediante adeguamento dei sistemi di monitoraggio e controllo interno, ed utilizzando specifici indicatori per la verifica dell'impatto, tra i quali, oltre alla qualità delle misure organizzative, che ripropone adottate la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti, spiccano l'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa e la qualità dei servizi erogati.

Ne discende un quadro in cui l'incentivo del lavoro agile ai fini della valutazione della *performance* sembra configurarsi quale corrispondente nel lavoro pubblico di quegli incentivi normativi⁶⁵, oggi riservati ai datori di lavoro nel settore privato, per favorire la retribuzione di produttività soggetta a tassazione separata (art. 2, comma 2, D.M. n. 205/2016, in attuazione della L. n. 208/2015, art. 1, comma 182) e la conciliazione vita-lavoro mediante sgravi contributivi (art. 3, Decreto interministeriale 12.9.2017)⁶⁶.

14. La Dir. n. 3/2017 della P.d.C.M. come *trait d'union* tra L. delega Madia e L. n. 81/2017

In attuazione dell'art. 14, comma 3, L. delega n. 124/2015⁶⁷, poco dopo la L. n. 81/2017 viene emanata la Dir. n. 3/2017 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, recante "indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti".

Al contempo le linee guida sono emanate ai sensi dell'art. 18, comma 3, L. n. 81/2018, nell'obiettivo di fornire "indirizzi per l'attuazione delle disposizioni legali attraverso una fase di sperimentazione".

Emerge così la duplice natura e funzione della Direttiva (cfr. p. 2 del documento in .pdf), finalizzata per un verso a dettare regole inerenti l'organizzazione

⁶⁵ In q. senso A. SARTORI, *op. cit.*, 489.

⁶⁶ Sul tema *funditus* L. MONTEROSI, *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, cit., 21 ss. (WP) – 23 ss. (Collana Sapienza).

⁶⁷ Secondo tale comma «con direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti *indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 del presente articolo e linee guida contenenti regole inerenti l'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*».

del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, delle quali la disciplina della L. n. 81/2017 come esplicitato deve tener conto, e al contempo la diretta proposizione di misure di sperimentazione del lavoro agile nel pubblico impiego.

In questo contesto, frutto di una stratificazione normativa, l'obiettivo principale dichiarato dalla direttiva è quello di fornire indirizzi (linee guida, parte integrante della direttiva), come proposte di sperimentazione rivolte alle singole PA, per l'attuazione di ambedue le misure legislative, elaborati sulla base di un percorso condiviso con alcune amministrazioni.

Nella direttiva il lavoro agile (linee guida 1.D – misure organizzative) è definito come modalità di svolgimento della prestazione che non muta la natura giuridica del rapporto né la sede di assegnazione.

Per l'attivazione del lavoro in forma agile (Linee guida 2 – proposte metodologiche, 10) la PA dovrebbe, come per il telelavoro, elaborare un "Piano per la realizzazione delle nuove modalità spazio temporali", al quale conseguirebbe per mezzo di bandi una richiesta di adesione su base volontaria da parte dei lavoratori interessati.

Meno condivisibile è la parte seguente delle linee guida, ove in risposta alla domanda di adesione dei lavoratori si prospetta non soltanto la stipula di un accordo in forma scritta, conforme agli artt. 18 e 19, L. n. 81/2017, ma anche, alternativamente e senza sostegno alcuno nella norma, un'autorizzazione o un'adesione al programma, quasi a spezzare in due fasi distinte le manifestazioni di volontà⁶⁸.

Si qualifica altresì come modalità che deve necessariamente essere instaurata mediante accordo tra le parti individuali, e che deve svolgersi in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, senza postazione fissa con riferimento a quest'ultima parte. Si riconosce dunque come imprescindibile l'elemento della flessibilità spaziale della prestazione, ma anche quello della flessibilità dell'orario di lavoro, in virtù del riferimento della norma "ai soli limiti di durata massima giornaliera e settimanale" che devono essere garantiti *ex art.* 18, comma 1, L. n. 81/2017.

Conformemente ad una certa contrattazione collettiva del settore privato⁶⁹, si suggerisce, sul presupposto dubbio (*infra*, par. 10) di poter così evitare la sovrapp-

⁶⁸ Critico in q. senso anche V. TALAMO, *op. cit.*, 265-6. La tesi autorizzatoria si può condividere al limite nei presupposti, come era stato già ipotizzato per il telelavoro da FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Torino, 2003, 173-174, in termini di volontarietà "affievolita", dove la decisione di attivare i progetti di telelavoro è rimessa interamente alla PA, e il lavoratore può solo aderirvi nella misura in cui vi sia l'opportunità. Questa preconditione, conforme all'art. 17, D.Lgs. n. 165/2001, non può impedire né eludere l'obbligo di adesione per mezzo di un patto conforme ai requisiti di cui agli artt. 18-19 ss., L. n. 81/2017.

⁶⁹ Cfr. gli accordi Enel 4.4.2017, C.A. Cariparma 9.3.2017 (art. 1), e Piemonte S.p.a. del 20.1.2017

posizione all'istituto del telelavoro o, quantomeno, di poter evitare l'applicazione della disciplina sui videoterminali, che la prestazione in sede rimanga *prevalente* rispetto alla parte extra-aziendale.

Altri passaggi della direttiva invitano con maggior forza a un cambio di prospettiva nell'approccio alla fattispecie del lavoro in forma agile, che si propone di superare (linee guida 3.A, 13) non solo il concetto della "timbratura del cartellino e della presenza fisica in ufficio, ma anche l'idea di "ridurre la flessibilità ad una prestazione lavorativa da casa", valorizzando l'aspetto differenziale dal telelavoro che consisterebbe nel passaggio "dal rispetto di un orario di lavoro al raggiungimento di un risultato" (12) e più in generale in "una diversa concezione del tempo e dello spazio, nonché del potere di controllo esercitato dal datore di lavoro" (13) che proprio nell'ottica di favorire la conciliazione vita-lavoro dovrebbe "essere esercitato con riguardo al risultato della prestazione", previa programmazione settimanale-quindecimale del dirigente (18).

15. Specificità del pubblico impiego

Una prima peculiarità del lavoro agile alle dipendenze della PA è il differente rapporto tra contrattazione individuale e collettiva, già molto controverso in via generale sia per gli accordi pregressi⁷⁰ che per quelli successivi⁷¹ all'entrata in vigore della L. n. 81, e che deve *ex art.* 18, comma 3 rispettare le disposizioni speciali contenute nel testo unico.

È pressoché pacifico che la disciplina dell'art. 18, comma 1, L. n. 81/2017, per l'attivazione del lavoro in modalità agile impone comunque il passaggio per un accordo individuale tra dirigente competente e singolo lavoratore, ai sensi della L. n. 81/2017, e fa salvo il diritto di recesso per le parti dal patto.

Tuttavia l'art. 40, comma 1, anche dopo le modifiche del D.Lgs. n. 75/2017, affida alla contrattazione collettiva la disciplina del rapporto di lavoro.

Non sembra che in virtù dell'art. 40 l'autonomia collettiva possa sostituirsi alle parti individuali per l'attivazione del lavoro in forma agile, posto che è chiaro nella legge l'obiettivo di rimettere il bilanciamento tra esigenze di competitività (nella PA leggasi: efficienza, come osservato) e conciliazione alle parti individuali.

Sussistono tuttavia elementi per ritenere che la contrattazione collettiva pubblica, almeno nel lavoro privatizzato, non soltanto possa riempire, ma in certi casi

(art. 2); gruppo Zurich dell'1.6.2016; Barilla 2.3.2015. Nella PA, similmente, le esperienze del Comune di Torino (15 ore settimanali) e della Provincia di Trento (21 mensili).

⁷⁰ Sul tema per il settore privato v. PICUNIO, *La questione relativa agli accordi sullo "smart working" sottoscritti prima dello statuto del lavoro agile*, cit.

⁷¹ Sia consentito un rinvio a S. CAIROLI, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, cit., 18 ss., per una riflessione sul tema.

debba intervenire in forma esclusiva, eliminando o predeterminando gli spazi per le parti individuali: si pensi all'art. 40 comma 1 stesso che per le materie «relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità ... la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge».

Altre materie sono escluse dalla contrattazione collettiva, come quelle attinenti all'organizzazione degli uffici e quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli artt. 5, comma 2, 16 e 17.

Al riguardo la direttiva suggerisce (10), di disporre per atto interno un passaggio del “Piano per la realizzazione di nuove modalità spazio-temporali” di cui all'art. 14, comma 1, L. n. 124/2015 sia ai CUG, sia alle Organizzazioni sindacali, così come suggerisce la consultazione, come pure suggerisce (15) di effettuare un “confronto preventivo con i sindacati”, sia pure “limitatamente alle misure riguardanti i rapporti di lavoro” e cioè nell'organizzazione degli uffici, ma tutto questo sembra alquanto insufficiente rispetto al quadro giuridico prospettato⁷².

Sembra invece possibile affermare che l'esigenza e il numero di lavoratori da utilizzare in modalità agile siano determinati esclusivamente dalla PA in forma unilaterale per mezzo delle indicazioni dei direttori generali (*ex art. 16⁷³*) e dell'attuazione delle stesse da parte dei dirigenti non apicali *ex art. 17⁷⁴*, come pure l'eventuale gestione dei poteri di spesa entro tale organizzazione: su tali ambiti ai sensi dell'art. 5, comma 2 il ruolo dei sindacati sarebbe limitato al semplice diritto a ricevere l'informativa.

Invece la contrattazione collettiva:

– dovrà rispettare gli atti di organizzazione definiti in sede dirigenziale nonché delle regole tracciate dagli artt. 18 ss., L. n. 81/2017 (es. costituzione mediante accordo individuale, libera recedibilità, diritto alla disconnessione, modulazione dei poteri tipici datoriali, ...);

– avrà il potere in generale di regolare per mezzo della contrattazione e in forza di una previsione di legge (l'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001) le modalità di esecuzione in forma agile non già definite dalla L. n. 81/2017, a cominciare dallo stabilire la

⁷² V. TALAMO, *op. cit.*, 276, rileva come la direttiva non si soffermi adeguatamente sul punto.

⁷³ In particolare le lett. *a-bis*) propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio e *b*) curano l'attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dal Ministro e attribuiscono ai dirigenti gli incarichi e la responsabilità di specifici progetti e gestioni; definiscono gli obiettivi che i dirigenti devono perseguire e attribuiscono le conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali.

⁷⁴ In particolare le lett. *d*) ed *e*), come rilevato da V. TALAMO, *op. cit.*, 276, ma anche; *b*) curano l'attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati e (*d-bis*) concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale.

parte minima e massima da svolgere all'esterno dei locali aziendali e/o dal concordare con i dirigenti la determinazione dei criteri di precedenza;

– sarà chiamata a regolare in forma esclusiva il trattamento economico, i livelli di inquadramento, la tipologia delle sanzioni disciplinari.

Il differente ruolo della contrattazione collettiva ha implicazioni nell'organizzazione del lavoro per fasi cicli e risultati.

Quanto al divieto di regressione nelle tutele normative ed economiche di cui all'art. 20, questa specifica regola nel pubblico impiego poteva essere desunta o ricavata dai principi generali⁷⁵. Si combina, infatti, con le regole degli artt. 2, comma 3 e 45, comma 2⁷⁶, almeno rispetto al trattamento fondamentale⁷⁷, e tuttavolta configura una duplice e non identica tutela di trattamento per il lavoratore pubblico in modalità agile: una generale (non regressione del trattamento rispetto agli altri dipendenti a parità di mansioni svolte) ed una speciale (parità di trattamento del lavoratore agile rispetto agli altri lavoratori subordinati “interni” del medesimo inquadramento).

La doppia tutela del trattamento, peraltro agganciata a quella di tutti i colleghi del medesimo inquadramento, sicuramente ottima per evitare abusi, potrebbe al contempo contraddire o “depotenziare”, nel funzionamento la logica premiale dell'organizzazione per risultati, fasi e cicli: infatti, anche in caso di mancato raggiungimento dei risultati, il lavoratore agile non potrà essere retribuito meno dei colleghi interni non solo di pari mansioni, ma anche di tutti coloro che abbiano lo stesso inquadramento.

In secondo luogo tale organizzazione, a differenza del settore privato, non potrà comportare sgravi contributivi, esclusi almeno allo stato attuale⁷⁸, mentre potrà corrispondere ad un miglioramento della performance organizzativa, in particolare come specifico indicatore di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

A queste affermazioni si può obiettare che residuano margini importanti anche nel pubblico impiego per mezzo dei trattamenti economici accessori, che possono essere collegati alla performance individuale e organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione” (art. 45, lett. *a* e *b*), sia in merito all'elaborazione dei criteri per la valutazione della prestazione ai fini della corresponsione. Sul punto la Direttiva (linee guida 3-E, 18) propone di superare la

⁷⁵ V. TALAMO, *op. cit.*, 272.

⁷⁶ Ambedue le norme fanno salvi i casi previsti dal comma 3-ter e 3-quater dell'art. 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'art. 47-bis dello stesso Decreto n. 165.

⁷⁷ In merito al trattamento accessorio *ex art* 45, commi 3 e 4.

⁷⁸ V. TALAMO, *op. cit.*, 271-2, però, sottolinea che nell'Intesa Governo-sindacati sul lavoro pubblico del 30.11.2016 è prevista l'estensione al pubblico impiego di strumenti di incentivo alla produttività ed efficienza.

misurazione della prestazione in termini di orario per accoglierne una nuova, basata sui risultati della prestazione che possono essere gestiti e remunerati *ex art.* 17, D.Lgs. n. 165/2001.

E tuttavia se si considera che detta nuova misurazione deve avvenire esclusivamente per mezzo di accordi collettivi per il trattamento di tipo accessorio e rispettando il doppio principio di non regressione sopra indicato, è evidente che nel pubblico impiego questa possibilità di organizzazione del lavoro e della remunerazione risentirà di un grado di standardizzazione molto più elevato che nel settore privato⁷⁹, ma soprattutto di tempi molto più lunghi, sicuramente oltre i tempi prospettati dalla legge delega.

Di conseguenza, pur non escludendo che nel lavoro pubblico una logica di organizzazione per fasi, cicli e risultati, vero aspetto innovativo della disciplina⁸⁰ per l'introduzione di una modalità di organizzazione della prestazione lavorativa sufficientemente "nuova" e distinta dal telelavoro, possa essere effettivamente perseguita per mezzo della retribuzione accessoria, è pur vero che per raggiungere detto obiettivo, aldilà di un ripensamento ed evoluzione dell'organizzazione del lavoro in seno alla PA⁸¹, occorrerà ineludibilmente (e rapidamente) passare per un'evoluzione della contrattazione collettiva.

16. Le diverse condizioni per l'esercizio del potere disciplinare

È noto che ai sensi degli artt. 40, comma 1 e 55, comma 2, TU la contrattazione collettiva è fonte di responsabilità disciplinare nel rispetto delle previsioni di legge.

Secondo quest'ultima norma «la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi», ma è ammessa facendo salvo quanto disposto dal titolo IV sul rapporto di lavoro e cioè agli artt. da 51 a 57 e, in particolare, 53, comma 8 e da 55-*bis* a 55-*septies*.

Se l'art. 21, comma 2, L. n. 81/2017 indica quale contenuto del patto di lavoro agile l'individuazione delle condotte, «connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari» e sembra consentire margini di espansione per l'autonomia privata individuale.

Espansione che non si tradurrà nel rinvio ad un accordo dell'esercizio di un potere unilaterale quale è per definizione il potere disciplinare, bensì in una fun-

⁷⁹ Condivisibilmente SPINELLI, *op. cit.*, 136.

⁸⁰ V. TALAMO, *op. cit.*, 258-9.

⁸¹ In q. senso SPINELLI, *op. cit.*, 135.

zione dichiarativa del modo in cui i poteri stabiliti dal datore di lavoro verranno esercitati⁸².

In via generale è noto che la potestà determinativa del datore di lavoro è esercitabile in via unilaterale in mancanza di un contratto collettivo applicabile e, in caso contrario, resta fermo il divieto di previsioni peggiorative rispetto alle previsioni normative dei contratti collettivi⁸³: al riguardo, pur rispettando l'esclusivo ruolo dell'autonomia individuale per la fase costitutiva del patto di lavoro agile, non v'è ragione di ritenere che siano stati preclusi margini alla contrattazione collettiva anche in ambito disciplinare⁸⁴. Questo è vero viepiù nel pubblico impiego dove, con il sostegno delle due norme speciali sopra citate, non potrà escludersi un intervento aggiuntivo, integrativo o di specificazione della contrattazione collettiva in materia disciplinare anche per le condotte poste in essere all'esterno e senza postazione fissa.

La questione è semmai se, nel pubblico impiego, la regolamentazione collettiva debba essere esclusiva e cioè se possa ritenersi impedita una pattuizione individuale tra il dirigente pubblico e il lavoratore sulla base delle stesse previsioni.

La logica di bilanciamento individuale sottesa alla L. n. 81/2017 potrebbe indurre a ritenere che alle stesse parti contrattuali dovrebbe essere riconosciuto il potere di modulare l'esercizio dei poteri stessi che il datore di lavoro accetta di ridurre e negoziare, ma l'art. 18, comma 3, L. n. 81 impone di salvaguardare le norme specifiche per il pubblico impiego.

Di conseguenza l'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti per la prestazione extra-aziendale, ferme le disposizioni legali, può essere rimessa soltanto⁸⁵:

a) ai contratti collettivi applicabili, ma garantendo che il patto di lavoro agile rinvii ad essi in modo specifico, a pena di responsabilità per il dirigente che abbia ommesso, in fase di stipulazione, di indicare nei contenuti del patto le infrazioni tipizzate applicabili anche all'esterno dei locali aziendali, che renderebbe la contestazione disciplinare improcedibile⁸⁶.

⁸² MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 214-5.

⁸³ Cass. 17.6.2011, n. 13353, in *Giust. civ.*, 2011, VI, 920; Cass. 9.11.2000, n. 14555, in *Foro it.*, 2001, I, col. 90.

⁸⁴ Ancora MAINARDI, *op. ult. cit.*, 218.

⁸⁵ In questo senso, dubitativamente, S. MAINARDI, *op. ult. cit.*, 225-6.

⁸⁶ Un ulteriore argomento potrebbe consistere nel principio di parità di trattamento "normativa" e non solo economica ai sensi dell'art. 2 TU: il lavoratore pubblico agile non godrebbe dello stesso trattamento dei lavoratori pubblici operanti all'interno dell'azienda perché per lui sarebbero previste ulteriori ipotesi sanzionatorie, peraltro previste da un patto individuale e non da contratti collettivi, come previsto dall'art. 55 TU.

b) al Codice di comportamento⁸⁷ di cui agli artt. 54, D.Lgs. n. 165/2001 e 1, D.P.R. n. 62/2013, che come noto è fonte autonoma di infrazioni disciplinari e rappresenta lo strumento più adatto per la previsione di infrazioni specifiche, di tenore anche disciplinare, relative al rispetto dell'orario di servizio, alla riservatezza, alla custodia degli strumenti di lavoro e al cumulo di incarichi. Alle violazioni delle previsioni del codice, in base al comma 3, TU, corrisponderebbe una responsabilità disciplinare, e ogni amministrazione potrebbe definire modalità specifiche di verifica anche al fine dell'applicazione di misure estintive del rapporto di lavoro.

Sotto questo profilo il (rinvio individuale a un) Codice di comportamento di cui all'art. 54, comma 5, redatto entro ogni singola PA previo esperimento di una procedura aperta e cioè partecipata con i soggetti sindacali⁸⁸, consentirebbe di richiamare nuove ipotesi di violazione, disciplinarmente rilevanti, ivi previste in funzione di integrazione e specificazione del Codice di comportamento governativo, mentre sarebbe riservata ai contratti collettivi la tipologia delle sanzioni da applicare⁸⁹ o, in difetto, spetterebbe all'amministrazione applicare la sanzione sulla base dei criteri previsti dal contratto collettivo e dei criteri di cui all'art. 16, comma 2, D.P.R. n. 62/2013.

17. Una distinzione dal telelavoro basata pressoché esclusivamente su elementi “eventuali”

L'esigenza di distinguere il telelavoro dalle nuove forme spazio-temporali di organizzazione della prestazione e, in particolare, dal lavoro agile, è acuita nel pubblico impiego dove la fonte del telelavoro (art. 4, L. n. 191/1998, D.P.R. n. 70/1999), oltre ad imporre obblighi ulteriori quali ad esempio quello della fornitura, installazione e collaudo della postazione di lavoro, comunque intesa⁹⁰, è anzitutto di natura legislativa e quindi non derogabile da parte dei contratti collettivi.

Dove, come nel settore privato, l'istituto del telelavoro non è legalmente definito e regolato, il tentativo di differenziazione elaborato dall'autonomia privata collettiva può riuscire in virtù dell'assenza di efficacia reale degli accordi quadro (europeo del 2002 e nazionale del 2004), e può riuscire certamente ancora oggi

⁸⁷ Redatto, ex art. 1, comma 2, D.P.R. n. 62/2013 e 54, comma 5, TU in ciascuna singola amministrazione.

⁸⁸ Con procedura partecipata che ex art. 9 TU, sarebbe definita dalla contrattazione nazionale di comparto. Resta fermo in ogni caso l'obbligo di un previo parere dell'organismo indipendente di valutazione di ciascuna PA.

⁸⁹ E. VILLA, *Il fondamento del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, alla luce delle più recenti riforme*, in questa *Rivista*, 2013, 987; B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 929.

⁹⁰ Nel pubblico impiego la postazione di lavoro si identifica infatti con «l'insieme degli apparati hardware, software e di rete che consentono lo svolgimento di attività di telelavoro».

perché è e resta facoltà delle parti sociali definire in modo più preciso i requisiti del telelavoro (ad esempio il concetto di regolarità) o di aggiungerne (postazione di lavoro) e potrebbe anche essere facoltà delle parti collettive anche specificare i requisiti della prestazione resa in forma agile, nel rispetto dei suoi tratti essenziali e imprescindibili (accordo individuale e svolgimento in forma alternata senza postazione fissa)⁹¹.

Dove, invece, l'istituto è legalmente definito, la deroga per mezzo di accordi collettivi al testo legale non è un'opzione ed oltretutto alcune previsioni, proprio nel pubblico impiego con il D.P.R. n. 70/1999, confermano la possibilità che il telelavoro sia svolto in forma alternata.

In particolare, poi, difetta nella definizione legale del telelavoro pubblico il requisito – previsto negli accordi quadro – dello svolgimento regolare dell'attività a distanza con il prevalente uso di tecnologie informatiche (cfr. art. 4, L. n. 191/1998)⁹². Di talché, anche volendo basare la distinzione tra lavoro agile e telelavoro su questo fragile perno, questo verrebbe meno nel lavoro alle dipendenze della PA⁹³.

L'elemento dell'accordo tra le parti, che può apparire regolamentato in modo differente e unilaterale nel telelavoro pubblico⁹⁴, non pare dirimente: se è vero che il progetto che viene elaborato unilateralmente dalla PA (art. 3, D.P.R. n. 70/1999) ed è sulla base di esso che si assegna il lavoratore al telelavoro (art. 4, comma 1)⁹⁵, è anche vero che in base all'accordo quadro sul telelavoro del 23.3.2000 (art. 4), si possono assegnare posizioni di telelavoro solo con riferimento ai “lavoratori che si siano dichiarati disponibili a ricoprire dette posizioni” e che, ai sensi dell'art. 4 della L. delega il lavoratore deve essere “autorizzato” a svolgere la prestazione in telelavoro: concetto che parrebbe presupporre una preventiva manifestazione di volontà del lavoratore.

Permane invece l'ovvia differenza di contenuti del patto di lavoro agile, che deve *ex lege* determinare una serie di condizioni (tempo e luogo, riposi, esercizio dei poteri, utilizzo degli strumenti) in forma rigorosamente bilaterale, sia essa individuale o collettiva mediante rinvio.

⁹¹ In q. senso G. PROIA, *L'accordo individuale*, cit., 185, S. CAIROLI, *op. cit.*, 9 ss.

⁹² Tanto che i dati dell'osservatorio *Smart working* del Politecnico di Milano che indicano al 6% l'utilizzo del telelavoro pubblico – dato a prima vista fin troppo ottimistico – includono nella rilevazione i telelavoratori “occasionalni”.

⁹³ A. SARTORI, *op. cit.*, 486.

⁹⁴ In q. senso GAETA, *Il regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 318-9. Contra sono condivisibili i rilievi di A. SARTORI, *op. cit.*, 476 ss., circa la necessaria volontarietà dell'accordo, richiesta anche dall'accordo quadro europeo, e che si riscontra anche nel lavoro agile (cfr. *supra*, par. 3).

⁹⁵ Un tratto differenziale in merito al recesso consiste nella possibilità per il lavoratore di chiedere di essere reintegrato, ma solo dopo un congruo lasso di tempo (art. 4, ultimo comma, D.P.R. n. 70/1999), da determinarsi nel progetto iniziale.

La stessa nozione di postazione di telelavoro non è di aiuto: ai sensi dell'art. 5 della norma, la "postazione di telelavoro" (art. 5) è «il sistema tecnologico costituito da un insieme di apparecchiature e di programmi informatici, che consente lo svolgimento di attività di telelavoro» che viene messa a disposizione, installata, collaudata e mantenuta a cura ed a spese dell'amministrazione interessata, anche con riferimento ai collegamenti telematici necessari per l'effettuazione della prestazione di telelavoro.

La postazione di telelavoro, che parrebbe "fissa" alla luce degli oneri della PA, secondo l'art. 1 delle regole tecniche richiamate dall'art. 6, D.P.R. n. 70/1999 elaborate nella Deliberazione 31.5.2001, n. 16 dell'AIPA (Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione, ora AGID – Agenzia per l'Italia Digitale), ben può identificarsi anche con un telefono o un *tablet* o un normale *laptop*⁹⁶, svalutando la possibile distinzione.

Il tentativo nell'autonomia privata collettiva di valorizzare l'elemento della prevalenza della prestazione all'interno dei locali o dell'assenza di postazione fissa non può comunque riuscire entro la disciplina speciale in tema di sicurezza e prevenzione, non solo perché la nozione di telelavoro è lì legalmente individuata, ma anche perché viene definita in modo diverso e più esteso⁹⁷.

Si fa infatti riferimento a rapporti di lavoro a distanza "compresi quelli di cui all'accordo quadro", quasi sottintendendo l'esistenza di altre forme di lavoro da remoto diverse dal telelavoro, ma soprattutto perché non sarebbe comunque esclusa un'applicazione analogica delle tutele di cui all'art. 3, comma 10⁹⁸.

Ma tanto in caso di applicazione diretta o analogica delle tutele, l'interpretazione dovrà tenere conto delle peculiarità del lavoro agile, che ridimensionano gli obblighi di sicurezza⁹⁹.

Ad es. nel lavoro agile le esigenze di tutela contro l'isolamento di cui all'art. 3, comma 10, D.Lgs. n. 81/2008, atteso lo svolgimento in forma alternata, in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, si ridimensionano.

Ancora, la responsabilità per la sicurezza degli strumenti di lavoro, come per il buon funzionamento, è eventuale e si avrebbe qualora gli strumenti di lavoro fossero assegnati dal datore di lavoro (ma v. *infra*, par. 7).

⁹⁶ PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, cit., 599.

⁹⁷ ALLAMPRESE-PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lavoro*, 2017, 316; CASIELLO, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI, *op. cit.*, 650. Similmente M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., 17 ss.

⁹⁸ PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Il titolo I del D.Lgs. n. 81/2008 dopo il Jobs act*, quad. Olympus, Aras, 2017, 71.

⁹⁹ Sul punto v. il contributo di DELOGU, *op. cit.*, 118-9.

E così pure le norme sui videoterminali, andando a leggere la definizione di lavoratore addetto ai videoterminali, sono previste per lavoratori impiegati almeno 20 ore a settimana. Più convincenti possono risultare logiche di distinzione basate su elementi che, nella configurazione legale della fattispecie, risultano inseribili a discrezione dalle parti.

Si fa riferimento alla modulazione che possono assumere i poteri del datore di lavoro nel lavoro agile all'esito della pattuizione¹⁰⁰, non prevista per il telelavoro in senso stretto, o ancora sulla possibilità – che è però eventuale – di organizzare il lavoro per fasi, cicli e risultati.

Con meno rigore teorico ma con risultati più validi nell'accertamento, possono venire in soccorso nella distinzione anche norme palesemente concepite per la mera disciplina operativa del funzionamento del patto.

In primo luogo, se si ritenesse inapplicabile al lavoro agile l'art. 17, comma 5, D.Lgs. n. 66/2003, che nel telelavoro in generale consente, come osservato (par. 4.2), la disapplicazione di un maggior numero di norme in materia di orario di lavoro rispetto a quanto l'art. 18, L. n. 81 consenta, anche questo profilo potrebbe rappresentare un ulteriore elemento di distinzione.

O ancora secondo lo stesso principio, la distinzione potrebbe essere basata sul fatto che nel telelavoro pubblico si impone sempre e per legge al datore di lavoro di fornire gli strumenti di lavoro, a differenza che nel lavoro agile dove l'assegnazione di strumenti tecnologici da parte del datore di lavoro è del tutto eventuale.

Di conseguenza, qualora il datore di lavoro pubblico, non assegni gli strumenti tecnologici al lavoratore, ma gli consenta di utilizzare apparecchiature di sua proprietà o autonomamente locate, ecco che la norma di disciplina dell'art. 18, comma 2, L. n. 81/2017 verrebbe immediatamente a chiarire la riconducibilità del lavoro alla disciplina del lavoro agile, anziché a quella del telelavoro.

18. Implicazioni sistematiche: il lavoro agile come possibile sottotipo del telelavoro alle dipendenze della PA

Se la disciplina generale del lavoro agile, per un verso può senz'altro rappresentare la prima regolamentazione legale di forme di lavoro a distanza nel settore privato, per altro verso presenta criticità nella delimitazione dalla fattispecie speciale del telelavoro alle dipendenze della PA, scarsamente utilizzata ma eccessivamente contigua.

¹⁰⁰ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato*, cit., 16, e A. PERULLI, *op. cit.*, 14, secondo cui «proprio il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094, non ravvisabile, ad esempio, nella disciplina del telelavoro».

I tentativi di individuare aree solo parzialmente sovrapponibili tra le due fattispecie, per ricavarne campi di applicazione autonomi¹⁰¹ si scontrano con il fatto che i tratti essenziali del lavoro agile, e cioè l'accordo delle parti e lo svolgimento di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali in assenza di postazione fissa, si rivelano requisiti troppo simili, se non identici nel pubblico impiego dove non esiste neppure il criterio della regolare attività a distanza sul quale basare la distinzione.

Al contempo la previsione dell'art. 18, comma 3, L. n. 81/2017, nel salvaguardare specifiche previsioni per il lavoro alle dipendenze della PA, priva la disciplina del lavoro agile della forza giuridica necessaria a ritenere assorbite, o tacitamente abrogate, le difformi previsioni di legge e regolamento sul telelavoro pubblico.

I profili più idonei a distinguere le due fattispecie si rinvencono in quegli elementi liberamente inseribili, almeno secondo la disciplina legale generale, per volontà dei contraenti, con primaria attenzione alla possibilità per le parti di predeterminare o delimitare l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro, non prevista nel telelavoro, e di organizzare il lavoro per fasi, cicli ed obiettivi.

Questi elementi distintivi, però, proprio perché tutti eventuali e non necessariamente presenti, destano più di un dubbio circa la configurabilità del telelavoro come *species* del lavoro agile¹⁰², che vista la difficile distinzione tenderebbe comunque ad applicarsi come norma speciale, bensì impongono di inquadrare il lavoro agile, per la parte "tipica" svolta all'esterno con strumenti informatici¹⁰³, come sottotipo del telelavoro, del quale condividerebbe tutte caratteristiche essenziali, almeno nel settore pubblico dove la disciplina di riferimento è legale.

Di conseguenza, come regola, l'applicazione in via diretta della relativa e molto farraginoso disciplina del telelavoro non sarebbe impedita nella PA: così ad esempio in materia di obblighi di sicurezza, sia pure ridimensionati per lo svolgimento in forma mobile ed alternata della prestazione esterna, ma anche in materia di orario di lavoro, con diretta applicabilità dell'art. 17 comma 5, D.Lgs. n. 66/2003.

Questo non significa affermare che dovrà essere applicata solo la disciplina del telelavoro: al contrario la disciplina del sotto-tipo lavoro agile potrà allora applicarsi quando sussistano quegli elementi particolari, tali da giustificare una differenziazione di discipline¹⁰⁴: così ad esempio l'utilizzo di uno strumento lavorativo fornito dal lavoratore potrebbe impedire l'applicazione delle regole del telelavoro

¹⁰¹ Si veda lo sforzo ricostruttivo di A. SARTORI, *op. cit.*, 484 ss.

¹⁰² In q. senso V. TALAMO, *op. cit.*, 278.

¹⁰³ PROIA, *op. cit.*, 182, DAGNINO, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, Adapt, 2017, 196; M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 17.

¹⁰⁴ Si condivide la valutazione di V. TALAMO, *op. cit.*, 279 e sui poteri le riflessioni degli autori citati in nota 80.

sulla postazione di lavoro, mentre in materia di sicurezza la modulazione dei poteri del datore di lavoro e la totale assenza di una postazione fissa potrebbero da un lato imporre l'obbligo di informativa annuale scritta al datore di lavoro, dall'altro maggiori obblighi di cooperazione del lavoratore. E così ancora l'organizzazione per fasi, cicli e risultati sarà ammessa nella misura in cui sia rispettato l'art. 20 della norma.

Si è avuto modo di rilevare, però, che questi elementi di differenziazione – e in particolare l'ultimo tra essi – i quali rappresentano la vera innovazione del lavoro agile, per operare presuppongono che nel pubblico impiego privatizzato la contrattazione collettiva, attraverso il ruolo speciale e più intenso ad essa attribuito, intervenga con forza nella calibrazione del nuovo strumento contrattuale e sia attivamente coinvolta dalla dirigenza pubblica.

19. Il potenziamento del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: nel settore privato

Tra le principali misure di contrasto alla diffusione del virus COVID-19, la disciplina emergenziale ha individuato l'utilizzo del lavoro agile tanto in via generale¹⁰⁵, quanto nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione¹⁰⁶, su cui si ci si soffermerà oltre (19.1), suscitando presto interesse in dottrina¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Art. 1, comma 2, lett. o, d.l. n. 6/2020; art. 1, commi 1 e 2, lett. ff), d.l. n. 19/2020, come mod. dal d.l. n. 83/2020; art. 90 d.l. n. 34/2020; art. 3 d.P.C.M. 23.2.2020; art. 2 d.P.C.M. 25.2.2020; art. 4, comma 1, lett. a, d.P.C.M. 1.3.2020; art. 1, comma 1, lett. n, d.P.C.M. 4.3.2020; art. 2, comma 1 lett. r, d.P.C.M. 8.3.2020; art. 1, commi 6, 7, lett. a, e 10, d.P.C.M. 11.3.2020; art. 1, lett. c), d.P.C.M. 22.3.2020; d.P.C.M. 1.4.2020; art. 1 lett. gg e ii-a, art. 2 comma 2 d.P.C.M. 10.4.2020, identicamente riproposti nel d.P.C.M. 26.4.2020 e nel d.P.C.M. 4.5.2020; d.P.C.M. 11.6.2020, prorogato ex art. 1, comma 1, d.P.C.M. 14.7.2020; d.P.C.M. 7.8.2020, art. 1, comma 1, lett. ll-a) e c).

¹⁰⁶ Art. 1, n. 6, D.P.C.M. 11.3.2020: «... le pubbliche amministrazioni, assicurano lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile del proprio personale dipendente, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della legge 22.5.2017, n. 81 e individuano le attività indifferibili da rendere in presenza»; artt. 87 (ma anche 74 e 75 per l'incentivo all'acquisto di attrezzature) d.l. n. 18/2020, conv. in l. 27/2020, ma v. già art. 1 n. 6 d. P.C.M. 11 marzo 2020: «...le pubbliche amministrazioni, assicurano lo svolgimento in via ordinaria delle prestazioni lavorative in forma agile del proprio personale dipendente, anche in deroga agli accordi individuali e agli obblighi informativi di cui agli articoli da 18 a 23 della legge 22.5.2017, n. 81 e individuano le attività indifferibili da rendere in presenza». Art. 263 d.l. n. 34/2020, conv. mod. L. n. 77/2020; Direttive funzione pubblica n. 1/2020 del 25 febbraio e n. 2/2020 del 12 marzo; Circ. Dip. funz. pubblica 1.4.2020, n. 2.

¹⁰⁷ Tra le prime ricognizioni si vedano C. ALESSI - M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI - U. CARABELLI - M. D'ONGHIA - L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, instant-book Cgil, Roma, 2020, 131 ss.; L. FOGLIA, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Roma, 2020; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, 2020, in *Giust. civ.com*, 24 marzo 2020;

Fino al termine dell'emergenza epidemiologica Covid-19, individuato attualmente nella data del 15.10.2020, tra le misure di prevenzione e contrasto alla diffusione del virus che possono su tutta o parte del territorio nazionale si annovera la predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente (art. 1, commi 1 e 2, lett. ff, d.l. n. 19/2020, come mod. dal d.l. n. 83/2020).

Partendo dalla disciplina attuativa oggi applicabile, si deve fare riferimento all'art. 1 comma 1 lett. II-a) d.P.C.M. 7.8.2020, che sostituisce (ma in sostanza ripropone) le previsioni del d.P.C.M. 11.6.2020 fino al 7.9.2020.

Secondo tale articolo, in ordine alle (sole) attività professionali raccomanda che esse siano attuate "anche" mediante modalità di lavoro agile, ove possano essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza e che siano assunti protocolli di sicurezza anti-contagio, i quali confermano il ricorso al lavoro agile quale principale misura di contrasto alla diffusione del virus¹⁰⁸ e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di almeno un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale.

Diversamente, nel d.P.C.M. 17.5.2020, art. 1 comma 1 lett. II-a), nelle attività professionali si raccomandava il massimo utilizzo del lavoro agile.

E tuttavia questa differenza è meno rilevante nella sostanza, perché ai sensi dell'art. 2 dei tre decreti, sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali rispettano (leggasi: devono rispettare) i contenuti dei Protocolli condivisi e in particolare di quello del 24.4.2020, la cui clausola 8:

- con riferimento al d.P.C.M. 11.3.2020 e più in generale a quelle previsioni di contrasto dell'epidemia basate sulla sospensione generale delle attività produttive, impone il massimo utilizzo del lavoro agile per le attività non sospese;

- nella fase di riattivazione del lavoro, conferma di favorire l'istituto del lavoro agile "in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause): si attenua, dunque, ma non si elimina, il *favor* verso il ricorso a tale modalità di esecuzione della prestazione.

In sintesi, il tratto comune degli ultimi tre d.P.C.M. (17 maggio, 11 giugno, 7 agosto) è la rimozione di un obbligo normativo espresso di ricorrere al lavoro

S. CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*, in *Giust. civ.com*, 23 marzo 2020.

¹⁰⁸ Si vedano i Protocolli Condivisi del 14.3.2020 e del 24.4.2020, stipulati tra Governo, Confindustria, Rete Imprese Italia, Confapi, Alleanza Cooperative, Confimi, Federdistribuzione, Confprofessioni, Cgil, Cisl, Uil e Ugl. Più in generale, sulla contrattazione collettiva del I semestre 2020, largamente incentrata sulla prevenzione dell'epidemia Covid-19, sia consentito rinviare a S. CAIROLI, R. RAINONE, Osservatorio della contrattazione collettiva, RGL, 2020, 3, in corso di pubblicazione.

agile per attività che possano essere organizzate a distanza o in forma agile¹⁰⁹, che però è indirettamente riproposto, ora in termini attenuati, dai Protocolli condivisi che le imprese sono tenute a rispettare.

Nei d.P.C.M. precedenti¹¹⁰, invece, le attività erano sospese (salvo alcune eccezioni) a meno che l'attività di lavoro non potesse essere organizzata a distanza o in forma agile, introducendo di fatto, se non un obbligo, quantomeno un potentissimo incentivo al ricorso al lavoro agile.

Al contempo, la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22.5.2017, n. 81, era applicabile, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni¹¹¹, anche in assenza degli "accordi individuali" ivi previsti.

L'affermazione, che anzitutto conferma la natura imperativa e non semplicemente promozionale del capo II della legge n. 81/2017, rende necessario comprendere fino a che punto l'applicazione (unilaterale) del lavoro agile da parte del datore possa operare in assenza dei suddetti accordi, e quali siano i limiti tracciati dai principi di tali disposizioni.

Le previsioni governative d'emergenza sembrano esprimere la possibilità che l'attivazione del lavoro in forma agile, così come la definizione delle modalità di esercizio del potere direttivo (art. 19), ma anche l'accordo sulle sanzioni disciplinari o sull'esercizio del potere di controllo fuori dai locali aziendali ritornino nella piena disponibilità del datore di lavoro¹¹¹. Essendo normalmente rimessa alla disponibilità delle parti, ad avviso di chi scrive si poteva modulare unilateralmente anche l'apposizione di precisi vincoli di tempo e di luogo di lavoro.

Altri elementi si prestavano agevolmente ad una determinazione unilaterale: la predisposizione di *policies* circa l'utilizzo e la manutenzione degli strumenti tecnologici di lavoro da remoto e le modalità di disconnessione, o ancora l'assolvimento dell'obbligo, aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quelli generali di for-

¹⁰⁹ Il divieto potrebbe essere reintrodotta dal d.l. n. 19/2020, se tale misura fosse resa necessaria dall'emergenza Covid-19 e proporzionata.

¹¹⁰ Art. 1 lett. gg e ii-a, art. 2 comma 2 d.P.C.M. 10.4.2020, identicamente riproposti nel d.P.C.M. 26.4.2020 e nel d.P.C.M. 4.5.2020.

¹¹¹ Non del lavoratore, salvo nell'ipotesi in cui il datore di lavoro opponga un rifiuto connesso al fatto di non disporre di strumenti adeguati: si condivide al riguardo il pensiero di I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, in *Giust. civ.com.*, 8.4.2020, secondo il quale, nel caso in cui sia il lavoratore (adibito a mansioni che non devono essere necessariamente svolte in azienda e che non sono essenziali per assicurare la continuità dell'attività imprenditoriale) a richiedere lo *smart working* in tale ipotesi, l'impossibilità per il datore di fornire una strumentazione adeguata sarebbe imputabile al datore di lavoro con salvezza del diritto alla retribuzione del lavoratore. Di certo quella di utilizzare strumenti di proprietà (o nella disponibilità) del lavoratore deve essere considerata una facoltà allo stesso rimessa, non certo un obbligo o condizione per l'attivazione.

mazione, informazione e aggiornamento D.V.R. di consegna dell'informativa in materia di sicurezza¹¹².

Altri dei principi contenuti nella legge sarebbero espressione di garanzie costituzionali e/o di principi generali che non possono subire compressione in assenza di accordo: si pensi alla determinazione delle modalità di disconnessione, al diritto alla riservatezza, o al rispetto dei limiti in materia di durata massima giornaliera e settimanale di lavoro di cui all'art. 18 comma 1, secondo periodo, dunque ancora del riposo a tutela della salute e sicurezza del lavoratore.

Neppure sembrano dismissibili il divieto di regresso nel trattamento complessivo economico-normativo ex art. 20 della legge, l'obbligo di parità di trattamento ai sensi dell'art. 45 d.lgs. n. 165/2001 nel pubblico impiego e più in generale la necessità di un accordo bilaterale per modifiche inerenti la retribuzione.

Altre previsioni imperative inderogabili su base individuale da parte del datore di lavoro si identificano nelle previsioni legali di precedenza nell'accesso al lavoro agile: si fa riferimento in primo luogo all'art. 18 comma 3-*bis* della legge n. 81/2017, che impone ai datori di lavoro di riconoscere priorità alle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ed ai lavoratori con figli in condizioni di handicap grave ai sensi della legge n. 104/1992.

Più di recente, a tutela della conciliazione tra esigenze di cura familiare e lavoro nel settore privato si è aggiunta una previsione della cd. legislazione emergenziale relativa alla fase di ripresa controllata delle attività, l'art. 90 del d.l. n. 34/2019 (cd. decreto rilancio), che denota particolare, anche tardiva, attenzione nel periodo di estrema difficoltà generato dall'epidemia e dalla conseguente chiusura dei sistemi scolastici e di assistenza.

In forza di tale norma, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile:

- "anche in assenza degli accordi individuali": sotto questo profilo vale la distinzione sopra esposta tra regole inderogabili del lavoro agile e regole che possono subire una compressione, fermo restando che in questo caso il lavoratore resta in posizione di soggezione e non ha poteri di determinazione;

- "fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81": in questo caso la norma sembra riconoscere che per quanto il lavoratore abbia il diritto di attivare la prestazione di lavoro, non potrà iniziare l'esecuzione della prestazione in forma agile senza che

¹¹² A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, cit., 116 ss.

avere ricevuto dal datore di lavoro un'informazione in materia di sicurezza e circa le informazioni essenziali relative al contratto, ai suoi contenuti ed all'esercizio dei poteri tipici datoriali, e in ogni caso

- "a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione", ponendo una regola di chiusura che si raccorda in ultima istanza con le esigenze dell'organizzazione del datore di lavoro.

Più in generale non è mai eludibile l'obbligo di forma scritta per l'attivazione del lavoro in forma agile, attesa la delicatezza degli interessi in gioco durante l'esecuzione in forma tipica all'esterno dei locali del datore di lavoro, senza postazione fissa.

19.1. (Segue) ... e nel lavoro alle dipendenze della P.A.

L'art. 87 del d.l. n. 18/2020 stabilisce che sino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019¹¹³ il lavoro agile è la "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa" nelle pubbliche amministrazioni, che, conseguentemente:

a) limitano la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza;

b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22.5.2017, n. 81.

Nel lavoro pubblico vi è dunque un vero e proprio obbligo di ricorso al lavoro agile per mezzo di un provvedimento di natura legale, non una raccomandazione di natura amministrativa, e il mancato adempimento di quanto previsto in tale norma può determinare responsabilità in capo al dirigente: così fino al termine della cessazione dello stato di emergenza – ad oggi individuato al 15.10.2020 – e comunque entro il termine del 31.12.2020 (art. 90, comma 4, d.l. n. 34/2020).

Il comma primo limita l'applicazione del lavoro agile esclusivamente alle attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell'emergenza ed il comma terzo autorizza le Pa. Aa. ad utilizzare gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva soltanto laddove non sia possibile ricorrere al lavoro agile, neppure nelle forme semplificate di cui alla lettera b) summenzionata, ma senza mai richiamare il dissenso del lavoratore.

Il comma secondo della norma conferma che la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione e che in tali

¹¹³ Con facoltà di interruzione anticipata mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione.

casi non ricorre responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati. Nel confermare l'opzione interpretativa, già fatta propria nella prassi applicativa ministeriale¹¹⁴, la legislazione si rivela più di danno che di utilità, perché la formulazione letterale ingenera il dubbio che, di regola, non sia possibile per il datore di lavoro disporre che gli strumenti di lavoro siano forniti dal lavoratore, laddove invece il testo della norma pareva già condurre ad un'interpretazione aperta e possibilista.

Per quanto concerne la fase di riapertura degli uffici, l'art. 263 comma 1 del d.l. n. 34/2020 prevede che al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le P.A. adeguano le misure speciali sopradescritte “alle esigenze della progressiva riapertura di tutti gli uffici pubblici e a quelle dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali” ed a tal fine “organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza” favorendo dunque anche l'attività da remoto laddove consentito dalle esigenze di servizio e di apertura al pubblico¹¹⁵.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale, Atti del convegno del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS) – Roma 18 ottobre 2017*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. *Collective Volumes* – 6/2017 e in Collana Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma «La Sapienza», Napoli, 2018; A. ALLAMPRESE-P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in Riv. giur. lavoro, 2017, 316; L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in DSL, 2017, 2 ss.; V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in Riv. giur. lavoro, 2016, 2, 367; A. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in ZILIO GRANDI-BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Padova, 2017, 599; G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, 180 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2017, 327; A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica am-*

¹¹⁴ Ma come osservato non dall'Inail, che interpreta l'art. 18 comma 2 come un obbligo del datore di lavoro di fornire gli strumenti di lavoro.

¹¹⁵ Il decreto prevede che ulteriori modalità organizzative possono essere individuate con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione e che le amministrazioni assicurino adeguate forme di aggiornamento professionale alla dirigenza, la cui attuazione è valutata ai fini della *performance*.

ministrazione, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario*, cit., 471 ss.; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lavoro*, 2018, 1, 126 ss.; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 257 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 2017, 335; G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.