

## Lina Del Vecchio

### Il lavoro agile oltre l'emergenza

**Sommario:** **1.** Oggetto dell'indagine. **2.** Le finalità della disciplina di regolazione del lavoro agile, tra interventi anticipatori della contrattazione collettiva, art. 18, l. 22 maggio 2017 n. 81 e art. 1 d.P.C.M. 4 marzo 2020 n. 3. **3.** L'applicazione nel pubblico impiego. **4.** Gli elementi caratterizzanti del lavoro agile. **5.** Il patto di lavoro agile ed il lavoro agile "unilaterale". **6.** Le modalità di esecuzione della prestazione e l'esercizio del potere direttivo. **7.** Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e il potere di controllo. **8.** Il potere disciplinare nel lavoro agile: l'individuazione delle condotte esterne sanzionabili. **9.** Flessibilità e limiti dell'orario. **10.** Il diritto alla disconnessione: la l. 6 maggio 2021 n. 61. **11.** La problematica distinzione tra lavoro agile e telelavoro: cenni. **12.** Subordinazione e smart working. **13.** Conclusioni.

#### I. *Oggetto dell'indagine*

Ora che i casi di positività al Coronavirus "scivolano" lentamente verso la cosiddetta "zona gialla", si pone nuovamente al centro dell'attenzione lo "*smart working* emergenziale", istituto introdotto in concomitanza con la pandemia per rispettare le limitazioni dovute all'emergenza sanitaria e per assicurare la continuità del lavoro e che ora si accinge a confrontarsi con i nuovi scenari che aprirà, auspicabilmente, la fase "*post Covid-19*".

È evidente che la disciplina emergenziale dello *smart working* – veicolata mediante disposti disseminati nei vari provvedimenti legislativi e comprensibilmente frammentata perché emanata a ridosso dell'evolversi dell'emergenza Covid-19 – "rincorre" la scadenza dello stato di emergenza e si proietta nel futuro.

Il cd. "Decreto Riaperture", d.l. 22 aprile 2021 n. 52, convertito con modificazioni dalla l. 17 giugno 2021, n. 87, infatti, ha permesso lo slittamento della data del termine per l'adozione dello "*smart working* emergenziale" nel settore privato.

Inoltre l'art. 11-*bis* del d.l. n. 52 del 2021 (modificando l'art. 263, d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, relativo alla disciplina del lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche ed assorbendo le disposizioni inserite nell'art. 1 del d.l. 30 aprile 2021, n. 56 ora abrogato) proroga lo *smart working* emergenziale per il pubblico impiego fino alla disciplina del medesimo da parte dei singoli contratti collettivi e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021<sup>1</sup> (mentre per i comparti sicurezza, difesa e soccorso pubblico la scadenza viene legata a quella dello stato di emergenza).

È ormai noto che ciò che milioni di lavoratori italiani stanno applicando, non è il “vero” lavoro agile<sup>2</sup> regolamentato dalla l. 81/17, ma una sorta di sperimentazione “forzata” di “home working” (in cui il lavoratore non ha possibilità di scegliere il luogo in cui lavorare, bensì è di fatto vincolato a restare a casa) che porta inevitabilmente con sé anche alcune criticità tipiche del telelavoro, come, ad esempio la difficoltà a disconnettersi e a mantenere un equilibrio tra vita privata e vita professionale.

Scopo del presente contributo è quello di analizzare (alla luce della regolamentazione del lavoro agile “ordinario e/o fisiologico” di cui alla l. 81/17) la recente incentivazione del lavoro agile collegato alla pandemia, le prospettive di una possibile uscita dall'approccio emergenziale dell'istituto e, soprattutto, le implicazioni di un possibile “lascito” delle norme emergenziali per una futura regolamentazione dell'istituto. L'analisi, quindi, si svolgerà su tre distinte linee direttrici: quella della l. 81/17, quella dello *smart working* disciplinato dalla normativa emergenziale ed, infine, quella della prospettiva sul futuro del lavoro agile.

Ciò apre una discussione più ampia e generale sull'“allineamento” tra il dato “fattuale” ed il dato “normativo”, scevra da un approccio ideologico

<sup>1</sup> Termine originariamente fissato dall'art. 19, d.l. 31 dicembre 2020 n. 183 (cd. “decreto Milleproroghe 2021”) al 31 marzo 2021. Sul lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni v. anche le indicazioni contenute in decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione il 19 ottobre 2020 che, alla luce di quanto stabilito dai d.P.C.M. 13 e del 18 ottobre, ha attuato le norme del cd. decreto “Rilancio” (d.l. 34/20). Ancora il d.P.C.M. 23 dicembre 2020, Dipartimento della funzione Pubblica recante “Misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale” che disponeva la proroga delle previsioni in materia di lavoro agile nell'ambito della Pubblica Amministrazione, di cui DM del 19 ottobre 2020, fino al 31 gennaio 2021.

<sup>2</sup> V.: CARINCI F., *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, p. 44 che ha parlato di una versione “edulcorata” dello *smart working*.

al lavoro agile, in uno scenario estremamente complesso e dinamico (anche dal punto di vista squisitamente organizzativo e manageriale)<sup>3</sup> che vede all'orizzonte diverse strade: un graduale "riassorbimento totale" del lavoro agile oppure un uso come forma "normale" di lavoro<sup>4</sup> o, infine, un "modello di lavoro misto" tra "presenza e lavoro agile"<sup>5</sup>.

Come si vedrà il lavoro agile collegato all'emergenza è probabilmente un "ibrido legislativo" "non è il lavoro agile della riforma del 2017, ma neppure il desueto telelavoro a distanza a postazione fissa. Mantiene ampi tratti regolativi del primo ma possiede una sostanziale affinità strutturale con il secondo; una sorta di ircocervo, quindi"<sup>6</sup> che lascia aperte questioni delicate che non attengono, evidentemente, al solo mantenimento di elementi retributivi accessori collegati al lavoro in presenza.

2. *Le finalità della disciplina di regolazione del lavoro agile, tra interventi anticipatori della contrattazione collettiva, art. 18, l. 22 maggio 2017 n. 81 e art. 1 d.P.C.M. 4 marzo 2020 n. 3*

Il lavoro agile è stato introdotto nel nostro Paese ad opera della con-

<sup>3</sup> Sul punto v., CELLI, *Il lavoro da remoto. Una sfida al cambiamento organizzativo per i manager*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 27 ss. e BENTIVOGLI, *Dal "controllo" alla libertà, i 5 passi per il nuovo lavoro*, *ivi*, p. 33 ss.

<sup>4</sup> I dati dell'ultima edizione dell'Osservatorio *Smart Working* della *School of Management* del Politecnico di Milano, presentati il 3 novembre 2020 parlano di oltre sei milioni e mezzo di italiani attivi da remoto durante il lockdown, la quasi totalità delle grandi imprese ma anche il 58 per cento delle Pmi e il 94 per cento delle pubbliche amministrazioni in smart working. Nella fase più acuta dell'emergenza circa un terzo dei lavoratori dipendenti italiani è passato al lavoro agile, oltre dieci volte più dei 570mila censiti nel 2019. Al termine dell'emergenza l'Osservatorio del Politecnico di Milano stima che i lavoratori agili, che lavoreranno almeno in parte da remoto, saranno complessivamente 5,35 milioni, di cui 1,72 milioni nelle grandi imprese, 920mila nelle Pmi, 1,23 milioni nelle microimprese e 1,48 milioni nelle Pubbliche Amministrazioni. V.: AMATO, *Osservatorio Polimi: 6,58 milioni in smart working. E la maggior parte non tornerà indietro*, in [https://www.repubblica.it/economia/2020/11/03/news/osservatorio\\_polimi\\_6\\_58\\_milioni\\_in\\_smart\\_working\\_e\\_la\\_maggior\\_parte\\_non\\_torneranno\\_indietro-272822943/](https://www.repubblica.it/economia/2020/11/03/news/osservatorio_polimi_6_58_milioni_in_smart_working_e_la_maggior_parte_non_torneranno_indietro-272822943/).

<sup>5</sup> Così come recentemente auspicato dal Ministro dell'innovazione tecnologica (v. [www.corriere.it](http://www.corriere.it)).

<sup>6</sup> Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, p. 215.

trattazione collettiva<sup>7</sup>, sia a livello nazionale che aziendale<sup>8</sup>. Sono stati per primi gli accordi collettivi a dare una definizione del cd. *smart working*<sup>9</sup> e a definirne la fattispecie che risulta essere composta generalmente da quattro elementi: il consenso del lavoratore, l'utilizzo di strumenti tecnologici, lo svolgimento della prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali e l'assenza di vincoli temporali. In assenza di una definizione di legge e partendo dalla fattispecie consolidata sul piano degli accordi collettivi, l'autonomia privata individuale ha potuto comporre via via una diversa articolazione dello *smart working*, essendo quest'ultimo una declinazione dell'obbligazione di lavoro; pertanto l'autonomia individuale nei singoli accordi ha aggiunto, ad esempio, la modulazione del tempo di lavoro ovvero ha eliminato lo svolgimento all'esterno dell'azienda, od ancora ha inserito entrambi gli elementi<sup>10</sup>.

Dall'esperienza dell'autonomia collettiva e individuale è emersa l'istanza di un intervento del legislatore, di fronte alla necessità di ricondurre con chiarezza questa nuova forma di articolazione organizzativa della prestazione ai principi ed alle regole cardine del lavoro subordinato.

È da queste premesse che origina la l. 81/17, che prevede agli artt. 18-24 una specifica disciplina del c.d. "lavoro agile", introdotta al fine espresso di "incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" (art. 18)<sup>11</sup>. Nella legge n. 81/17 il lavoro agile risulta, pertanto,

<sup>7</sup> V., TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 35/2017, p. 3 che colloca l'introduzione de lavoro agile nel 2012, con l'accordo aziendale Nestlé Italiana S.p.a.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione dell'istituto del lavoro agile nella contrattazione collettiva antecedente alla l. 81/17 v. PICUNIO, *La questione relativa agli accordi sullo "smart working" sottoscritti prima dello statuto del lavoro agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, p. 515 ss. Inoltre, DAGNINO, TIRABOSCHI, TOMASSETTI, TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e autonomo*, ADAPT University Press 2016, p. 75 ss.

<sup>9</sup> Le due espressioni lavoro agile e *smart working* sono usate correttamente in modo promiscuo, anche se c'è chi riserva quella inglese alle esperienze di matrice contrattuale-collettiva maturate prima del modello legislativo. Così ZILIO GRANDI, BIASI, *Introduzione: la "codà" del Jobs Act o la "testa" del nuovo diritto del lavoro?*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 3; FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, *ivi*, p. 547.

<sup>10</sup> Così VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, p. 253.

<sup>11</sup> Tra i primi commenti alla disciplina del lavoro agile v., SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro*

rivolto al conseguimento di un più elevato livello di efficienza e produttività del lavoro nell'impresa e al contempo rendere disponibili per il lavoratore più ampie opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro<sup>12</sup>; tale ratio conciliativa, inoltre, risulta strettamente connessa alla definizione consensuale delle condizioni della modalità agile.

L'attuale scenario pandemico e le disposizioni legislative emanate per contrastarlo<sup>13</sup>, hanno permesso alle aziende private e pubbliche di utilizzare il lavoro agile rispondendo ad altre e diverse finalità: in particolare la finalità pubblica di consentire, ove possibile, la prosecuzione delle attività produttive e dunque del lavoro, a contenimento delle gravi ripercussioni economiche e sociali dell'emergenza in atto; nonché la finalità di isolamento diretto ad impedire il rischio del contagio. Il tutto alla luce di uno stretto collegamento tra i diritti costituzionali di cui agli artt. 4 e 32.

Nel contesto emergenziale, lo *smart working* da strumento innovativo diretto all'incremento della produttività ad al miglioramento del bilanciamento tra vita personale e vita lavorativa, come era stato concepito nella sua legge istitutiva, è stato convertito in un incredibile strumento per il migliore bilanciamento tra salute pubblica, sicurezza sul lavoro e conservazione del posto di lavoro.

Così già il d.P.C.M. 4 marzo 2020, art. 1, co.2, lett. n), ha previsto che "la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei

*eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 327/2017; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 335; FREDIANI, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in LG, 2017, p. 630; MANICASTRI, *Lavoro agile: come cambia*, in DPL, 2017, p. 88.

<sup>12</sup> Per una puntuale ricostruzione della finalità conciliativa del lavoro agile v.: TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 419/2020.

<sup>13</sup> Già il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modif. dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), primo atto normativo recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, nell'indicare, al punto n) dell'art. 1, tra le predette misure che le autorità competenti avrebbero potuto assumere la sospensione delle attività lavorative per le imprese non impegnate nell'erogazione di servizi essenziali e di pubblica utilità, espressamente prevede quale motivo di sottrazione all'applicazione della misura la possibilità che le attività lavorative possano essere svolte in modalità domiciliare. Tale articolo 1 è stato poi abrogato dall'art. 5, co. 1, lett. a), d.l. 19/20.

principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'articolo 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro”<sup>14</sup>. In questo modo, come si vedrà nel proseguo, viene meno una delle caratteristiche fondamentali stabilite della l. 81/17: la libertà delle parti individuale del rapporto nella scelta del lavoro agile e, conseguentemente, la sua modulazione in funzione delle esigenze specifiche di ogni singolo datore di lavoro.

È evidente che in un contesto emergenziale la funzionalizzazione del lavoro agile alle ragioni della sicurezza e del contenimento del contagio<sup>15</sup>, di fatto “azzera” le originarie finalità di *work-life balance* della disciplina tipiche della sua applicazione in un contesto “fisiologico”.

In nome del diritto alla salute lo *smart working* assume una fisionomia “calameontica”, che però fa esplodere un’esigenza di conciliazione anch’essa di natura emergenziale rivolta ad impegni di cura che aumentano a causa della presenza domestica dei figli impegnati nella didattica a distanza; della sospensione di molti servizi domiciliari per le persone più fragili e del venir meno delle abituali reti familiari di supporto.

A queste esigenze sono state date in realtà alcune risposte che riguardano però prevalentemente le “condizioni di accesso” al lavoro agile ma non le modalità di svolgimento del lavoro agile.

La prima risposta è contenuta nell’art. 39, co. 1, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27<sup>16</sup> in base al

<sup>14</sup> Già il d.P.C.M. 23 febbraio 2020, all’art. 3, co. 1, aveva consentito ai datori di lavoro di applicare, nelle aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale, la modalità di lavoro agile di cui agli artt. da 18 a 23 della l. 81/17 in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti.

<sup>15</sup> Sullo *smart working* come misura di sicurezza “elastica” e di portata generale, che richiede un delicato lavoro di adattamento nei contesti aziendali perché in effetti condizionate dallo stato dei fatti e dei luoghi v.: MARAZZA, *L’art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *RIDL*, 2020, I, p. 267.

<sup>16</sup> Tale art. 39 co. 1 prevede: “1. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, a condizione che tale modalità sia compatibile con le carat-

quale il lavoro agile è temporaneamente esigibile come “diritto” per i lavoratori dipendenti disabili gravi o che abbiano nel nucleo familiare una persona disabile grave, purché la modalità agile sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa. Si tratta di una disposizione destinata a durare finché dura l'emergenza e che non “modella” lo *smart working* emergenziale in modo compatibile con le aggravate esigenze individuali di cura e assistenza<sup>17</sup>.

Una seconda risposta è quella introdotta dal co. 1, art. 90 rubricato “Lavoro agile” del cd. “decreto Rilancio” d.l. 34/20 (come modificato dalla l. 17 luglio 2020, n. 77). Si tratta del “diritto” a svolgere la prestazione in modalità agile, riconosciuto ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato

teristiche della prestazione”. In dottrina v.: FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologia da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *LG*, 2020, p. 338, la quale sottolinea che il lavoro agile come misura per conciliare l'attività lavorativa con le misure di contenimento del contagio, rappresenta una nuova ed interessante declinazione della regola degli “accomodamenti ragionevoli”, elaborata nel campo della disabilità ma che può essere esportata in altri ambiti.

<sup>17</sup> L' art. 39, co. 2, del d.l. 18/20 contiene una disposizione, destinata a durare oltre l'emergenza, che amplia ai lavoratori del settore privato “affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa” la priorità nell'accoglimento delle richieste di accesso alla modalità agile già prevista, per lavoratrici madri e per lavoratori genitori di figli in condizione di disabilità, dall'art. 18, l. 81/17, co. 3-bis.; in base alla modifica introdotta con la legge di conversione (24 aprile 2020, n. 27) la priorità è estesa ai lavoratori immunodepressi e ai loro familiari conviventi”. In giurisprudenza un'applicazione dell'art. 39, co.1, l. 27/20 è costituita dall'ordinanza del Tribunale di Bologna 23 aprile 2020; il Tribunale di Bologna ha provveduto in via cautelare urgente, inaudita altera parte, a concedere lo *smart working*, in luogo del collocamento in Cigo, alla lavoratrice, invalida civile al 60%, che l'aveva richiesto; ciò non in ragione del diritto di precedenza previsto dal co. 2 della norma, bensì del più pregnante diritto di cui al co. 1, essendo la figlia affetta da disabilità *ex art. co. 3, l. 104/1992*. Diverso il caso del Tribunale di Grosseto, ord. 23 aprile 2020, che ha riconosciuto il diritto del lavoratore invalido civile allo *smart working* in luogo delle ferie forzate a cui lo aveva invece relegato il datore di lavoro. In tal caso, si era in presenza di un mero diritto di precedenza, *ex art. 39 co. 2*, e non di un diritto perfetto *ex co. 1*; ciò malgrado il Tribunale ha riconosciuto il diritto allo *smart working* in luogo delle ferie forzate sulla base di due assunti: la maggiore considerazione del legislatore nei confronti dello *smart working* rispetto alle ferie forzate come misura più favorevole per il lavoratore; e l'effetto discriminatorio, nel caso concreto, che il rifiuto aveva finito per produrre nei confronti del lavoratore comunque affetto da patologie. Il Tribunale di Grosseto, nella circostanza, ha condannato il datore di lavoro al pagamento di una indennità di 50 euro per ogni giorno di ritardo *ex art. 614-bis del c.p.c.* Entrambe le pronunce sono oggetto del commento di GENTILE, *Lo Smart working emergenziale tra (nuovi) diritti e esigibilità della prestazione*, in *MGL*, 2020, p. 489 e di VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *LG*, 2020, p. 1193 ss., la quale si sofferma sulla possibilità per il giudice di ordinare in via d'urgenza l'adibizione di un lavoratore la lavoro agile sostituendosi al datore di lavoro nella scelta organizzativa.

che hanno almeno un figlio minore di 14 anni. Tuttavia il diritto non scatta se l'altro genitore usufruisce di forme di sostegno al reddito per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, o è disoccupato, o non lavora<sup>18</sup>. Si tratta indubbiamente di una misura importante per la quale si potrebbe ipotizzare un suo consolidamento oltre l'emergenza, caso mai in forma attenuata come "diritto di precedenza", andando così ad incidere sulle priorità già stabilite nell'art. 18, co. 3-*bis*, l. 81/17<sup>19</sup>.

Una terza risposta strettamente emergenziale è quella contenuta nell'art. 22 rubricato "Scuole e misure per la famiglia" del cd "decreto Ristori" entrato in vigore il 29 ottobre 2020<sup>20</sup> e che modifica l'art. 21-*bis*, d.l. 14 agosto 2020, n. 104 convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020 n. 126. L'art. 21-*bis*, co. 1, prevede che un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo

<sup>18</sup> Il co. 1, art. 90, prevede infatti che: "1. 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, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbidità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa". La giurisprudenza di merito ha avuto già modo di pronunciarsi su questa norma ed in particolare sulla compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione che si richiede al lavoratore. In particolare tale giurisprudenza ha stabilito come condizione necessaria per avvalersi del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, la compatibilità della suddetta modalità con le caratteristiche della prestazione che si richiede al dipendente, rigettando conseguentemente la richiesta del lavoratore di potersi avvalere di siffatta modalità di prestazione del lavoro qualora egli svolga mansioni diversificate che, quanto meno in misura rilevante se non prevalente, necessitano la presenza fisica del dipendente. Trib. Mantova sez. lav., 26 giugno 2020 n.1054, in *DeJure Banche Dati Editoriali Gfl*.

<sup>19</sup> Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit., p. 215.

<sup>20</sup> D.l. 28 ottobre 2020 n. 137, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020 n. 176.



corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni sedici (e non più 14 anni come previsto in precedenza dal cd. decreto Agosto), disposta dal dipartimento di prevenzione della azienda sanitaria locale (ASL) territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno della scuola, nonché nell'ambito dello svolgimento di attività sportive, nonché nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici. Anche in questo caso la risposta del legislatore riguarda le "condizioni di accesso" al lavoro agile ma non le modalità di svolgimento del lavoro agile.

Una previsione normativa più ampia rispetto a quanto previsto (fino al 31 dicembre 2020) dall'art. 21-*bis* del decreto Agosto, è quella dell'art. 2, co. 1, del cd. "Decreto Covid", d.l. 13 marzo 2021 n. 30<sup>21</sup> come modificato dall'art. 1, l. 6 maggio 2021 n. 61, che stabilisce che il lavoratore dipendente genitore di figlio minore di anni sedici, alternativamente all'altro genitore, può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per un periodo corrispondente in tutto o in parte alla durata della sospensione dell'attività didattica o educativa in presenza del figlio, alla durata dell'infezione da Covid del figlio, nonché alla durata della quarantena del figlio disposta dal Dipartimento di prevenzione della Asl territorialmente competente a seguito di contatto ovunque avvenuto.

<sup>21</sup> La misura, infatti, si applica fino al 30 giugno 2021 e prevede anche che il beneficio è riconosciuto a entrambi i genitori di figli di ogni età con disabilità accertata ai sensi dell'art. 3, co. 1 e 3, l. 5 febbraio 1992 n. 104, con disturbi specifici dell'apprendimento riconosciuti ai sensi della legge 8 ottobre 2010, n. 170, o con bisogni educativi speciali. Inoltre l'art. 2, co. 2, d.l. 30/21, ha previsto anche un congedo indennizzato per la cura dei figli conviventi minori di anni 14, per un periodo corrispondente, in tutto o in parte, alla durata dell'infezione da SARS Covid-19, alla durata della quarantena da contatto del figlio ovunque avvenuto, nonché alla durata del periodo di sospensione dell'attività didattica in presenza. Tale congedo può essere utilizzato senza limiti di età per la cura di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, l. 104/92, iscritti a scuole di ogni ordine e grado per i quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale per i quali sia stata disposta la chiusura. Il congedo di cui trattasi può essere fruito dai genitori lavoratori dipendenti del settore privato nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e in alternativa all'altro genitore convivente con il figlio, o anche non convivente in caso di figlio con disabilità grave. Per i periodi di astensione fruiti è riconosciuta un'indennità pari al 50% della retribuzione e i periodi sono coperti da contribuzione figurativa. Sul punto v. Mess. Inps, 29 aprile 2021, n. 1752 e Mess. Inps 22 aprile 2021 n. 1642. Inoltre sempre l'art. 2, co. 6, del citato d.l. n. 30/21 prevede anche il *bonus baby sitting* sul quale v. Circ. Inps 14 aprile 2021 n. 58.

In realtà solo nel decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione 19 ottobre 2020 sembra affiorare una risposta alla esigenza di conciliazione “tarata” sulle modalità di svolgimento del lavoro agile, poiché nei confronti dei dipendenti di cui al citato all’art. 21-*bis*, nonché di norma nei confronti dei lavoratori fragili, la pubblica amministrazione adotta “ogni soluzione utile ad assicurare lo svolgimento di attività in modalità agile anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi vigenti, e lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale”. Infine il d.l. del 23 luglio 2021 n. 105 ha ripristinato, a favore della categoria dei lavoratori “fragili”, il diritto allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile con effetto retroattivo dal 1 luglio 2021 al 31 ottobre 2021. In particolare, fino al 31 ottobre 2021, ai sensi dell’articolo 26, comma 2-*bis*, del d.l. n. 18 del 2020, come modificato dall’art. 9 del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, i lavoratori fragili, ovvero i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell’articolo 3, co. 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto<sup>22</sup>.

### 3. *L’applicazione nel pubblico impiego*

Com’è noto, l’art. 18, co. 3, l. 81/17, ha esteso l’applicazione della disciplina del lavoro agile, contenuta negli artt. 18-23 “ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” attraverso un triplice filtro: le disposizioni devono essere compatibili con i rapporti di pubblico impiego; devono essere applicate “secondo le direttive emanate anche ai sensi dell’ar-

<sup>22</sup> Sul punto v. anche Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 9 del 2 agosto 2021.

articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124<sup>23</sup>; sono fatte salve “le disposizioni specificamente adottate per tali rapporti” (art. 18, co. 3)<sup>24</sup>.

Sviluppando e riconducendo ad una cornice regolativa di rango primario l'indicazione già presente nella direttiva n. 2/2020 del Ministro della pubblica amministrazione, l'art. 87, co. 1, del c.d. Decreto “Cura Italia”, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, dispone che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica ovvero fino ad una data precedente disposta con Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, il lavoro agile rappresenta “una delle modalità ordinarie”<sup>25</sup> di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche ammi-

<sup>23</sup> L'art. 14, co. 1, l. 124/15 (cd legge Madia) nel promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, richiede alle p.a. di adottare misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali non solo per l'attuazione del telelavoro, ma anche per la sperimentazione di “nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione”. Pur se tale norma non fa espresso riferimento al lavoro agile, la dottrina ha identificato nelle parole del legislatore quest'ultima figura: v., DAGNINO, MENEGOTTO, PELUSI, TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017, pp. 180-181. L'art. 14, co. 3, l. 124/15, condizionava l'attuazione delle previsioni del co. 1 all'emanazione di una direttiva del Presidente del Consiglio, contenente indirizzi e linee guida, sentita la Conferenza unificata Stato-Regioni. Tale direttiva, recante “indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2, dell'articolo 14 della l. 7 agosto 2015 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti”, è stata varata il 1 giugno 2017. L'impianto della direttiva n. 3 del 1 giugno 2017 è a maglie larghe; infatti si prende atto che non è possibile sviluppare un approccio unitario, né un modello statico di *smart working*, ma, al contrario, ogni amministrazione è invitata a elaborare e applicare il modello più rispondente alle proprie esigenze e caratteristiche (par. 1.F).

<sup>24</sup> Sul lavoro agile nella PA, tra i contributi più recenti, v. CASILLO, TUFO, *Il lavoro agile*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 204 ss.; TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 257 ss.; VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quad. RGL*, 4, 2019, p. 169 ss.

<sup>25</sup> Prima della modifica dell'art. 87, co. 1 avvenuta con d.l. 104/20, conv. con modif. dalla l. n. 126/2020, il lavoro agile era considerato “la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione” per tutti i dipendenti della pubblica amministrazione ed era prevista una eccezione restrittiva alla sola ipotesi delle attività “indifferibili” e che richiedevano necessariamente la presenza sul luogo di lavoro (art. 87, co. 1, lett. a). Tale disposizione, alla luce della diversa disciplina contemplata per il settore privato dall'art. 96 del c.d. decreto Rilancio (in cui il lavoro agile è soltanto “raccomandato” quale misura organizzativa finalizzata a prevenire il contagio e, per chi ha un figlio minore di 14 anni, ha diritto di svolgere la prestazione al domicilio solo a condizione che “tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione” ha fatto emergere un problema di disparità normativa) ha destato dubbi di legittimità costituzionale per

nistrazioni (art. 87, co. 1, così come modificato all'art. 1, co. 1, l. 13 ottobre 2020 n. 126). Di conseguenza, le pubbliche amministrazioni possono ricorrere al lavoro agile “in maniera semplificata” cioè prescindendo dagli accordi individuali e dall'adempimento degli obblighi informativi di cui agli artt. da 18 a 23 del d.lgs. 81/17 (art. 87, co. 1, lett. b)<sup>26</sup>.

Sempre in base al citato art. 87 del decreto Cura Italia le pubbliche amministrazioni limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza (art. 87, co. 1, lett. a).

Inoltre il co. 3 dell'art. 87 prevede che “Qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile, anche nella forma semplificata di cui al comma 1, lettera b), e per i periodi di assenza dal servizio dei dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, imposti dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19, adottati nella vigenza dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva. Esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio. Il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista. Tale periodo non è computabile nel limite di cui all'articolo 37, terzo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3”.

Una svolta a questa impostazione si è avuta con il decreto “Rilancio” d.l. 34/20 (art. 263, co.1)<sup>27</sup> con il quale non solo si supera il “mostro giuri-

contrasto con gli artt. 3, 36 e 97 Cost., messi in luce da PISANI, *Il lavoro agile nella pa: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *GL*, 28 agosto 2020, p. 19 ss.

<sup>26</sup> Il co. 2 dell'art. 87 prevede altresì che la prestazione di lavoro agile possa essere resa anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente, qualora questi non siano forniti dall'amministrazione. Sempre all'art. 87, co. 2, si chiarisce che in questo caso non trova applicazione l'art. 18, co. 2, d. lgs. 81/17 ai sensi del quale “il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

<sup>27</sup> In particolare la norma citata nel testo prevede che “in deroga alle misure di cui all'ar-

dico” dell'esenzione dal servizio<sup>28</sup>, ma cade anche il nesso tra presenza per “attività indifferibili e urgenti” e lavoro agile, prevedendo il vincolo a tenere in lavoro agile il 50% del personale adibito ad attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascuna amministrazione, possono essere svolte in modalità agile<sup>29</sup>.

In una prospettiva evolutiva, il d.l. 56/21 interviene su tali regole emergenziali applicate durante la pandemia eliminando la soglia del 50% del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni dall'art. 263, co. 1, d.l. 34/20<sup>30</sup>; e, con-

ticolo 87, comma 1, lettera a), e comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, 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, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, al 50 per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020 cessa di avere effetto”.

<sup>28</sup> Si ricordi, infatti, che a norma dell'art. 87, co. 3, d.l. n. 18/20, prevedeva che il dipendente pubblico venisse esentato dallo svolgimento della prestazione e che questa esenzione costituisse servizio prestato a tutti gli effetti di legge. In dottrina v., GLINIANSKI, RAZZOLINI, *L'esenzione dal servizio del pubblico dipendente nel decreto cura Italia e nel decreto rilancio*, in *Lexitalia*, n. 6, 2020.

<sup>29</sup> V. Circ. 24 luglio 2020 n. 3.

<sup>30</sup> L'art. 263, d.l. 34/20, così come successivamente modificato dall'art. 31, co. 1-bis, d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 e da ultimo dall'art. 1, co. 1, lett. a), del d.l. 30 aprile 2021, n. 56, e dall'art. 11-bis, co. 1, lett. a) del d.l. 22 aprile 2021, n. 52 conv. con modif. dalla l. 17 giugno 2021, n. 87, ora prevede che “Al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, adeguano l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali. A tal fine, le amministrazioni di cui al primo periodo, fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi, ove previsti, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, in deroga alle misure di cui all'articolo 87, comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, 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 con l'utenza, anche attra-

temporaneamente, agisce sul nuovo sistema organizzativo a regime del settore pubblico di cui alla l. 7 agosto 2015, n. 124, relativo alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche<sup>31</sup>.

Infatti dapprima l'art. 1, co. 2, d.l. 56/21 (il d.l. n. 56/2021 citato è stato abrogato dall'art. 1, com. 2, l. 17 giugno 2021, n. 87) apporta modifiche all'art. 14, co. 1, l. 124/15 prevedendo che le amministrazioni pubbliche redigano il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), come sezione piano delle performance. Il POLA individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 15 per cento dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera, e definisce, altresì, le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative. Di converso, in caso di mancata adozione del POLA,

verso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020 cessa di avere effetto. Le disposizioni del presente comma si applicano al personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico fino al termine dello stato di emergenza connessa al Covid-19”

<sup>31</sup> L'art. 1, co. 2, d.l. 56/21 prevede che “All'articolo 14, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 124, relativo alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, dopo la parola «telelavoro» sono aggiunte le seguenti: «e del lavoro agile»; b) al terzo periodo, le parole «60 per cento» sono sostituite dalle seguenti: «15 per cento»; c) al quarto periodo le parole «30 per cento» sono sostituite dalle seguenti: «15 per cento”. Quindi a regime, dall'inizio del 2022, la norma conferma l'obbligo per le amministrazioni di adottare i Pola (Piani organizzativi del lavoro agile) entro il 31 gennaio di ogni anno, riducendo però dal 60% al 15%, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, la quota minima dei dipendenti che potrà avvalersi dello *smart working*.

il lavoro agile si applica almeno al 15 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano.

Tale novità quindi potrebbe rappresentare una ipotesi di regime “*post emergenza*” con sensibile aumento dell’obiettivo già previsto dalla Direttiva n. 3 del 2017 di garantire “ad almeno il 10 per cento del proprio personale” la possibilità di avvalersi del lavoro agile<sup>32</sup>. Del resto la corretta utilizzazione di tale Direttiva potrebbe essere molto utile per la disciplina di dettaglio anche nel “*post pandemia*”.

Sullo sfondo resta, tuttavia, il fenomeno (probabilmente esteso, a giudicare dalle voci critiche che frequentemente si innalzano dalla stampa) dello “*smart working inefficiente*” cioè della situazione in cui la prestazione lavorativa del dipendente pubblico effettuata da remoto risulti oggettivamente meno efficiente rispetto a quella svolta in ufficio o in sede, con conseguente minor efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa e pregiudizio al suo buon andamento, imposto dall’art. 97 Cost.<sup>33</sup>.

Ciò non è necessariamente collegato alla negligenza del lavoratore pubblico ma, probabilmente, ad altri motivi come: copertura della rete insufficiente, scarsa conoscenza dell’informatica da parte del dipendente, strumenti di lavoro inadeguati o usati promiscuamente dagli altri componenti del nucleo familiare, mancanza della digitalizzazione dei documenti sui quali si deve lavorare, difficoltà di accedere da remoto agli archivi. Sta di fatto che il legislatore, con l’art. 263 del decreto Rilancio, oggi modificato da ultimo dal d.l. n. 52/2021 conv. con l. n. 87/2021, ha avvertito il bisogno di prescrivere che “le amministrazioni adeguano l’operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali”, e che a tal fine le amministrazioni pubbliche fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi e, come evidenziato, non oltre il 31 dicembre 2021, in deroga alle misure di cui all’art. 87, co. 3, d.l. 18/20, 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 con l’utenza, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure

<sup>32</sup> Per un approfondimento sul tema v., ZOPPOLI L., *Riformare il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del POLA*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da POSO, p. 11 ss.

<sup>33</sup> Cfr., PISANI, *Il lavoro agile nella pa*, cit., p. 9.

semplificate di cui al co. 1, lett. b), del medesimo art. 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente.

#### 4. *Gli elementi caratterizzanti del lavoro agile*

L'art. 18, co. 1, della legge del 2017 definisce il lavoro agile come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

Il lavoro agile non pone problemi di inquadramento giuridico, perché e lo stesso legislatore a definirlo all'art. 18 come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”, escludendo per questa strada la possibilità di qualificarlo come autonoma tipologia contrattuale<sup>34</sup>.

Sempre l'art. 18, co. 1 prevede, con carattere imperativo, che il contratto di lavoro subordinato possa essere eseguito secondo modalità agili, laddove ricorrano alcune condizioni stabilite dallo stesso legislatore: esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno; assenza di una postazione fissa durante i periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali; durata della prestazione lavorativa entro i soli limiti massimi dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> MARTONE, *Il lavoro agile nella L. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 463; PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 179. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 925; FERRARO E, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale, Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. *Collective Volumes*, n. 6, 2017, p. 144. Su tali profili v., *infra*, par. 13.

<sup>35</sup> V.: RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in NLCC, 2018, p. 635, individua come elementi essenziali identificativi: l'esecuzione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali; l'assenza per la prestazione esterna di una postazione fissa; il possibile utilizzo di strumenti tecnologici. Sulla stessa linea, LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in RGL, 2019, I, 26 ss.



Il legislatore ha indicato, quindi, nell'art. 18, co. 1, precisi elementi e vincoli, ma tale dato normativo, oggi più che mai, deve essere "allineato" con il dato fattuale; affinché il lavoro possa essere davvero "smart", infatti, non bisogna perdere di vista alcuni requisiti "di fatto" riguardanti: la natura dell'attività lavorativa (susceptibile di essere svolta per via informativa e telematica); la tecnologia (è necessario cioè avere una disponibilità di un pc e di una buona connessione alla rete gestionale e data set aziendali accessibili da remoto); la struttura del rapporto (prestazione misurabile sul conseguimento di obiettivi e non più sull'estensione temporale); la logistica personale (cioè la disponibilità di un luogo adatto dove svolgere la propria attività).

È evidente che la normativa "emergenziale" ha consentito il lavoro agile in presenza anche solo dei primi due requisiti, in tal modo facendo scoprire rilevanti spazi per lo *smart working*, prima sconosciuti alle aziende. Laddove, viceversa, non erano presenti neppure i primi due requisiti, i lavoratori (nel solo settore privato) sono stati sospesi con attivazione della cassa integrazione guadagni.

##### 5. *Il patto di lavoro agile ed il lavoro agile "unilaterale"*

Nel fornire la definizione tradizionale di lavoro agile, il più volte citato art. 18, l. 81/17, stabilisce che le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato debbano essere stabilite dalle parti mediante accordo. L'accordo individuale rappresenta dunque "il cuore della disciplina"<sup>36</sup> ed è un patto aggiunto al contratto di lavoro<sup>37</sup>, che non si sostituisce a quest'ultimo, ma si affianca ad esso, con lo scopo di regolare specifici aspetti che la legge demanda alla volontà delle parti, laddove queste optino per l'espletamento dell'attività lavorativa secondo le modalità del lavoro agile<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Così GRAMANO, *L'accordo sul lavoro agile: forma e contenuto*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 507; CUTTONE, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in Aa.Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale*, cit., p. 47; RICCIO, *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, *ivi*, p. 61.

<sup>37</sup> Si ricordi che secondo l'art. 19, co. 2, l. 81/17 se l'accordo sul lavoro agile è a tempo terminato, ciascuno dei contraenti può recedere, semplicemente con preavviso. Se invece è a termine, il recesso anticipato rispetto alla scadenza è consentito, purché ricorra un giustificato motivo, il quale consente altresì il recesso senza preavviso nella modalità a tempo interminato.

<sup>38</sup> V.: SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 7; CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in ADL, 2018,

La l. 81/17 demanda all'accordo delle parti il compito di regolare le concrete modalità di adempimento dell'obbligazione ed in particolare: l'esecuzione della prestazione e gli strumenti all'uopo necessari ogniqualvolta l'attività lavorativa sia esercitata all'esterno dei locali aziendali; le forme di esercizio del poter direttivo e del potere di controllo (quest'ultimo nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4, l. 300/70, e successive modificazioni) sulla prestazione resa dal lavoratore nonché le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari; i tempi di lavoro e di riposo del lavoratore, nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Il co. 1, art. 90, rubricato "Lavoro agile"<sup>39</sup>, del d.l. 34/20, conv. in l. 77/2020, consente che "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, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di

p. 977, che evidenzia il doppio regime (dentro e fuori l'azienda) cui il lavoratore agile è sottoposto e la relativa difficoltà di coordinamento.

<sup>39</sup> V., art. 2, co. 1, lett. r, d.P.C.M. 8 marzo 2020, che ripropone la previsione già presente nell'art. 4, co. 1, lett. a, d.P.C.M. 1 marzo 2020. Secondo DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *RIDL*, n. 1, 2020, p. 1 ss. con riguardo alle PA, gli ultimi provvedimenti governativi utilizzano formule parzialmente differenti (cfr. d.P.C.M. 11 marzo 2020, art. 1, n. 6: «anche in deroga agli accordi individuali» e d.l. 18/20, art. 83, co. 1, lett. b: «prescindono dagli accordi individuali») che sembrano andare oltre l'irrelevanza del consenso del lavoratore per ammettere la possibilità di derogare agli accordi individuali eventualmente già sottoscritti in fase pre-emergenza da COVID-19.

patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischio accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa<sup>40</sup>.

Pertanto si consente l'utilizzo della modalità agile di svolgimento della prestazione «anche in assenza degli accordi individuali», ossia in forza di una decisione unilaterale del datore di lavoro, comunicata senza particolari vincoli di forma al prestatore.

Una deroga, questa, necessitata dal bisogno di sollecitare il datore di lavoro ad assumere rapidamente una misura funzionale a garantire la salute del prestatore di lavoro e, prima ancora, la salute pubblica.

Sul piano della disciplina applicabile, l'unilateralità del lavoro agile (che non è certamente obbligatoria, ben potendo le parti comunque stipulare un accordo individuale) rappresenta una deviazione importante rispetto al modello legislativo ordinario<sup>41</sup>.

Al venir meno dell'accordo, si accompagna la semplificazione degli adempimenti procedurali formali: comunicazioni semplificate ai centri per l'impiego e informazioni di sicurezza<sup>42</sup>.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se alla fine dello stato di emergenza sia possibile “sostituire” gli accordi individuali per il lavoro agile con un accordo collettivo aziendale che disciplini per tutti i dipendenti le modalità di lavoro agile. Su questo aspetto si potrebbe ipotizzare che al termine dello stato di emergenza, venendo meno l'efficacia della disposizione dettata dall'art. 90, co. 4, d.l. 34/20, riprenderà pieno vigore la regola, dettata dal primo comma dell'art. 18, l. 81/17, secondo la quale lo svolgimento della

<sup>40</sup> La giurisprudenza di merito ha avuto già modo di pronunciarsi su questa norma citata nel testo ed in particolare sulla compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione che si richiede al lavoratore. In particolare tale giurisprudenza ha stabilito come condizione necessaria per avvalersi del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, la compatibilità della suddetta modalità con le caratteristiche della prestazione che si richiede al dipendente, rigettando conseguentemente la richiesta del lavoratore di potersi avvalere di siffatta modalità di prestazione del lavoro qualora egli svolga mansioni diversificate che, quanto meno in misura rilevante se non prevalente, necessitino la presenza fisica del dipendente. V., Trib. Mantova sez. lav., 26 giugno 2020, n.1054, in *DeJure Gfl*.

<sup>41</sup> V.: ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, n. 430/2020, p. 20.

<sup>42</sup> Sul punto v., Nota Ministero del Lavoro n. 2548 del 14 luglio 2021.

prestazione di lavoro in modalità agile può essere disposta sulla base di un accordo tra le parti del rapporto di lavoro. L'accordo individuale (sottoscritto tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore) sarà dunque necessario e non può essere sostituito da un accordo collettivo.

#### 6. *Le modalità di esecuzione della prestazione e l'esercizio del potere direttivo*

Con l'introduzione, in via legale del lavoro agile ad opera della l. 81/17, di una diversa modalità di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, l'elemento della direzione della prestazione lavorativa viene rimesso dall'art. 19, co. 1, alla regolazione delle parti mediante l'accordo di lavoro agile. Ciò non comporta la messa in discussione del potere direttivo del datore di lavoro nella modalità agile ma si assiste ad un restringimento dell'area di autodefinizione<sup>43</sup> del potere direttivo che, attraverso l'accordo individuale di lavoro agile, arriva ad una condivisione delle forme di esercizio di tale potere con il lavoratore per la parte di prestazione resa in modalità agile. Pertanto l'accordo di lavoro agile potrebbe avere ad oggetto soltanto il *modus* estrinseco di esercizio del potere direttivo, non la sua struttura o densità, collocandosi così la fattispecie normativa in piena continuità con il lavoro a domicilio o con il telelavoro<sup>44</sup>.

In altre parole l'accordo menzionato dall'art. 19 definisce unicamente le forme esplicative del potere direttivo<sup>45</sup>: la norma consentirebbe di intervenire sulle sole modalità per impartire le direttive datoriali quando la prestazione si svolge "all'esterno"<sup>46</sup>.

Naturalmente in assenza di un accordo individuale lavoratore-datore di lavoro, come previsto dalla normativa emergenziale, troverà applicazione la "normativa generale" per quanto riguarda il potere direttivo. Del resto l'accordo costitutivo del generale rapporto di lavoro subordinato comprende, in

<sup>43</sup> Cfr. CASILLO, *La subordinazione agile*, in *DLM*, 2017, I, p. 13-14.

<sup>44</sup> V.: CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit.

<sup>45</sup> Si veda PROIA, *L'accordo individuale*, cit., p. 177 ss.; CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *DLM*, 2017, p. 543.

<sup>46</sup> Tale opinione, che mette comprensibilmente l'accento sul potere quale situazione giuridica non consensuale non è unanime in dottrina: v. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - IT*, 2017, n. 341, pp. 13-16.

via necessaria<sup>47</sup>, quello sull'attribuzione al datore del potere di impartire al lavoratore le direttive e le modalità di adempimento dell'obbligazione, nei limiti della legge e della contrattazione collettiva. Al datore di lavoro vanno quindi riconosciuti tutti i classici poteri di etero-direzione connessi alla subordinazione, soprattutto se manca l'accordo individuale come nella fase emergenziale.

Come già emerso la disciplina del lavoro agile (anche nella sua versione emergenziale) non istituisce un nuovo tipo contrattuale, ma delinea una modalità di esecuzione del rapporto subordinato che incide sul solo contenuto del contratto, e non sulla sua causa. Pertanto, come è stato correttamente rilevato<sup>48</sup> la disciplina applicabile nel regime emergenziale riguardo a questioni quali il potere direttivo, sarà ricostruibile unicamente alla stregua delle norme legislative. In altri termini, l'effetto dei decreti emergenziali non è quello di sovvertire i fondamenti concettuali dell'istituto del lavoro agile, ma quello più circoscritto di semplificare e velocizzare sul piano formale l'avvio di tale modalità di esecuzione del rapporto in conformità alle esigenze dettate dalla eccezionale situazione esterna<sup>49</sup>.

Quindi le indicazioni fornite al lavoratore per l'esecuzione del contratto di lavoro nei locali aziendali ben possono valere anche per la fase esterna a tali locali; del resto l'"autonomia" del lavoratore agile nell'esecuzione della prestazione può costituire davvero una risorsa per le aziende più che un cedimento rispetto alle prerogative proprie del datore di lavoro. Si tratta di adeguare l'esercizio del potere direttivo alle concrete condizioni di lavoro nel bilanciamento tra esigenze datoriali (ed oggi esigenze di salute pubblica) definendo la sfera della legittima interferenza datoriale e coinvolgendo il lavoratore nella progettazione spazio/temporale della sua attività. In ogni caso "marginali (se non del tutto irrilevanti) dovrebbero divenire le direttive circa le modalità specifiche di esecuzione della prestazione in quanto rimesse all'autonomia ed alla responsabilità del lavoratore, limitandosi a disposizioni programmatiche e generali"<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, p. 91 ss.

<sup>48</sup> V., BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza* in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

<sup>49</sup> Cfr.: SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020.

<sup>50</sup> Così BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 60; CARINCI M.T., *Il lavoro agile*, in CARINCI

Da questo punto di vista il lavoro agile “emergenziale” si presenta come un ambito elettivo di sperimentazione di modalità di gestione dei rapporti di lavoro basate sulla fiducia e su particolari margini di autonomia del prestatore di lavoro<sup>51</sup>.

### 7. *Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e il potere di controllo*

Come già emerso, la disciplina del lavoro agile contenuta nell’art. 18, l. 81/17 individua tra gli elementi essenziali identificativi della fattispecie, il “possibile utilizzo di strumenti tecnologici”, intesi come strumenti “assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa”<sup>52</sup>. L’art. 21, co. 1, della stessa legge, inoltre, sancisce che l’accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all’esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall’art. 4 dello Statuto dei lavoratori sottolineando, da un lato, la centralità che riveste l’autonomia individuale nella l. 81/17 con riguardo all’esercizio del potere di controllo<sup>53</sup> e, dall’altro lato, enfatizzando l’accordo individuale come fonte costitutiva (e non regolativa) del potere di controllo datoriale<sup>54</sup>.

La modalità emergenziale e semplificata di ricorso al lavoro agile fa venire meno l’accordo individuale, ma non scalfisce la “vitalità” della disciplina dell’art. 4, l. 300/70 (e della disciplina della protezione dei dati personali) che rimane ferma per la fase di esecuzione del contratto di lavoro in modalità agile nel contesto pandemico<sup>55</sup>.

M.T., TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, p. 83 ss., p. 85.

<sup>51</sup> V.: PANDOLFO, *Smart working: Dalle criticità alle opportunità per il lavoro agile*, in *www.fiel-dfisher.com*, 2 marzo 2020. Sulla questione dell’inquadramento del rapporto di lavoro agile rispetto alle tradizionali categorie di lavoro autonomo e subordinato v. *infra*, par. 13.

<sup>52</sup> In tal senso: RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *NLCC*, 2018, I, 635; LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, 2019, I, 26 ss.

<sup>53</sup> Sul punto si veda: BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell’economia digitale*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber Amicorum*, Tomo II, Torino, 2018, p. 718 e ss.

<sup>54</sup> Cfr. LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, in *ADL*, 2020, p. 784.

<sup>55</sup> Del resto lo stesso art. 114, d. lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018,

La norma statutaria, così come modificata dall'art. 23, co. 1, d. lgs. 151/15<sup>56</sup>, vieta, infatti, l'uso di ogni strumento che consenta il controllo a distanza dei lavoratori, facendo limitate eccezioni per gli “strumenti di lavoro” e gli apparecchi il cui utilizzo sia stato autorizzato da un accordo sindacale o, in mancanza, da un provvedimento dell'Ispektorato del lavoro. Il Garante della *Privacy*<sup>57</sup> sottolinea che va inteso in modo rigoroso il vincolo finalistico alla prestazione lavorativa che, rispetto ai controlli mediante strumenti utilizzati appunto per rendere la prestazione, legittima l'esenzione dalla procedura concertativa o autorizzativa (art.4, co. 2, l. 300/70) prevedendo che “non sarebbe, ad esempio, legittimo fornire per lo *smart working* un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell'attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo”.

Nell'attuale contesto emergenziale, essendo concretamente venuta meno la possibilità di enfatizzare il ruolo dell'autonomia individuale, riacquista piena centralità la regolamentazione collettiva, ed in particolare l'accordo sindacale *ex art. 4, co. 1* come momento di verifica dei *software* installati negli strumenti di lavoro “assegnati” al lavoratore o, alla luce della disciplina emergenziale, comunque “nella disponibilità”<sup>58</sup> del lavoratore; ciò in quanto

n. 101, prevede che “Resta fermo quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300” e il successivo art. 115 stabilisce che “nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, del telelavoro e del lavoro agile il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale”. Tale sistema di rinvii reciproci comporta la necessità che il controllo datoriali rispetti, oltre a quanto previsto dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, i principi di “trasparenza”, “limitazione delle finalità” e “minimizzazione” del trattamento, in quanto reputati idonei a disciplinare le operazioni che il datore di lavoro che necessariamente compie sui dati personali dei lavoratori, nonché gli orientamenti del Garante delle *privacy*. Su tali aspetti v. FIATA, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazioni del risultato e privacy del lavoratore*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 101 ss.

<sup>56</sup> Per un ampio quadro delle posizioni esegetiche sul tema v. TULLINI, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017.

<sup>57</sup> Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro. *Commissione 11a (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica (13 maggio 2020)*.

<sup>58</sup> Si ricordi, infatti, che l'art. 90, co. 2 del decreto rilancio prevede che “La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro”. Va, in particolare, inteso in modo rigoroso il vincolo finalistico alla prestazione lavorativa che, rispetto ai controlli mediante strumenti utilizzati appunto per rendere la prestazione, legittima l'esenzione dalla

la modalità di svolgimento del lavoro agile richiede un controllo sul risultato della prestazione e sugli obiettivi misurabili (più che sull'esecuzione della prestazione lavorativa)<sup>59</sup>.

Si pensi a tutti quei meccanismi diventati, dopo l'emergenza Covid, di uso comune per chi opera in *smart working*: piattaforme di videoconferenze, controlli presenza al pc, *chat whatsapp* ecc.

Ad esempio per l'uso delle piattaforme di videoconferenze ragionevolmente serve l'accordo sindacale o l'autorizzazione, a meno che non sia dimostrato che tale mezzo utilizzato sia indispensabile ai fini della prestazione lavorativa<sup>60</sup>.

Anche l'utilizzo di meccanismi nel software aziendale che avvisa con un "semaforo" di colore verde, giallo o rosso sulla presenza davanti al pc e sul collegamento alla rete aziendale di un lavoratore, deve essere ragionevolmente autorizzato da un accordo sindacale o, in mancanza, da un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro<sup>61</sup>.

Per l'utilizzo delle *chat whatsapp*, invece, non appare necessario l'accordo aziendale né l'autorizzazione: pur trattandosi di uno strumento potenzialmente invasivo, non sembra esserci quella forma di "controllo a distanza" in grado di far scattare la "tagliola" dell'art. 4 dello Statuto<sup>62</sup>.

Ciò che sembra evidente, è che l'emergenza Covid pone, oggi più che

procedura concertativa o autorizzativa (art. 4, co. 2, l. 300/70). Non sarebbe, ad esempio, legittimo fornire per lo *smart working* un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell'attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo. Va inoltre assicurato – in modo più netto di quanto già previsto – anche quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale.

<sup>59</sup> Sul punto v. DESSI, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, ESI, 2017, p. 57; DELLA ROCCA, *Il lavoro digitale, il tempo e gli orari: la crisi del sistema degli orari standard*, in CIPRIANI, GRAMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, p. 251 ss.

<sup>60</sup> Sul fronte degli adempimenti della *privacy*, se la chiamata è registrata, dovrà essere presente un'informativa *privacy* e un *warning* che informa i partecipanti su questa circostanza. Sul punto v. *Newsletter* n. 241 del 10-23 gennaio 2005.

<sup>61</sup> Sul fronte della *privacy* bisognerà valutare la legittimità del trattamento, che non deve essere una forma di monitoraggio; una volta eseguita questa analisi, l'azienda dovrà fornire un'informativa *privacy* ed eseguire una valutazione di impatto.

<sup>62</sup> Sull'uso in generale delle piattaforme di videoconferenze, controlli presenza al pc, *chat whatsapp* come delineato nel testo v. FALASCA, MELIS, *Lo smart working della "fase 2" stretto tra privacy e controlli a distanza*, in *Il sole 24 ore*, 15 ottobre 2020.



mai, l'attenzione sugli strumenti di tutela offerti dal Regolamento UE 2016/679<sup>63</sup> ma anche sul coinvolgimento del sindacato all'interno della procedura regolata dall'art. 4, co. 1, dello Statuto dei lavoratori, nella consapevolezza che "la mediazione costituisce il filtro necessario per trovare, anche in queste nuove forme di organizzazione del lavoro, un ragionevole equilibrio tra esigenze di controllo datoriale e tutela della riservatezza del lavoratore"<sup>64</sup>.

#### 8. *Il potere disciplinare nel lavoro agile: l'individuazione delle condotte esterne sanzionabili*

La collocazione sistematica del lavoro agile all'interno della cornice dall'art. 2094 c.c. comporta l'applicazione di tutta la disciplina, procedurale e sostanziale sull'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori dipendenti e degli elementi costitutivi e dei limiti all'esercizio del potere disciplinare propri del lavoro subordinato tradizionale<sup>65</sup>. Nel lavoro agile quindi troveranno applicazioni sia le norme del codice civile che indicano quali presupposti sostanziali dell'esercizio del potere disciplinare la violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà, vincolando l'esercizio di detto potere al canone della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'infrazione sia l'art. 7 dello statuto dei lavoratori, gli artt. 55 ss., d.lgs. 165/01 e le disposizioni di natura disciplinare contenute nei contratti collettivi e nei regolamenti disciplinari ove esistenti.

Tale complesso normativo, infatti, è destinato a regolare l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro non solo riguardo alle prestazioni eseguite dal lavoratore agile all'interno dei locali aziendali, ma anche riguardo al lavoro svolto dal medesimo all'esterno.

Nel lavoro agile "fisiologico" l'art. 21, co. 2, l. 81/17 attribuisce all'accordo individuale di lavoro agile tra datore e lavoratore, l'individuazione delle

<sup>63</sup> V.: BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli*, cit., p. 725 e ss.

<sup>64</sup> V.: LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, cit.; ID., *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, I, Quaderni della rivista DLM, 2020, p. 430-431.

<sup>65</sup> V.: FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, p. 1 ss.

condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari<sup>66</sup>.

Nel lavoro agile “emergenziale”, invece, l'individuazione delle condotte esterne di rilievo disciplinare è rimessa, da un lato, al potere unilaterale di parte datoriale attraverso il regolamento disciplinare o, dall'altro lato alla stessa contrattazione collettiva. Tenendo conto della definizione e delle caratteristiche del lavoro agile, fin qui delineate, è possibile individuare alcune peculiarità rilevanti ai fini della ricostruzione degli obblighi connessi all'esecuzione all'esterno della prestazione.

È evidente che esse possono riguardare non tanto i luoghi di lavoro (peraltro “fisso” nello *smart working* collegato alla pandemia) ma piuttosto i tempi di lavoro<sup>67</sup> e soprattutto le modalità di esecuzione dello stesso.

A quest'ultimo aspetto, infatti, potrebbe essere collegato sia il tema degli strumenti tecnologici impiegati dal lavoratore, sia quello del cd. scarso rendimento.

Nel primo caso, e da un punto di vista sostanziale, lo svolgimento della prestazione lavorativa in locali diversi da quelli aziendali (quindi al di fuori del diretto controllo dei superiori gerarchici ed anche in ambienti, come quello domiciliare, non conformati e organizzati unicamente per scopi lavorativi, ma destinati alla vita familiare) richiede sicuramente al lavoratore una diligenza ulteriore sia per la custodia che la protezione di strumenti e dei dati. Del resto la violazione dei doveri di custodia degli strumenti tecnologici forniti (ma anche non forniti) dal datore e di riservatezza dei dati potrà essere contemplata quale condotta disciplinarmente rilevante nel contratto collettivo.

Nel secondo caso, alla luce della giurisprudenza che sembra aver ricondotto lo scarso rendimento al notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore tale da dar luogo la licenziamento disciplinare<sup>68</sup>, ed in una prospettiva di misurazione dell'adempimento in base ai risultati prodotti (e non in base all'orario o ai giorni di lavoro) si potrebbe consentire in sede

<sup>66</sup> PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 634, il quale sottolinea che all'accordo individuale non è attribuita alcuna efficacia derogatoria del codice disciplinare, ma solo una funzione di integrazione in riferimento alle condotte suscettibili di essere tenute al di fuori del luogo di lavoro.

<sup>67</sup> Su tale aspetto v. *infra* par. 9.

<sup>68</sup> Cfr., Cass 22 novembre 2016 n. 23735, in *D&G*, 23 novembre 2016, p. 5, con nota di CORRADO, *Giustificato motivo oggettivo: non sussiste se il recesso è colpa del dipendente*.

di contrattazione collettiva, rilievo disciplinare la mancato raggiungimento di obiettivi minimi individuati unilateralmente dal datore di lavoro.

### 9. Flessibilità e limiti dell'orario

Come emerso nel precedente paragrafo, molto rilevanti sono gli aspetti della flessibilità dell'orario da indagare su due fronti: quello della durata e quello della collocazione temporale.

Sul primo fronte la l. 81/17 prevede che nel lavoro agile, l'esecuzione della prestazione avvenga “senza precisi vincoli di orario” ed “entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” (art. 18 co. 1)<sup>69</sup>; tale norma, quindi, affronta la questione della gestione dell'orario di lavoro entro i limiti della durata massima; in tal modo per la prestazione agile rimane comunque fermo il massimale della durata, restando invece svincolata la fascia oraria di svolgimento della prestazione.

È evidente che la durata massima dell'orario di lavoro è comprensiva anche delle ore di straordinario, che costituiscono il tempo di lavoro prestato oltre l'orario normale. Pertanto il riferimento ai «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro» “include implicitamente l'applicazione del normale orario alla prestazione agile”<sup>70</sup>.

Tale impianto va oggi “calato” nel contesto emergenziale del lavoro agile “semplificato”, in cui il datore di lavoro improvvisamente privato della presenza “fisica” dei collaboratori ha una serie difficoltà nel quantificare” le ore che il dipendente effettivamente dedica al lavoro; per contro i dipendenti dichiarano (spesso) di aver “perduto la cognizione del tempo” lavorando ad oltranza ben oltre quello che sarebbe stato il loro “normale” orario di lavoro, probabilmente per l'incapacità di auto-organizzazione. Per cui la domanda nasce spontanea: nello *smart working* è possibile riconoscere e retribuire il lavoro straordinario?

Il problema del prolungamento dell'orario delle prestazioni dovuto (e per il quale si rischia anche il contenzioso) si è posto, infatti, nell'attuale si-

<sup>69</sup> L'art. 19, co. 1, l. 81/17 prevede inoltre che “l'accordo individuale individua i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche ed organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”.

<sup>70</sup> V.: VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile*, cit.

tuazione di emergenza sanitaria, i cui i lavoratori, per esempio, sono stati impegnati nella preparazione di attività a distanza che hanno richiesto, a volte, molto tempo. Su questo aspetto la dottrina, facendo leva sulla normativa del lavoro agile, esclude il diritto al riconoscimento dello straordinario “fatte salve le disposizioni in senso contrario della contrattazione collettiva”<sup>71</sup>.

La questione è stata affrontata dalla Circolare n. 2 del 1 aprile 2020 del Ministero per la Pubblica Amministrazione, la quale condivisibilmente sottolinea “che, fermo restando il divieto di discriminazione, istituti quali prestazioni eccedenti l’orario settimanale che diano luogo a riposi compensativi, prestazioni di lavoro straordinario, prestazioni di lavoro in turno notturno, festivo o feriale non lavorativo che determinino maggiorazioni retributive, brevi permessi o altri istituti che comportino la riduzione dell’orario giornaliero di lavoro appaiono difficilmente compatibili con la strutturazione del lavoro agile quale ordinaria modalità delle prestazione lavorativa” ritenendo “conforme a normativa che una PA non riconosca a chi si trova in modalità agile, ad esempio, prestazioni di lavoro straordinario”<sup>72</sup>.

In questa direzione si stanno muovendo gli accordi sindacali aziendali sottoscritti dopo l’inizio della pandemia<sup>73</sup>.

La stessa Circolare interviene anche sulla discussa questione dei buoni pasto<sup>74</sup> per i lavoratori in modalità agile. Problema (ampiamente dibattuto

<sup>71</sup> Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit. L’Autore sottolinea che in alcune aziende il lavoro straordinario a distanza è stato tuttavia riconosciuto dal datore di lavoro su basi convenzionali: per esempio, laddove il lavoro straordinario ha cadenze stagionali, come nei grandi studi commercialistici, in tempi di scadenze fiscali, e le prestazioni dei dipendenti sono state convertite rapidamente nella modalità a distanza, l’indennità di lavoro straordinario è stata riconosciuta, ma sperimentando forme di autocertificazione.

<sup>72</sup> Tale opinione è stata riportata anche nella FAQ “Lavoro agile e Covid-19” del Ministro per la Pubblica amministrazioni in cui si specifica che il principio per cui è conforme a normativa che la PA non riconosca prestazioni di lavoro straordinario e permessi al lavoratore in *smart working*, era già chiarito nella direttiva n. 3/2017 “secondo la quale ciascuna PA assume le determinazioni di competenza nell’esercizio dei propri poteri datoriali. Si ritiene che tale indicazione sia valida anche nel contesto emergenziale in atto, in cui il lavoro agile rappresenta l’ordinaria modalità di svolgimento della prestazione lavorativa”.

<sup>73</sup> V. *Accordo in tema di lavoro agile c.d. “smart working”* sottoscritto il 4 agosto 2020 tra ING Bank succursale Milano e le OO. SS. “In ragione della peculiarità della modalità della prestazione di lavoro agile e della flessibilità alla stessa connaturata, che consente ad esempio la fruizione di permessi di breve durata come da paragrafo precedente, non è previsto nelle giornate di lavoro agile lo svolgimento di prestazioni di lavoro straordinario e/o supplementare”.

<sup>74</sup> Le cui condizioni di erogazione sono regolate dal Decreto del Ministero dello sviluppo economico 7 giugno 2017 n. 122 in quale all’art. 4, co. 1, lett. c) prevede che i buoni pasto “sono

nel regime di lavoro agile “fisiologico” con riguardo al principio del trattamento economico e normativo paritario di cui all’art. 20, co. 1, l. 81/17 e sostanzialmente rinviato, in via di fatto, agli assetti negoziali collettivi o all’accordo individuale) che oggi si pone con maggiore evidenza a causa del ricorso massivo al lavoro agile “unilaterale”. La Circolare n. 2/2020 si è fatta carico di negare, come la recente giurisprudenza<sup>75</sup>, in linea di principio e in forma automatica il diritto, rinviando comunque alle determinazioni delle singole amministrazioni e relativo confronto con le organizzazioni sindacali; pertanto non è da escludere che qualche “accordo di riconoscimento” possa essere stato pure concluso<sup>76</sup>.

utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato, a tempo pieno o parziale, anche qualora l’orario di lavoro non prevede una pausa per il pasto, nonché dai soggetti che hanno instaurato con il cliente un rapporto di collaborazione anche non subordinato”.

<sup>75</sup> Trib. Venezia 8 luglio 2020, in *DE&G*, 19 agosto 2020. Per commenti della pronuncia cfr.: GIGLIO, *Il lavoro agile è incompatibile con i buoni pasto*, in *GL*, 33-34/2020, p. 24; ROSSI DORIA, *Ai dipendenti della pubblica amministrazione collocati in smart working non spettano i buoni pasto: la decisione del Tribunale di Venezia*, in *ilgiuslavorista.it*, 30 ottobre 2020; GRECO, *L’esclusione del diritto ai buoni pasto per i lavoratori in modalità agile nelle pubbliche amministrazioni*, nota a Trib. Venezia 8 luglio 2020, in *ADL*, 2020, p. 1532. Tale sentenza ha stabilito che il lavoro agile è incompatibile con la fruizione dei buoni pasto. Secondo il Giudice del Lavoro per la maturazione del buono pasto sostitutivo del servizio mensa è necessario che l’orario di lavoro sia organizzato con specifiche scadenze orarie e che il lavoratore consumi il pasto al di fuori dell’orario di servizio. Quando la prestazione di lavoro è resa in modalità di lavoro agile, questi presupposti non sussistono, proprio perché il lavoratore è libero di organizzare come meglio ritiene la prestazione sotto il profilo della collocazione temporale. Tale decisione richiama la Cass. 29 novembre 2019 n. 31137 che ha escluso la natura di elemento “normale” della retribuzione del buono pasto, trattandosi di un’“agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale”. Pertanto i buoni pasto non rientrano sic et simpliciter nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito in ogni caso al lavoratore in *smart working ex art. 20 l. n. 81/2017*. Essendo al momento, a quanto consta, l’unica pronuncia sul tema, sarà interessante verificare se l’orientamento in essa espresso sarà confermato o smentito da altri giudici.

<sup>76</sup> Con la risposta ad interpello n. 123 del 22 febbraio 2021 l’Agenzia delle Entrate chiarisce che il riconoscimento dei buoni pasto ai dipendenti che svolgono l’attività lavorativa in modalità di lavoro agile non concorre alla formazione del reddito di lavoro dipendente, ai sensi dell’articolo 51, comma 2, lettera c), del Testo unico delle imposte sui redditi (Tuir). La motivazione di tale regime fiscale di favore – si legge nel provvedimento dell’Agenzia che richiama la precedente risoluzione 118E/2006 – è ispirata dalla volontà del legislatore di detassare le erogazioni ai dipendenti che si ricollegano alla necessità del datore di lavoro di provvedere alle esigenze alimentari del personale che durante l’orario di lavoro deve consumare il pasto. L’Agenzia specifica, infine, che nei confronti dei lavoratori in *smart working* il datore di lavoro non è tenuto ad operare la ritenuta a titolo di acconto Irpef, prevista dall’art. 23 del d.P.R. n. 600/73, sul valore dei buoni pasto fino a euro 4, se cartacei, ovvero euro 8, se elettronici.

Con il ricorso al lavoro agile, quindi, si va inevitabilmente incontro a delle decurtazioni, come la perdita dei buoni pasto e degli straordinari ed anche a maggiori spese per le utenze, che però potrebbero essere compensati dalle minori uscite per trasporti e spostamenti. Per questo si sta facendo largo l'idea di introdurre un pacchetto welfare o un bonus spese per chi aderisce al lavoro agile<sup>77</sup>.

Tuttavia un cambiamento culturale di cui dovrebbe farsi interprete il legislatore è probabilmente collegato all'incentivazione della produttività individuale attraverso la valorizzazione del risultato della prestazione lavoro. Ciò consentirebbe al datore di lavoro di effettuare una valutazione della prestazione lavorativa e, al tempo stesso, un controllo sul risultato dell'attività. In questo senso il lavoro agile alimenta grandi aspettative. Le forme di retribuzione incentivante legate ai risultati sono sempre più importanti non solo nella composizione della struttura delle retribuzioni ma anche nell'orientare le collaborazioni lavorative verso fini aziendali.

#### 10. *Il diritto alla disconnessione: la l. 6 maggio 2021 n. 61*

La fluidità “spazio-temporale” rappresenta un punto di forza del lavoro agile ma, allo stesso tempo, anche quello di maggiore debolezza.

Risulta, infatti, estremamente sfumata la linea di demarcazione tra la sfera del tempo dedicata all'attività professionale e quella dedicata alla vita privata del lavoratore<sup>78</sup>. Frequentemente il tempo di riposo è parzialmente “invaso” dal lavoro; e spesso può accadere anche la situazione opposta, ovvero che il tempo di lavoro sia in parte “alterato” dallo svolgimento di attività personali del dipendente (come ad esempio l'invio di mail personali, l'utilizzo di social networks, l'utilizzo di piattaforme per lo shopping on line e, soprattutto nella fase emergenziale collegata alla pandemia, l'accudimento dei figli che svolgono la didattica a distanza ecc.).

<sup>77</sup> Così., AMATO, GINORI, GUERRERA, MASTROBUONI, *Arriva il bonus spese per chi lavora da casa*, in *La Repubblica*, 2 gennaio 2021. V., d.l. 25 maggio 2021, n. 73 “Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali” (cd. Decreto sostegni bis).

<sup>78</sup> Quando le due sfere del tempo di miscelano si parla di “*time porosity*”: v., GENIN, *Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity*, in *Int. Jour. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2016, 32, 3, pp. 280-300.

In un contesto dematerializzato è apparso dunque indispensabile al legislatore individuare un possibile argine allo sfioramento del tempo di lavoro a danno del tempo di riposo attraverso il riconoscimento ai lavoratori agili del diritto alla disconnessione<sup>79</sup> attraverso l'art. 19, l. 81/17. Tale norma affida all'accordo individuale, infatti, l'individuazione dei "tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". La dottrina, seppur con diversità di accenti ha sottolineato l'impalpabilità della disposizione appena citata e, conseguentemente, il rischio di ineffettività del diritto alla disconnessione<sup>80</sup>, la cui tutela viene negoziata a livello individuale (con incidenza della eventuale debolezza del lavoratore)<sup>81</sup>.

Successivamente all'entrata in vigore della l. 81/17, il diritto alla disconnessione è stato, invece, espressamente disciplinato, nel pubblico impiego, ad esempio dal ccnl relativo al personale del comparto Istruzione e Ricerca 2016/2018, firmato il 18 aprile 2018. Infatti, l'art. 22, co. 4, lett. c), del ccnl in questione rinvia alla contrattazione integrativa la definizione di "criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e familiare (diritto alla disconnessione)".

Il diritto alla disconnessione è stato poi regolamentato dal ccnl per i Quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali, rinnovato con accordo siglato a dicembre 2019. Nello specifico il ccnl ha disposto che l'utilizzo degli strumenti di lavoro deve avvenire nel rispetto della prestazione lavorativa, garantendo il diritto del lavoratore ai tempi di riposo giornaliero e settimanale, ai periodi di ferie e agli altri legittimi casi di assenza. Inoltre per garantire l'effettivo diritto alla disconnessione è stato statuito che il lavoratore possa disattivare i propri dispositivi di connessione per evitare la ricezione di comunicazioni aziendali oltre l'orario di lavoro o nei periodi di assenza legittimati.

<sup>79</sup> Anche per l'esame del diritto alla disconnessione in alcuni ordinamenti europei v.: FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 547 ss. Il primo Stato europeo ad aver cercato di disciplinare il diritto alla disconnessione è stata la Francia con la Loi n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016 (la cosiddetta *Loi Travail* o *El-Khomr*) che ha modificato l'art. 2242-8 del *Code du Travail*.

<sup>80</sup> V. per tutti, ALLAMPRESE, PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in RGL, 2017, I, p. 307 ss.

<sup>81</sup> V.: MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 95 e ss., il quale sottolinea anche l'astratta giustiziabilità della norma.

L'esperienza dello *smart working* emergenziale “senza accordo” ha consentito di mettere a nudo la questione della disconnessione destinata, indubbiamente, a restare centrale nel dibattito futuro.

Ora nel contesto della pandemia si è posto il problema se la normativa emergenziale abbia “sospeso” l'applicabilità del diritto alla disconnessione, che era un diritto demandato nel concreto dall'art. 19, co. 1, l. 81/17 proprio all'“accordo” tra datore di lavoro e lavoratore<sup>82</sup>. Evidentemente il diritto alla disconnessione “resiste e va oltre l'emergenza”. Resiste durante l'emergenza, attraverso il richiamo generale ai presidi di tutela fondamentali contenuto nell'art. 90, d.l. n. 34/20 (il quale fa riferimento al “rispetto dei principi dettati” dalla l. 81/17); ma la disconnessione non più affidata alla regolamentazione mediante accordo è ora rimessa al datore di lavoro che potrà definire in piena autonomia le modalità della disconnessione (la quale costituisce anche una misura preventiva per tutelare la personalità fisica e morale dello *smart worker*).

Ma per garantire il contraente debole e far sì che il diritto alla disconnessione vada “oltre l'emergenza” diventa in questo momento urgente, non solo un intervento del legislatore sul punto, ma una piena valorizzazione dell'autonomia collettiva come la sede più idonea per un opportuno bilanciamento tra attività lavorativa e riposo del lavoratore<sup>83</sup>, che costituisce specularmente il tassello contrapposto dell'esercizio del potere direttivo e di controllo, esercitati dal datore di lavoro<sup>84</sup>.

Sul piano legislativo si segnala la novità introdotta dall'art. 1, co. 1, l. 6 maggio 2021, n. 61 che, inserendo il co. 1-ter all'interno dell'art. 2, d.l. n. 30/21 (“Decreto Covid”), stabilisce che ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi

<sup>82</sup> Cfr.: MAIO, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 95.

<sup>83</sup> Si vedano, in tal senso, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit. p. 33 e DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e qualche nodo irrisolto*, in VERZARO (a cura di), *Il lavoro, agile nella disciplina collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, 2018, p. 2122 ss., p. 2223.

<sup>84</sup> In tal senso LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, cit. In generale in questo senso si è espressa anche la Commissione UE, evidenziando l'importanza del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e delle associazioni imprenditoriali per un equilibrato adattamento ai cambiamenti tecnologici, in particolar modo supportando il c.d. diritto alla disconnessione EUROPEAN COMMISSION, *Employment and Social Developments in Europe. Annual Review 2018*, 2018, p. 155.V.; RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in DRI, 2020, p. 682 ss.



nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati, precisando che "l'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi". Si ribadisce quindi la necessità di un accordo tra le parti del rapporto di lavoro le quali, potranno concordare eventuali periodi di reperibilità al di fuori del normale orario lavorativo. Tale misura non trova il limite di applicabilità fino al 30 giugno 2021 (come per accade, invece, per i co. 1, 1-bis, 2, 3, 5, 6 e 7 dell'art. 2 del d.l. 30/21).

Ciò rappresenta un passaggio fondamentale anche alla luce del fatto che l'impianto normativo sul versante della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro scelto dalla stessa l. 81/17 è indubbiamente "minimale"<sup>85</sup>, ed il principale mezzo di prevenzione dei cd rischi psicosociali resta, tra gli altri, lo strumento della disconnessione<sup>86</sup>.

## 11. *La problematica distinzione tra lavoro agile e telelavoro: cenni*

Misurare quanto il lavoro agile emergenziale somigli al telelavoro<sup>87</sup> probabilmente non rappresenta un'operazione destinata a restare centrale nel dibattito giuridico e sulla quale si dovrà concentrare l'attenzione della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale. Né, a parere di chi scrive, ci si deve ingegnare per far "retrocedere" lo *smart working* emergenziale a una forma del vecchio telelavoro; anche perché ciò significherebbe ignorare che il contesto economico-sociale e, soprattutto, tecnologico di riferimento è profondamente cambiato rispetto al passato. È evidente che la forza dram-

<sup>85</sup> Cfr.: FRATINI, *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 133.

<sup>86</sup> Cfr.: PELUSI, *Lavoro agile e covid-19: i rischi del telelavoro domiciliare emergenziale*, in *Quaderni della sicurezza Aifos*, 2020, p. 97.

<sup>87</sup> Sull'annosa questione della distinzione tra lavoro agile "fisiologico" e telelavoro v., MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), Milano, 2018, p. 461. Si vedano, sulla possibile assimilazione tra lavoro agile e telelavoro subordinato, le osservazioni di TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge*, cit., p. 22 ss.; PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, p. 2 ss. Sul telelavoro, per tutti, GAETA, PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.

matica della pandemia ha negato ai lavoratori del settore privato e pubblico (almeno nella prima fase del Covid 19) ogni possibilità di alternare la presenza in azienda<sup>88</sup>. Anzi è stato richiesto ai lavoratori di svolgere la prestazione esclusivamente dal proprio domicilio<sup>89</sup> (cd. home working) e per il tramite di quella “postazione fissa”<sup>90</sup> che era stata invece bandita dalla l. 81/17<sup>91</sup>. La “piegatura” impressa al lavoro agile “fisiologico” è intervenuta senza che vi fosse nemmeno il modo e, soprattutto, il tempo necessario per progettare una reale riorganizzazione delle attività e dei processi di produzione e lavoro<sup>92</sup>. Sta di fatto che il lavoro agile nella fase emergenziale spesso si è “appiattito”<sup>93</sup> sul telelavoro rendendo difficile distinguere il primo dal secondo.

## 12. Subordinazione e smart working

La disciplina del lavoro agile emergenziale, importante per gli aspetti applicativi dimostrati durante la pandemia, ripropone una discussione più ampia (e che esula dall’economia della presente indagine) relativa alla interazione della subordinazione con lo *smart working*<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> Nella definizione legale del lavoro agile è rilevabile la necessità di alternare attività interna ad attività esterna rispetto ai locali aziendali, mentre nel telelavoro l’attività è regolarmente esterna.

<sup>89</sup> Sottolinea i tratti di vicinanza tra *smart working* emergenziale e telelavoro domiciliare PELUSI, *op. cit.*, p. 95 e ss.

<sup>90</sup> Nel lavoro agile è rilevabile l’assenza di una postazione fissa, che pure non è di per sé sempre necessaria nel telelavoro; su tale aspetto v., tra gli altri, PERUZZI, *Sicurezza e agilità*, cit., p. 4 ad avviso del quale sarebbe superabile anzitutto «l’equivoco che il telelavoro presupponga una postazione fissa mentre il lavoro agile la variabilità del luogo di lavoro e la portabilità dello strumento informatico». Inoltre nel lavoro agile è rilevabile l’impiego solo eventuale delle tecnologie.

<sup>91</sup> Cfr. V. MAIO, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 89

<sup>92</sup> Si ricordi che il lavoro agile si caratterizza per l’adozione di “forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi” e proprio questo elemento segna una distanza rispetto al telelavoro in cui si delocalizza una prestazione di lavoro mantenendo però, di massima, la possibilità di etero-organizzare la prestazione del telelavoratore.

<sup>93</sup> Cfr., ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”- IT, n. 430/2020, p. 8.

<sup>94</sup> Per il dibattito sorto attorno alla l. 81/17 v.: SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato* cit.; 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, n. 341/2017; PROIA, *L’accordo individuale*, cit., p. 177 ss.

Quando cesserà il “grande esperimento” dello *smart working* emergenziale, che ha visto coinvolti milioni di lavoratori, ci troveremmo probabilmente di fronte ad una “stabilizzazione” dello *smart working* che porterà con sé un capovolgimento del normale assetto del rapporto di lavoro quanto all’organizzazione della collocazione del tempo di lavoro e del luogo di lavoro.

Il riferimento alla possibilità di organizzare il lavoro agile anche “per fasi, cicli ed obiettivi” da un lato, non esclude la natura subordinata del rapporto di lavoro e, dall’altro, conferma un percorso già avviato di “destandardizzazione” della disciplina<sup>95</sup>.

Tale destandardizzazione della disciplina è stata, anch’essa influenzata dall’emergenza: si pensi all’impiego di strumenti di lavoro di proprietà del lavoratore, alla vicenda della negazione dei buoni pasto fino ad arrivare all’accollo per i lavoratori dei costi della connessione internet.

Del resto ora non possiamo ignorare che quando il lavoro “subordinato non si svolge all’interno dell’impresa, ma nello stesso domicilio del lavoratore o nel luogo scelto da questo, è inevitabile che la disciplina dettata per “il lavoro nell’impresa” si rilevi inadeguata”<sup>96</sup>.

Di fronte a queste prospettive di cambiamento, il lavoro agile emergenziale ha posto ancora di più l’accento su alcune tendenze evolutive verso un lavoro subordinato sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro; verso una evoluzione della nozione di potere nell’ambito della teoria generale; verso una visione “procedurale” della subordinazione nell’ambito dello *smart working* caratterizzato da una notevole capacità proattiva del prestatore<sup>97</sup>.

Come autorevolmente evidenziato, si avverte l’esigenza di una disciplina che regoli in modo appropriato il “lavoro fuori dall’impresa”<sup>98</sup> individuando sia le nuove esigenze di tutela dei lavoratori sia i contenuti ed i limiti dei poteri del datore di lavoro.

Pertanto in tema di lavoro agile si potrebbe procedere ad un “ritocco selettivo” della l. 81/17<sup>99</sup>; ed al fine di evitare incertezze interpretative e ap-

<sup>95</sup> V., SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato, agile e telelavoro*, cit., p. 9.

<sup>96</sup> V.: PERSIANI, *Prologo*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 1.

<sup>97</sup> V.: PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, cit.

<sup>98</sup> V.: PERSIANI, *Prologo*, cit., p. 2.

<sup>99</sup> Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *L’esperimento emergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 242 e ss. In cui si ritiene che le direzioni che

plicative (come del resto è avvenuto nel caso delle collaborazioni coordinate) il legislatore potrebbe delegare all'autonomia contrattuale il compito di regolare alcuni aspetti specifici dell'istituto, individuando soluzioni più adeguate alla diversità delle concrete situazioni. Ciò soprattutto in riferimento all'individuazione delle mansioni e/o delle categorie di lavoratori per le quali lo *smart working* è tecnicamente possibile, all'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa del lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori, alle modalità attraverso le quali il lavoratore possa esercitare i propri diritti sindacali.

Del resto l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile<sup>100</sup>.

Inoltre gli evidenziati sviluppi in tema di *smart working* nella pubblica amministrazione aprono uno scenario in cui i contratti collettivi di comparto e di area probabilmente forniranno un quadro regolatorio importante; come del resto emerge anche del "Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale" firmato il 10 marzo 2021 da Governo e sindacati (Cgil, Cisl e Uil)<sup>101</sup>.

### 13. Conclusioni

La pandemia ha rappresentato per il lavoro agile, indubbiamente un preziosissimo "test di forza" e resilienza organizzativa. Le Pubbliche Amministrazioni e le aziende del settore privato che avevano già introdotto modelli di lavoro agile, si sono trovate avvantaggiate, ed hanno assorbito con maggiore facilità la discontinuità, ritrovandosi in molti casi sorprendentemente pronte.

a livello normativo potrebbero essere intraprese sono tre: previsione di incentivi economici; recupero della consensualità come tratto identitario dello *smart working* e introduzione di regole specifiche per i nuovi bisogni che sorgono dalla pratica dell'istituto.

<sup>100</sup> Cfr.: ZILIO GRANDI, PICUNIO, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 169 ss.; BENTIVOGLI, *Smart working e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 159 ss.

<sup>101</sup> In tale Patto si legge, tra l'altro, che "il confronto in sede di Aran sarà l'occasione per definire linee di intervento sul lavoro agile (*smartworking*) perché si eviti una iper-regolazione legislativa e vi sia più spazio per la contrattazione di adattare alle esigenze delle diverse funzioni queste nuove forme di lavoro che, laddove ben organizzate, hanno consentito la continuità di importanti servizi pubblici anche durante la fase pandemica".

In tali organizzazioni, infatti, molti lavoratori avevano già gli strumenti, le competenze e, soprattutto, la cultura per lavorare in modo efficace fuori del contesto aziendale.

Tutte quelle aziende e pubbliche amministrazioni che, viceversa, per resistenze culturali e organizzative avevano rifiutato questo cambiamento, si sono ritrovate tecnologicamente, culturalmente e managerialmente impreparate, scoprendosi fragili di fronte all'emergenza.

Ciò evidenzia che il “passaggio culturale” non può certo avvenire in tempi rapidi, come richiesto dall'emergenza, ma deve essere supportato da iniziative di formazione, di informazione e di accompagnamento dei lavoratori.

Da un punto di vista giuridico per cercare di raccogliere l'eredità del lavoro agile emergenziale, è necessario ripartire dalla disciplina “pre-pandemia” perché questa è destinata a ritornare la regola rispetto all'eccezione del periodo di emergenza.

La deroga al regime della consensualità, che traeva la sua giustificazione da finalità di ordine pubblico sanitario, non potrà riprodursi una volta terminata la fase emergenziale. Allora per mettersi al riparo da possibili condizionamenti della libera volontarietà del soggetto parte debole del rapporto di lavoro bisogna porre l'accento su quella funzione di riequilibrio dello squilibrio contrattuale che può svolgere la contrattazione collettiva.

Probabilmente l'unilateralità della fase emergenziale sta mettendo in luce che il lavoro agile presuppone il naturale dispiegarsi dei poteri datoriali i quali possono essere limitati dall'intervento eteronomo della legge e dell'autonomia collettiva (e non dal debole potere negoziale del lavoratore).

Da qui parte il tentativo di ricercare, tra le pieghe della l. 81/17 non il rinvio “perduto” alla regolamentazione collettiva del lavoro agile<sup>102</sup>, ma un possibile nuovo ruolo dell'autonomia collettiva che sappia far tesoro della esperienza emergenziale<sup>103</sup>.

Quest'ultima ha fatto comprendere, per esempio, la “bassa fattibilità” del lavoro agile in alcuni ambiti e, pertanto, si potrebbe delegare alla con-

<sup>102</sup> V.: RECCHIA, *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 380 ss.

<sup>103</sup> Nella prospettiva di un modello regolativo del lavoro agile con tutele “multilivello” “per la parte seriale negoziate a livello collettivo (specie di secondo livello) e, per quella della differenza soggettiva, rinviate all'autonomia individuale” si veda l'interessante contributo di BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in LG, 2020, p. 569.

trattazione collettiva l'individuazione del set di categorie di lavoratori e di mansioni per le quali il lavoro agile è tecnicamente possibile<sup>104</sup>.

Non è più rinviabile una regolamentazione compiuta, magari per il tramite della contrattazione collettiva del profilo formativo del lavoro agile e, alla luce dell'importante passo in avanti compiuto dal Decreto Covid, la previsione di regole di garanzia alla disconnessione che abbracci la tutela psicofisica della persona ed inserisca un quadro sanzionatorio in caso di inadempienze. Procedendo in questo modo e, come già auspicato attraverso un "ritocco selettivo"<sup>105</sup> alla l. 81/17, il lavoro agile emergenziale riuscirà a lasciare l'eredità di nuove garanzie per la persona che lavora "oltre l'emergenza" e metterà al riparo dai rischi di una pericolosa "polarizzazione" del mercato del lavoro.

<sup>104</sup> Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *L'esperimento emergenziale del lavoro agile*, cit., p. 245.

<sup>105</sup> Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *op. ult. cit.*, p. 242.

## Abstract

Il saggio esamina, alla luce della regolamentazione del lavoro agile “ordinario e/o fisiologico” di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81, la recente incentivazione del lavoro agile collegato alla pandemia, le prospettive collegate all'uscita dall'approccio emergenziale dell'istituto e le implicazioni di un possibile “lascito” delle norme emergenziali per una futura regolamentazione dell'istituto.

Ciò in uno scenario estremamente complesso che vede all'orizzonte diverse strade: un graduale “riassorbimento totale” del lavoro agile oppure un uso come forma “normale” di lavoro o, infine, un “modello di lavoro misto” tra “presenza e lavoro agile”. Il saggio, inoltre, evidenzia la necessità di raccogliere l'eredità del lavoro agile emergenziale attraverso un ritorno alla disciplina “pre-pandemia”, in quanto la deroga al regime della consensualità (che traeva la sua giustificazione da finalità di ordine pubblico sanitario) non potrà probabilmente riprodursi una volta terminata la fase emergenziale. Da qui parte il tentativo di ricercare un possibile nuovo ruolo dell'autonoma collettiva che sappia far tesoro della esperienza emergenziale.

The essay examines, in the light of the regulation of “ordinary and / or physiological” smart work pursuant to law no. 81, the recent incentive for smart work linked to the pandemic, the prospects related to the exit from the institution's emergency approach and the implications of a possible “legacy” of the emergency rules for future regulation of the institution.

This in an extremely complex scenario that sees different paths on the horizon: a gradual “total reabsorption” of smart work or use as a “normal” form of work or, finally, a “mixed work model” between “presence and smart work”. The essay also highlights the need to collect the legacy of emergency smart work through a return to the “pre-pandemic” discipline, as the derogation from the consensual regime (which drew its justification from public health order) does not it will probably reproduce once the emergency phase is over. Hence the attempt to seek a possible new role for the autonomous collective that knows how to treasure the emergency experience.

## Keywords

Lavoro agile, disciplina emergenziale, autonomia individuale, autonomia collettiva, diritto alla disconnessione.

Smart work, emergency discipline, individual autonomy, collective autonomy, right to disconnect.

