

Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia

di Raffaele Galardi – Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Pisa

ABSTRACT: In the essay, the author examines the peculiar features of remote work before and during the Sars Covid-19 related legislation. Taking into account case law and collective bargaining, the author wonders about the appropriateness of a new regulation of remote work.

SOMMARIO: 1. Pandemia e lavoro agile. – 2. La (non) disciplina del lavoro agile pandemico. – 3. La giurisprudenza ed il diritto al lavoro agile. – 4. Alcune recenti esperienze di contrattazione collettiva. – 5. Cosa succederà nella fase post-pandemica?

1. Pandemia e lavoro agile

Ostaggi della ulteriore ondata pandemica, la somministrazione dei vaccini ci lascia intravedere, pur tra qualche nube, un barlume di luce in fondo al tunnel.

Il futuro che dobbiamo augurarci roseo dovrà tener conto di alcune esperienze pandemiche. È opinione ormai comune, infatti, che i tragici mesi vissuti abbiano consentito una profonda accelerazione di alcuni processi di trasformazione (sociale, organizzativa, giuridica ed economica) che all'inizio dello scorso anno potevano al più dirsi in fase embrionale.

· Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

È questo il caso del lavoro agile che fino all'inizio della pandemia era sicuramente un istituto con una diffusione minima e circoscritta alle grandi aziende¹. Da marzo 2020, invece, il lavoro agile è divenuto uno strumento ordinario di svolgimento della prestazione di lavoro garantendo, nonostante le varie ondate di contagio, il distanziamento sociale, la riduzione della mobilità individuale, la continuità delle attività produttive nel settore privato e quella dell'azione amministrativa nel settore pubblico².

Una recentissima indagine della Banca d'Italia³ consente di fornire i primi dati aggregati sul suo utilizzo. Nel lavoro privato si stima che esso sia passato da un percentuale di utilizzo del 1,5% nel 2019 ad oltre il 14% nel secondo trimestre del 2020⁴, con il numero di lavoratori agili che è passato da 200.000 unità a 1,8 milioni 2020⁵. Le imprese che utilizzano il lavoro agile sono aumentate dal 28,7% nel 2019 all'82,3% nel 2020. Nel settore pubblico, durante la pandemia, la percentuale dei lavoratori che ha svolto da casa le proprie mansioni per almeno un giorno alla settimana si attesta in media al 33%, a fronte di percentuali irrisorie negli anni precedenti.

Questo enorme esperimento sul campo deve essere analizzato da diverse angolazioni. La più immediata concerne la regolazione. La disciplina dettata per la fase pandemica è, infatti, espressamente derogatoria rispetto alle discipline vigenti e pertanto l'analisi si concentrerà, innanzitutto, sulla individuazione delle differenze tra l'esperienza emergenziale e la disciplina generale del lavoro agile.

Il perdurare della emergenza sanitaria, poi, impone di far tesoro dei preziosi risultati applicativi della sperimentazione del lavoro agile, che un po' provocatoriamente possiamo definire un *laboratorio*.

¹ Ricorrente è l'etichetta di «istituto nicchia». Tra i primi, B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, 2, 220; di recente M. BROLLO, *Come è cambiato il modo di lavorare. La metamorfosi dello smart working*, in *Messaggero Veneto* del 31 dicembre 2020. Sulle ragioni del mancato ricorso al lavoro da remoto, D. DE MASI, *La filosofica del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, 19 ss.

² Simbolica da questo punto di vista l'indicazione contenuta nel d.p.c.m. del 22 marzo 2020, il quale, pur disponendo la sospensione di tutte le attività produttive, industriali e commerciali non essenziali, ha consentito esplicitamente la possibilità di proseguire l'attività di tutte le imprese attraverso il lavoro a distanza.

³ BANCA D'ITALIA, *Il lavoro da remoto durante la pandemia*, 22 gennaio 2021, scaricato dal sito istituzionale www.bancaditalia.it.

⁴ Con punte più elevate nel comparto dell'informazione e consultazione (58,6%) ed in quello delle attività finanziarie ed assicurative (51,1%).

⁵ La diffusione del lavoro agile per le lavoratrici è stata maggiore (+1,5%) rispetto a quello dei lavoratori. È stato segnalato anche aumento del ricorso al lavoro agile per i lavoratori non laureati.

Ci concentreremo sui principali nodi problematici emersi e sulle più recenti esperienze della contrattazione collettiva. I frutti di tale analisi consentiranno di valutare (*rectius* rivalutare) la disciplina generale sul lavoro agile.

2. La (non) disciplina del lavoro agile pandemico

Muovendo dall'analisi della disciplina, con una battuta si può affermare che quella del lavoro agile pandemico è una non-disciplina.

Con la celebre lunga sequenza di provvedimenti⁶, infatti, il Governo, il Parlamento ed il Presidente del consiglio dei Ministri hanno incentivato il ricorso al lavoro agile *disattivando* le previsioni legali generali nel loro nucleo essenziale.

Nella primissima fase pandemica, e con riferimento al lavoro privato, è stata riconosciuta la possibilità di predisporre «modalità di lavoro agile, anche *in deroga* alla disciplina vigente» (art. 1, comma 2, lett. ff), d.l. n. 19/2020, conv. con modificazioni con la l. n. 35/2020). Nel lavoro pubblico, invece, il lavoro agile è stato qualificato come modalità normale di svolgimento della prestazione lavorativa, prescindendo «dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81» (art. 87, comma 1, d.l. n. 18/2020, conv. con modificazioni con la l. n. 27/2020, di seguito “Decreto Cura Italia”).

Con l'incalzare della pandemia, e quindi con l'aumento del ricorso al lavoro agile, è minimamente mutata la tecnica normativa ed è stata prevista, nel lavoro privato, una timida integrazione regolativa con la l. n. 81/2017. Secondo l'art. 90, comma 4, del d.l. n. 34/2020 (conv. con modificazioni con la l. n. 77/2020, di seguito “Decreto Rilancio”) il ricorso al lavoro agile deve avvenire «nel rispetto dei principi dettati» nella disciplina generale ma «anche in assenza degli

⁶ Vi è un'apposita sezione del sito www.governo.it nella quale sono elencati tutti gli atti normativi dell'emergenza. Al momento in cui si scrive vi sono diciotto d.p.c.m. e tredici d.l. convertiti che non sono più efficaci. Sono invece vigenti un'ordinanza del Ministero della Salute (del 30 gennaio 2020), una Delibera del Consiglio dei Ministri (del 31 gennaio 2020), cinque d.p.c.m. e sedici d.l., alcuni dei quali non sono ancora stati convertiti.

accordi individuali»⁷. La disciplina descritta è vigente fino alla data di cessazione dell'emergenza epidemiologica che, in questo momento, è il 30 aprile 2021⁸.

Per il lavoro pubblico, invece, l'art. 263, comma 1, del Decreto Rilancio ha previsto l'applicazione del lavoro agile – sempre prescindendo dall'accordo individuale – nella misura del 50 per cento del personale impiegato. Secondo il decreto ministeriale attuativo della previsione legale (Decr. Min. PA, 19 ottobre 2020) il lavoro agile è «una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa» e non è richiesto l'accordo individuale di cui alla disciplina generale (art. 1). L'efficacia temporale del decreto, originariamente prevista per il 31 dicembre 2020, è stata prorogata, al momento, fino al 30 aprile 2021 (D.M. 20 gennaio 2021).

Il *patchwork* delle norme giuridiche rilevanti consente agevolmente di misurare la profonda distanza tra il modello pandemico ed il lavoro agile generale⁹.

⁷ È stato poi previsto l'assolvimento in forma telematica degli obblighi di informativa previsti dall'art. 22 dalla l. n. 81/2017.

⁸ Art. 1, d.l. n. 2/2021.

⁹ La bibliografia è sterminata. Senza pretesa di esaustività, e con riferimento ad entrambi i modelli: P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, *WP D'Antona*, It., 2020, n. 430/2020; C. ALESSI, M.L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 131 ss.; M. BIASI, *Brevi spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, 2021, in corso di pubblicazione in *LPO* e condiviso nel gruppo delle Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi; M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 6, 553 ss.; EAD., *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in V. FILI (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro, Le sfide per le relazioni industriali*, in AA.VV., *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica, Contributo sulla nuova questione sociale*, Modena, 2020, 167 ss.; M.T. CARINCI, *Il lavoro agile*, in M.T. CARINCI, A. TURSÌ (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, 83 ss.; B. CARUSO, op. cit., 215 ss.; E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile*², Modena, 2020; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *RIDL*, 2020, 1, III, 3 ss. M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, 3, 616 ss.; tutti i contributi di M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit.; A. PILEGGI (a cura di), *Il Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020; R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pisa, 2021, 72 ss.; A. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP D'Antona*, It., n. 419/2020; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni*, in *WP D'Antona*, It., n. 421/2020. Sul modello generale: S. CAIROLI, *Tempi e luogo di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli, 2020; D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Modena, 2018, 345 ss.; A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018; A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 165 ss.; G. RICCI, *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *NLCC*, 2018, 3 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *WP D'Antona*, It., n. 327/2017; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, I, 254 ss.; ID. (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 461 ss.

Come noto, l'architave su cui poggia quest'ultimo è l'accordo tra datore e lavoratore. All'accordo è rimessa la regolazione dell'esecuzione della prestazione di lavoro agile, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo (art. 19, comma 1, l. n. 81/2017), del potere di controllo e del potere disciplinare quanto meno nella forma di individuazione di condotte disciplinarmente rilevanti (art. 21 l. n. 81/2017). L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art. 19 l. n. 81/2017). Con l'accordo, infine, può essere regolato il diritto all'apprendimento (art. 20, comma 2, l. n. 81/2017).

Il tratto caratterizzante il lavoro agile pandemico risiede nella possibile unilateralità della sua disposizione. L'unilateralità è stata autorizzata dai provvedimenti normativi della fase emergenziale ed è agevolmente giustificabile in ragione delle finalità di tutela della salute collettiva ed individuale che sono state perseguite con la regolazione dell'emergenza¹⁰. La unilateralità del lavoro agile ha soddisfatto altresì la continuità dell'attività di impresa e quella della pubblica amministrazione.

Queste diverse finalità perseguite segnano un ulteriore profilo di differenziazione tra il lavoro agile pandemico e quello generale che, invece, è stato regolato «allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017).

In ragione delle diverse finalità perseguite con i due istituti, possiamo individuare il terzo profilo rilevante di differenziazione che attiene al luogo di svolgimento della prestazione di lavoro agile. Durante la pandemia il luogo era (ed è) fisso e coincide in linea tendenziale con il domicilio del lavoratore. Al contrario, nel modello generale del 2017, la prestazione di lavoro agile è nomade potendo essa venire eseguita «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017)¹¹. Proprio quest'ultima differenza potrebbe addirittura condurre a dubitare della corretta qualificazione dell'esperienza pandemica come lavoro agile. Quella pandemica, infatti, non è una prestazione *agile* (alternativamente interna ed esterna) ma è una prestazione esterna e fissa. Sotto questo profilo, l'attuale esperienza è prossima al

¹⁰ P. ALBI, op. cit., 15 richiama l'«ordine pubblico sanitario» e cita B. CARUSO, op. cit., 232 che ha evocato pure l'«ordine pubblico economico».

¹¹ Il linguaggio legislativo è più perentorio: secondo l'art. 18, la prestazione «viene eseguita» in parte all'interno ed in parte all'esterno.

telelavoro e cioè ad un lavoro stabilmente collocato «al di fuori della sede di lavoro»¹². Venendo svolta stabilmente dal domicilio del lavoratore, la prestazione potrebbe essere ricondotta al telelavoro a domicilio. Addirittura, tanti lavoratori – privati e pubblici – durante la fase pandemica hanno svolto la loro attività lavorativa dalle loro case ed utilizzando strumenti lavorativi (personal computer, cellulari e simili) nella loro disponibilità. In queste ipotesi l’esperienza pandemica si avvicina addirittura al modello «arcaico» di lavoro a distanza, e cioè al lavoro a domicilio *tout court*¹³.

Le diverse possibili etichette potrebbero ingenerare confusione e forse non è utile indugiare su tale profilo. Del resto, in uno scritto sempre attuale in materia si è avvertito che «*omnis definitio periculosa est*»¹⁴. Riteniamo che sia opportuno far tesoro di tale *caveat*, attestandoci, quanto meno in fase di qualificazione, alla chiara volontà legislativa di utilizzare la formula *lavoro agile*.

3. La giurisprudenza ed il diritto al lavoro agile

La riflessione non può limitarsi a registrare le sole differenze tra i modelli ma deve altresì tener conto del principale¹⁵ nodo interpretativo che l’esperienza pandemica ha proposto e che riguarda la sussistenza di un diritto del lavoratore al lavoro agile (pandemico).

¹² Art. 1 D.P.R. n. 70/1999. Sostanzialmente analoga è la previsione dell’Accordo interconfederale del 9 giugno 2004, di recepimento dell’Accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002. Ai sensi dell’art. 1, infatti: «il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell’informazione nell’ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l’attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell’impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa». Sul telelavoro L. GAETA, P. PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; più di recente, L. GAETA, voce *Telelavoro*, in *Enc. Treccani, Diritto on line*, 2015; V. MAIO, *Il telelavoro*, in AA.VV., *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, 777 ss.

¹³ Analogamente v. C. PISANI, *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *Glav*, 2020, 33-34, 20; S. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; C. DI CARLUCCIO, op. cit., 5. Sul lavoro a domicilio M. De CRISTOFARO, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1976; L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993; L. NOGLER, *Il lavoro a domicilio. Art. 2128 c.c.*, in *Comm Sch*, 2000.

¹⁴ L. NOGLER, op. cit., p. 521.

¹⁵ Nella prima fase dell’esperienza pandemica sono emersi dei possibili profili problematici che poi però l’evoluzione successiva ha sostanzialmente assorbito. Uno di questi atteneva alla disponibilità di strumenti adeguati a svolgere la prestazione di lavoro agile nel domicilio del lavoratore (su cui, v., da subito, I. ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell’emergenza COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 8 aprile 2020). La normativa emergenziale ha espressamente ammesso la possibilità di utilizzare strumenti informatici nella disponibilità del dipendente (art. 90, comma 3, del Decreto Rilancio). Forse tale possibilità si poteva trarre anche dalla normativa generale della l. n. 81/2017 la quale non esclude che la strumentazione tecnologica sia nella disponibilità del lavoratore. Con l’incedere della pandemia e con l’implementazione di misure organizzative interne, in linea di massima i datori

Le descritte evoluzioni normative consentono agevolmente di fornire una risposta negativa alla questione: si deve infatti escludere che esista un diritto soggettivo del lavoratore al lavoro agile pandemico. Questo è indirettamente confermato dal rilievo secondo cui il legislatore ha evocato il *diritto* al lavoro agile solo per alcuni gruppi di lavoratori. Si tratta dei lavoratori disabili *ex l. n. 104/1992* o di coloro che li assistono¹⁶, dei genitori di figli minori di 14 anni¹⁷ e dei cd. lavoratori fragili¹⁸.

Tuttavia, ad onta della qualificazione in termini di diritto, la tecnica normativa utilizzata induce ad escludere che si tratti di un diritto soggettivo perfetto: il diritto al lavoro agile spetta solo se tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa. Si tratta quindi di

hanno fornito ai propri dipendenti la strumentazione tecnologica necessaria per svolgere la prestazione agile. A livello generale è – e resta – onere del datore di lavoro fornire gli strumenti per svolgere la prestazione lavorativa. Sul datore poi grava la responsabilità per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti di lavoro (art. 18, comma 2, l. n. 81/2017). Un'ulteriore questione che ha avuto una piccola eco in giurisprudenza è quella relativa al diritto del lavoratore agile pandemico all'erogazione del buono pasto. Tale questione potrebbe intercettare la più generale regola prevista dall'art. 20, comma 1, l. n. 81/2017, secondo cui il lavoratore agile «ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs n. 81/2015, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda». Pare più corretto escludere la rilevanza di tale previsione per il buono pasto. Ferma la volontà contraria ed espressa dell'autonomia collettiva e individuale, il buono pasto non è un elemento della retribuzione ma è un'agevolazione assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso di occasionalità (v., ad es., Cass., 6 luglio 2015, n. 13841, in www.ilgiuslavorista.it, del 26 ottobre 2015; Cass., 28 luglio 2020, n. 16135, che ha ribadito il potere di revoca unilaterale da parte del datore di lavoro) ed è un beneficio che sostituisce il servizio mensa aziendale; dunque, il buono pasto è necessariamente connesso allo svolgimento dell'attività nel luogo di lavoro e mal si attaglia allo svolgimento del lavoro dal domicilio del lavoratore (in dottrina, v. le condivisibili conclusioni di P. ALBI, op. cit., 20, in giurisprudenza, Trib. Venezia, 8 luglio 2000, decr., in www.rivistalabor.it, 17 luglio 2020, con nota di L. BUSICO).

¹⁶ Artt. 39, comma 1, del Decreto Cura Italia; art. 21-*ter* d.l. n. 104/2020, conv. con modificazione con la l. n. 126/2020.

¹⁷ Per i genitori di figli minori di quattordici anni è stata però prevista la ulteriore 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 (art. 90, comma 1, del Decreto Rilancio). Sono state emanate poi previsioni che consentono il diritto al lavoro agile per i genitori di figli posti in quarantena obbligatoria (art. 21-*bis*, d.l. n. 104/2020, conv. con modificazioni con la l. n. 126/2020; v. già art. 5, d.l. n. 111/2020, ora abrogato). Probabilmente un diritto al lavoro agile può farsi discendere anche dalle previsioni stratificatesi sul diritto dei genitori al congedo straordinario nel caso di sospensione dell'attività didattica in presenza delle scuole secondarie di primo grado (l'ultima previsione risulta essere l'art. 22-*bis*, d. n. 137/2020 conv. con la l. 176/2020). Il congedo straordinario, infatti, può essere richiesto solo ove non sia possibile il ricorso al lavoro agile.

¹⁸ Si tratta dei 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» (art. 90, comma 1, del Decreto Rilancio). V., poi, le tutele riconosciute ai lavoratori immunodepressi ed ai familiari conviventi di persone immunodepresse (Art. 39, comma 2-*bis*, del Decreto Cura Italia). L'art. 39, comma 2, del Decreto Cura Italia ha riconosciuto una priorità all'accoglimento delle richieste di svolgimento della prestazione in modalità agile è stata poi riconosciuta in favore dei lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa. In generale sul tema dei lavoratori in condizioni di fragilità durante la pandemia, v. M.D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP D'Antona*, It., n. 426/2020.

un'aspettativa di diritto: l'interesse protetto è subordinato all'avvenimento incerto della compatibilità della modalità agile con la prestazione lavorativa. Sulla verifica di tale compatibilità, vi sono state alcune pronunce giurisprudenziali¹⁹.

In una delle prime in ordine di tempo è stato riconosciuto il diritto al lavoro agile di un impiegato addetto all'assistenza legale (in cd. *back office*) affetto da una seria patologia polmonare invalidante²⁰. Il lavoratore, in questo caso, non rientrava nell'ambito di applicazione delle previsioni sopra richiamate e attributive dell'aspettativa di diritto, ma aveva una «priorità» all'accoglimento della richiesta in quanto affetto da una grave patologia «con ridotta capacità lavorativa» (art. 39, comma 2, d.l. n. 18/2020, cit.). L'accoglimento della domanda è stato agevolato dal comportamento complessivo del datore di lavoro il quale – eravamo nella prima fase della pandemia, con confinamento generalizzato – aveva concesso ai colleghi del lavoratore il ricorso al lavoro agile ed aveva invece prospettato al lavoratore la possibilità di fruire anticipatamente di ferie non godute o una sospensione non retribuita dal lavoro.

La seconda pronuncia²¹, coeva, ha riconosciuto il diritto al lavoro agile di una lavoratrice (impiegata), invalida al 60% e convivente con figlia disabile *ex lege* 104/1992. In tal caso, la lavoratrice rientrava pienamente tra le previsioni attributive della situazione di vantaggio ed il Giudice ha ritenuto la prestazione agile compatibile con le caratteristiche della prestazione. L'accertamento della compatibilità da parte del Giudice è stato fondato sui mezzi usati per svolgere la prestazione (telefono e strumenti informatici) e sull'adibizione al lavoro agile di alcuni colleghi della lavoratrice richiedente.

Interessante è poi un'ordinanza del Tribunale di Roma²², relativa al diritto al lavoro agile (poi effettivamente accertato) di una operatrice socio-sanitaria convivente con figlio e madre disabili *ex lege* 104/1992. Alla lavoratrice era stata temporaneamente assegnata una nuova sede di lavoro (ad oltre 30 Km dal luogo di residenza), nel quadro di *task force* datoriale (un'ASL) finalizzata a svolgere indagini epidemiologiche e attività di sorveglianza e diffusione del virus Covid-19. La richiesta di lavoro agile era stata rigettata dal datore in ragione della presunta incompatibilità della

¹⁹ Un'attenta ricostruzione è stata fatta da S. D'ASCOLA, *Il lavoro a distanza nell'emergenza: osservazioni a margine dei provvedimenti giudiziari*, in O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pisa, 2021, 97 ss.

²⁰ Trib. Grosseto, 23 aprile 2020 (ord.), in *Labor*, 2020, 4, 531 ss., con nota di A. ZILLI; in *LG*, 2020, 12, 1193, con nota di L. VALENTE.

²¹ Trib. Bologna, 23 aprile 2020 (decr.), in *Labor*, 2020, 4, 531 ss., con nota di A. ZILLI; in *LG*, 2020, 12, 1193, con nota di L. VALENTE.

²² Trib. Roma, 23 giugno 2020 (ord.), reperita sul sito <https://olympus.uniurb.it>.

modalità agile con le caratteristiche della prestazione. Il Giudice in realtà ha accertato che le mansioni che venivano richieste alla lavoratrice (assicurazione della reperibilità ed eventuali visite per indagini epidemiologiche presso le strutture socio-sanitarie e residenziali) non erano concretamente incompatibili con il lavoro agile.

In un'altra vicenda, invece, è stata rigettata la domanda di un lavoratore a seguito dell'accertamento della incompatibilità della prestazione agile con le caratteristiche della prestazione²³. In particolare, il Giudice ha accertato che le mansioni del lavoratore dipendente da una società che gestisce parcheggi imponessero necessariamente la presenza fisica nel luogo di lavoro (incontro con i referenti tecnici dei vari parcheggi, supporto alla gestione della sicurezza sul lavoro) (incontro con i referenti tecnici dei vari parcheggi, supporto alla gestione della sicurezza sul lavoro)²⁴. La pronuncia si apprezza per la attenta analisi delle caratteristiche concrete della prestazione controversa anche se non è immune da censure per la esclusione della riconducibilità del caso controverso alla fattispecie di cui all'art. 90, comma 1, del Decreto Rilancio. Nella parte finale, infatti, sembra che il Giudice abbia ritenuto inapplicabile la previsione legale – pur accudendo il lavoratore una figlia minore di 14 anni – perché nel nucleo familiare vi era anche la moglie del lavoratore che svolgeva la propria attività lavorativa in modalità agile dal domicilio. Tale condizione non è prevista dall'art. 90 che invece richiama la ben diversa condizione che vi sia un altro genitore che *non* lavora («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»).

²³ Trib. Mantova, 26 giugno 2020 (ord.), reperita sul sito <https://olympus.uniurb.it>. Più di recente v. anche Trib. Ragusa, 1 ottobre 2020 (ord), citata da M. BIASI, op. cit., 12. La pronuncia (tratta dall'archivio giurisprudenziale www.giustizia.toscana.it) in realtà si riferisce ad un caso in cui il lavoratore richiedente non era in possesso dei requisiti legali previsti dall'art. 90, comma 1, d.l. n. 34/2020, cit. Vi era infatti una valutazione del medico competente che escludeva la situazione di maggiore rischiosità del lavoro in presenza.

²⁴ Si riproduce il passaggio rilevante della ordinanza: «visite presso i parcheggi per incontrare i referenti tecnici dei committenti al fine di condividere lo stato delle attività in essere, lo stato manutentivo o eventuali integrazioni o modifiche richieste/sopravvenute; supporto/collaborazione alla gestione della salute e sicurezza aziendale; è Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza, compie verifiche sulla sicurezza nei parcheggi, riferendone l'esito alla direzione operativa e ai responsabili della sicurezza, nonché si occupa della gestione della salute e sicurezza aziendale finanche nella fase di progettazione di nuovi parcheggi; in sopralluoghi, valorizzazione e salvaguardia dei beni tangibili aziendali incluso il processo manutentivo di legge e verifica fattibilità concreta di interventi da parte di esterni con occupazione di aree aziendali; E' altresì contestato che il dipendente svolge tutta una serie di attività ulteriori, straordinarie e non prevedibili in quanto connesse a possibili emergenze e da gestire quotidianamente con il confronto di altre figure professionali, attività che possono richiedere la presenza fisica dell'addetto, per il futuro e nell'immediatezza. La società resistente ha altresì allegato come le trasferte costituiscano parte integrante della normale settimana lavorativa del ricorrente anche per i periodici sopralluoghi da effettuare nelle varie sedi. Si tratta dunque di mansioni diversificate che, all'esame necessariamente sommario della presente fase, risultano caratterizzarsi – quanto meno in misura rilevante se non prevalente – per la necessità della presenza fisica del dipendente».

Si segnala infine una recentissima pronuncia²⁵ che nel riconoscere il diritto al lavoro agile ad una lavoratrice che assiste un familiare disabile *ex lege* 104/1992 pare spostare il giudizio di compatibilità del lavoro agile da un piano concreto ad un piano più generale ed astratto.

Nella vicenda concreta, una dipendente con mansioni eminentemente intellettuali era stata assente a lungo dal lavoro (malattia, congedo straordinario ex art. 33 l. n. 104/1992, aspettativa non retribuita per malattia) e, in un periodo di sospensione del rapporto per malattia e per evitare lo spirare del contratto, ha fatto richiesta di lavoro agile perché assisteva un familiare disabile.

Il datore, che pure in contesto pandemico ha fatto massiccio ricorso al lavoro agile, ha rigettato la domanda perché la lavoratrice, in quanto assente, non aveva mai svolto le mansioni assegnatele dal datore, non era «mai stata formata, anche in materia di sicurezza, né ha mai fatto attività di affiancamento per le nuove funzioni», non era «in possesso di strumenti informatici aziendali che sono indispensabili, per policy aziendale, per lo svolgimento di attività lavorative in modalità agile».

Il Giudice invece ha riconosciuto il diritto al lavoro agile muovendo dalla valutazione secondo cui le mansioni (che erano state assegnate alla lavoratrice durante l'assenza e che in concreto non aveva mai svolto) «comportano pacificamente lo svolgimento di mansioni di natura intellettuale [...] che ben si prestano ad essere svolte in modalità agile. [...] Nè può fondatamente sostenersi che “l'assenza di qualsiasi prestazione da parte della ricorrente anche a tutt'oggi non consente di assegnare la medesima ad una non meglio precisata attività lavorativa in modalità agile”, richiedendo la norma invocata unicamente la compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione che, trattandosi nel caso di specie di prestazione di natura intellettuale, che non richiede la necessaria presenza fisica in azienda (nulla al riguardo è stato dedotto e provato dalla resistente), ben può essere resa nella modalità del lavoro agile».

L'analisi della giurisprudenza arricchisce il laboratorio sul lavoro agile di argomenti e tecniche per valutare la compatibilità della modalità agile con le caratteristiche della prestazione.

Di essi faremo tesoro nella parte finale del presente contributo.

²⁵ Trib. Roma, 21 gennaio 2021 (ord.), reperita sul sito <https://www.lpo.it>.

4. Alcune recenti esperienze di contrattazione collettiva

Cessata la fase della (prima) emergenza, è emerso un ulteriore ed interessantissimo profilo evolutivo collegato al recente sviluppo della contrattazione collettiva aziendale. Nonostante un ruolo marginale nella disciplina legale generale e pressoché inesistente in quella emergenziale, sindacati e datori di lavoro hanno (ri)cominciato a disciplinare il lavoro agile.

Di seguito si offrirà un affresco di alcune esperienze contrattuali precisando che si tratta di regole di recente introduzione (da maggio 2020 in poi) e che hanno già fatto tesoro della prima sperimentazione pandemica del lavoro agile. L'analisi riguarderà nove contratti collettivi aziendali²⁶ e sarà descritta orizzontalmente e quindi con riguardo a specifici nodi regolativi.

Il primo, più evidente, è che, nonostante la unilateralità affermata dalla disciplina emergenziale, tutti i contratti collettivi hanno previsto un totale ritorno alla *volontarietà* ed alla necessità di un accordo di lavoro di agile²⁷.

In alcuni casi si indicano delle ulteriori *pre-condizioni* all'attivazione del lavoro agile. Ad esempio, il contratto ING Bank N.V. prescrive che i lavoratori: siano in possesso di un laptop aziendale assegnato per lo svolgimento delle mansioni; dispongano di una connessione privata e fissa; dispongano di una rete Internet che rispetti i parametri tecnici definiti dalla banca; diano la propria disponibilità in caso di mancata assegnazione di un cellulare aziendale ad utilizzare il proprio cellulare esclusivamente per ricevere sullo stesso, per il tramite di un'apposita applicazione, il codice OTP necessario per accedere alla rete datoriale. Il contratto Fastweb s.p.a. presuppone il superamento del percorso formativo obbligatorio sulla sicurezza, con particolare riguardo alla formazione sul lavoro agile.

Sulla scorta delle previsioni legali (art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81/2017) e della legislazione emergenziale, previsioni di miglior favore sono generalmente riconosciute alle lavoratrici ed ai lavoratori allo scopo di conciliare la vita ed il lavoro. Alcuni contratti mimano l'art. 18 l. n.

²⁶ In ordine cronologico, il contratto VOIHOTEL s.p.a. dell'11 maggio 2020; Eataly s.r.l. del 15 luglio 2020; Fincantieri s.p.a. del 17 luglio 2020; TIM s.p.a. del 4 agosto 2020; ING Bank N.V. del 4 agosto 2020; CCB Credito cooperativo italiano s.p.a. del 21 settembre 2020; Fastweb s.p.a. del 29 settembre 2020; Poste Italiane s.p.a. del 18 dicembre 2020; Gromart s.r.l. del 4 gennaio 2021. I contratti elencati sono gli ultimi, in ordine di tempo, ad essere stati pubblicati sul sito del CNEL.

²⁷ Destinatari delle previsioni sono i lavoratori subordinati, anche a tempo determinato e a tempo parziale che svolgano attività lavorative compatibile con il lavoro agile. In alcuni casi è richiesta un'anzianità lavorativa minima (di 12 mesi nel contratto VOIHOTEL s.p.a.). Nella platea dei beneficiari sovente si includono gli apprendisti.

81/2017, riconoscendo la *priorità, nell'accoglimento delle richieste di lavoro agile*, alle lavoratrici nei tre anni successivi alla fine del congedo di maternità ed ai lavoratori con figli disabili ai sensi della l. 104/1992. Il contratto CCB Credito cooperativo italiano s.p.a. estende la platea dei beneficiari ai lavoratori destinatari disabili ai sensi della l. 104/1992, ai familiari disabili *ex lege* 104/1992, ai lavoratori che per recarsi al lavoro effettuino una percorrenza giornaliera (di sola andata) pari o superiore a 30 km o 30 minuti; ai lavoratori con figli fino a 14 anni di età²⁸. Le misure a favore di tali gruppi di lavoratori vengono definite accomodamenti ragionevoli dal contratto di Poste italiane s.p.a.²⁹ Il contratto Eataly s.r.l. riconosce *precedenza* a coloro che hanno figli minorenni a carico e, in via sussidiaria, a coloro che risiedono ad una distanza maggiore dalla sede lavorativa.

Tutti i contratti analizzati poi prevedono chiaramente l'*alternanza* tra prestazione di lavoro in sede e prestazione di lavoro agile. L'*alternanza* è regolata per lo più attraverso la fissazione di limiti massimi per la prestazione agile. Nel contratto Eataly s.r.l., ad esempio, si prevede l'utilizzo massimo in modalità agile del 70% del monte ore mensile del singolo dipendente³⁰. In altri contratti invece si prevede che la modalità agile possa avvenire in una³¹ o più giornate³² alla settimana.

²⁸ Una misura sostanzialmente analoga è prevista dal contratto Tim s.p.a., che prevede di incrementare la disponibilità individuale al lavoro agile secondo la seguente articolazione: a) gravidanza: 4 settimane consecutive per le lavoratrici in gravidanza da fruire nel periodo precedente a quello del congedo di maternità obbligatorio; b) maternità/paternità: 4 settimane consecutive per i lavoratori padri e le lavoratrici madri da fruire entro il compimento del primo anno di vita del bambino; c) rientro in servizio dopo una malattia pari ad almeno 30 gg continuativi e che necessitano di trattamenti riabilitativi: 2 settimane intere consecutive per i lavoratori che svolgono il lavoro agile giornaliero e 1 settimana per coloro che svolgono lavoro agile settimanale, limitatamente alle due settimane successive al rientro; d) rientro in servizio dei lavoratori sottoposti a trattamenti chemio, immuno e radio- terapeutici: numero di giorni successivi a quelli di malattia fruiti per terapie salvavita, fino a completamento della settimana lavorativa; e) DSA: 4 settimane consecutive da fruirsi durante l'anno scolastico per i lavoratori, come individuati dalla Legge 170 del 2010, che debbano assistere nelle attività scolastiche a casa i figli affetti da DSA frequentanti le classi del primo ciclo dell'istruzione.

²⁹ Il contratto Poste italiane s.p.a. stabilisce che verranno valutate con particolare attenzione le situazioni: delle lavoratrici e dei lavoratori nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità e paternità; delle lavoratrici e dei lavoratori in condizione di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, legge n. 104/1992; delle lavoratrici e dei lavoratori con figli in condizione di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, legge n. 104/1992; delle lavoratrici e dei lavoratori impiegati ai sensi della L. 68/1999; delle risorse in condizione di fragilità, adeguatamente accertata ai sensi delle disposizioni di legge; dei lavoratori appartenenti a nucleo familiare monoparentale.

³⁰ Il contratto Fastweb s.p.a. prevede invece una percentuale di lavoro in presenza del 40 %.

³¹ Si tratta del contratto Fincantieri s.p.a. Si prevede però la possibilità di aumentare di ulteriori giornate in caso di gravi esigenze di salute, o di significativa distanza tra residenza e luogo di lavoro, di genitori di figli fino a 11 anni con entrambi i genitori che lavorano, di genitori con più di 2 figli fino a 15 anni e con entrambi i genitori al lavoro. Il contratto Poste Italiane s.p.a. prevede il ricorso alla prestazione agile per 3 giorni a settimana e 13 al mese.

³² Il contratto TIM s.p.a. prevede due modalità di lavoro agile. Per il *lavoro agile giornaliero* si prevedono due giorni alla settimana (e con un ulteriore bonus di 12 giorni annui); per il *lavoro agile settimanale* si prevede che il 50% del lavoro si svolga in modalità agile.

Per quanto invece concerne il *luogo* di svolgimento della prestazione agile, tutti i contratti prevedono la possibilità di svolgere la prestazione dal domicilio/residenza o da altro luogo specificato nell'accordo individuale con espressa esclusione, in alcuni contratti, dei locali pubblici o aperti al pubblico³³. Nel contratto VOIHOTEL s.p.a. si richiede di evitare luoghi rumorosi, rumori di elettrodomestici, di familiari e di animali. Quasi tutti i contratti precisano poi che il lavoro agile non modifica il luogo di lavoro né dà diritto ad indennità di trasferta.

Per quanto concerne invece l'*orario di lavoro*, nessuno dei contratti collettivi analizzati ha stabilito una organizzazione per fasi, cicli e obiettivi. Tutti i contratti hanno correlato invece lo svolgimento della prestazione di lavoro agile all'orario normale (giornaliero e settimanale) previsto per il lavoro in presenza (o praticato nell'unità produttiva ed organizzativa di appartenenza). In alcuni casi si demanda all'accordo individuale la possibilità di stabilire, in alternativa alla piena coincidenza con l'orario ordinariamente praticato, una fascia oraria entro la quale il prestatore di lavoro può decidere autonomamente quando collocare la prestazione (nel rispetto però dei limiti legali sull'orario giornaliero e settimanale)³⁴. Il contratto TIM s.p.a. prevede due modalità di lavoro agile. Nella prima, il lavoro agile giornaliero, viene riconosciuta una maggiore autonomia al lavoratore il quale può decidere quando lavorare nell'arco compreso tra le ore 8:00 e le ore 20:00. In tale arco viene ammessa un'unica pausa, con una durata da un minimo di 30 minuti ed un massimo di 120 minuti, nell'arco temporale tra le 12:30 e le 14:30. In ogni caso, però, è richiesta la presenza tra le 10:30 e 12:30 e tra le 14:30 e le 16:30. Nella seconda, il lavoro agile settimanale, il tempo di lavoro è collegato al quello della struttura organizzativa di appartenenza.

In considerazione della correlazione dell'orario agile a quello in presenza, tutti i contratti collettivi prevedono la cd. pausa pranzo, riconoscendo ai prestatori il diritto al buono pasto³⁵.

Tutti i contratti analizzati escludono la possibilità di ricorrere al lavoro straordinario e supplementare³⁶.

In linea generale non si ammette la frazionabilità giornaliera della prestazione agile. Alcuni accordi escludono poi la possibilità di fruire di permessi e/o sospensioni temporanee durante la prestazione di lavoro agile³⁷.

³³ Il contratto CCB Credito cooperativo italiano s.p.a., il contratto ING BANK N.V.

³⁴ Il contratto Eataly s.r.l.

³⁵ Con la sola eccezione del contratto Fincantieri s.p.a.

³⁶ Il contratto Fincantieri s.p.a. non consente neppure il lavoro notturno. Il contratto Fastweb s.p.a. ammette la possibilità di lavoro straordinario solo in casi eccezionali e previa espressa autorizzazione aziendale.

La generale correlazione della prestazione agile con l'orario di lavoro normalmente praticato alleggerisce la conseguente questione del *diritto alla disconnessione* del lavoratore. Nei contratti analizzati si precisa infatti che il lavoratore *non è tenuto* ad essere reperibile al di fuori dell'orario di lavoro o durante le undici ore consecutive di riposo giornaliero. Pur essendo comune a tutti i contratti l'invito a comportamenti responsabili senza la previsione di particolari automatismi, vengono prefigurate alcune buone prassi. Nel contratto Fastweb s.p.a., ad esempio, si fissa il diritto del lavoratore a non ricevere o visualizzare le comunicazioni aziendali durante le interruzioni temporanee della prestazione (par/rol, pausa per il pranzo) e la possibilità di impostare, per il tempo di non lavoro, uno specifico *status* nei sistemi di messaggistica istantanea. Sostanzialmente conformi sono le previsioni del contratto TIM s.p.a. nel quale si indicano, in via esemplificativa, le ulteriori opzioni dell'invio "ritardato recapito" per le e-mail, la pianificazione di riunioni nel rispetto delle normali fasce lavorative e la puntuale pianificazione della propria agenda attraverso un calendario condiviso³⁸.

Si segnalano infine alcune previsioni del contratto ING BANK N.V., nel quale si stabilisce altresì che:

- a) non è consentita la pianificazione di riunioni e/o conference call nell'intervallo orario dalle ore 12.45 alle ore 14.15 e dopo le ore 18.00;
- b) le riunioni e/o conference call non devono eccedere la durata massima di 45 minuti;
- c) tra due riunioni di 45 minuti deve intercorrere un intervallo di almeno 5 minuti;
- d) è incentivata la pratica del blocco agenda durante la pausa pranzo ed alla fine della giornata lavorativa.

Per quel che concerne gli *strumenti informatici di lavoro agile* (pc, tablet, cuffia, telefono aziendale) tutti i contratti collettivi analizzati riconoscono che essi vengono forniti dal datore di lavoro, il quale ne assicura la conformità con le regole sulla sicurezza informatica e la conformità alle *policies*, anche di sicurezza, aziendali³⁹. Salvo una particolare eccezione prevista nel contratto

³⁷ Il contratto Poste italiane s.p.a., il contratto Fincantieri s.p.a.

³⁸ In termini anche il contratto Poste italiane s.p.a.

³⁹ Si segnala solo il contratto Poste italiane s.p.a. che, seppur in via eccezionale, prevede che «anche in relazione alla particolare situazione pandemica nonché in caso di ricorso al lavoro agile per periodi di tempo limitati, la prestazione lavorativa in modalità Agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità della/del dipendente, che presentino caratteristiche di conformità alle normative vigenti rispetto agli standard di sicurezza informatica».

di TIM s.p.a. e riferita ai lavoratori agili che prestano servizio alla clientela, la connessione ad internet viene esclusa dal novero degli strumenti forniti dal datore di lavoro.

Ancora una volta merita una menzione separata il contratto ING BANK N.V. nel quale sono stati previsti dei contributi economici ai lavoratori agili.

Ai prestatori di lavoro è stato riconosciuto un contributo *una tantum* (di 90 euro netti) per rimborso delle spese sostenute per l'acquisto di una sedia ergonomica, di un monitor, di una tastiera e di un supporto per monitor e mouse. Si prevede un ulteriore contributo mensile (fino a 45 euro mensili) variabile in funzione del numero di giornate mensili di prestazione agile.

Infine, quanto i *diritti sindacali*, molti contratti prevedono la messa a disposizione in capo al datore di lavoro di ambienti informatici che garantiscano la consultazione di testi e comunicati sindacali e lo svolgimento di assemblee con possibilità di voto da remoto.

5. Cosa succederà nella fase post-pandemica?

La risposta alla domanda del titolo deve muovere dalla consapevolezza che la pandemia ci ha mostrato che il lavoro agile non è una chimera.

In pandemia, siamo stati pronti allo svolgimento del lavoro in modalità agile. Le imprese hanno avuto le capacità organizzative e manageriali per approntare soluzioni eccezionali di lavoro agile alla contingenza pandemica. I dieci mesi di pandemia poi ci dimostrano che, anche da un punto di vista tecnologico, non esiste un rilevante *gap* che impedisca di remotizzare il lavoro⁴⁰.

La diffusione dell'istituto, anche grazie ad una disciplina derogatoria, potrebbe suggerire l'idea di modificare la l. n. 81/2017 ed in tal senso in Parlamento è già stato depositato un d.d.l. di delega (n. 1833 della XVIII Legislatura) al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti. Anche in dottrina è stata proposta la suggestione di ritocchi o manutenzioni selettive della legislazione vigente⁴¹.

⁴⁰ R. DE LUCA TAMAJO, F. MAFFEI, *L'esperimento emergenziale e postemergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit., 241.

⁴¹ M. BIASI, cit., 13-14; R. DE LUCA TAMAJO, F. MAFFEI, op. cit., 241 ss.

Si ritiene però che prima, e a prescindere, delle modifiche, quanto accaduto possa condurre ad una più pacata lettura dell'impianto legislativo vigente.

Le premesse a questa lettura sono un *fatto* e una *valutazione*.

Il fatto è il ritorno, da parte delle più recenti esperienze di contrattazione, alle previsioni della l. n. 81/2017. Nonostante la legislazione emergenziale, nella seconda fase della pandemia, sindacati e datori di lavori (di grandi imprese, peraltro) sono convintamente tornati pressoché integralmente alla disciplina generale della legge 81, la quale a sua volta è stata ampiamente tributaria di soluzioni già sperimentate nella contrattazione collettiva⁴².

La *valutazione* riguarda invece la valorizzazione – in relazione a tutti i profili della disciplina del lavoro agile – delle finalità che il legislatore ha inteso perseguire nell'introduzione del lavoro agile e che sono, come noto, quelle di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita di lavoro» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017). Qui – si badi bene – il legislatore non ha utilizzato la congiunzione avversativa (“o”) ma una congiunzione copulativa (“e”): il lavoro agile, in tutta la sua disciplina, deve far coesistere entrambe le finalità⁴³.

Si tratta di una coesistenza che lungi dall'essere una novità del nostro ordinamento riedita ed attua quel bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e necessaria tutela della sicurezza, libertà e dignità umana perfettamente scolpito nell'art. 41 della nostra Carta costituzionale.

Muovendo da queste premesse, il lavoro agile deve tornare ad essere un istituto che si fonda sulla disponibilità del lavoratore e che trova nell'accordo tra le parti il suo «fatto costitutivo»⁴⁴. L'accordo è necessario per la individuazione del luogo di lavoro e per la specificazione dei tempi di lavoro.

L'accordo è lo strumento col quale programmare la necessaria alternanza tra lavoro interno e lavoro esterno. Ricordiamo infatti che le esperienze della contrattazione collettiva individuano sempre – ma probabilmente presuppongono – l'alternanza tra prestazione ordinaria e prestazione agile. La chiara volontà espressa dai contratti collettivi, ancora in periodo di pandemia, è eloquente.

⁴² Per tutti, v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra le legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 924 ss.; E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, C. TOURRES, *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, in *WP Adapt*, n. 2/2016.

⁴³ Ricordiamo infatti che con la l. 81/2017, il legislatore ha fuso in un unico provvedimento due d.d.l. (il n. 2233/2016 ed il 2229/1644) che perseguivano l'uno la finalità conciliativa l'altro la finalità di competitività. Sul tema, v. R. CASILLO, *La subordinazione “agile”*, in *DLM*, 2017, 3, 536 ss.; *adde* S. CAIROLI, *op. cit.*, 218.

⁴⁴ L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e “regressioni” interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, 39.

Durante l'emergenza epidemiologica abbiamo sperimentato il lavoro agile totalmente esterno ed i rischi di isolamento fisico e psichico dei lavoratori sono più che evidenti. La ripartenza, quando sarà, sicuramente si caratterizzerà per uno slancio di convivialità, di socialità e di presenza nei luoghi di lavoro.

Nell'accordo poi vanno individuati gli strumenti, anche informatici, per svolgere la prestazione agile. In linea tendenziale essi devono essere forniti dal datore di lavoro il quale, per espressa previsione di legge, è responsabile della loro sicurezza e del loro buon funzionamento (art. 18, comma 2, l. n. 81/2017). La contrattazione collettiva ci mostra molto chiaramente che la parte principale degli strumenti (il *computer*, i *software* per collegarsi dall'esterno, i telefoni, le sim) viene (e deve essere) fornita dal datore di lavoro. La ragione di tale opzione è evidente che sia connessa ad esigenze di sicurezza dei sistemi e delle reti informatiche⁴⁵.

La consensualità del lavoro agile è coesenziale alla valutazione di compatibilità della modalità agile con le caratteristiche della prestazione lavorativa. Tale ultima valutazione non può però essere astratta. Non pare fondato, ad esempio, l'argomento utilizzato da una delle pronunce sopra ricostruite secondo cui il lavoro intellettuale è *ontologicamente* compatibile con la modalità agile⁴⁶. Nella valutazione di compatibilità devono entrare l'idoneità dei luoghi di lavoro a distanza, la formazione del lavoratore e l'idoneità degli strumenti informatici per rendere la prestazione⁴⁷.

Nel prisma della coesistenza delle due finalità legislative e nell'ambito quindi di una lettura compatibile con l'art. 41, comma 2, Cost., possono essere passati al setaccio i profili più avveniristici della disciplina legale.

Ci riferiamo in primo luogo ai poteri datoriali. L'esperienza contrattuale pandemica conforta l'opinione dottrinale maggioritaria⁴⁸ la quale esclude che il lavoro agile (ed in particolare l'accordo

⁴⁵ Se poi il datore debba accollarsi spese ulteriori (canone internet, stampante, toner, sedia ergonomica) non è questione che può essere risolta dal legislatore. Essa dipende dai luoghi in cui si svolge la prestazione e dalla tipologia di alternanza tra prestazione agile e prestazione interna. La questione può essere regolata dall'accordo individuale. Anche la contrattazione collettiva – alcuni dei contratti analizzati, ad esempio, prevedono specifici contributi economici per i lavoratori – può svolgere un ruolo importante.

⁴⁶ Si tratta di Trib. Roma, 21 gennaio 2021, cit. Si è consapevoli che la pronuncia è stata resa nel contesto della normativa emergenziale.

⁴⁷ P. ICHINO, op. cit., elenca quattro presupposti fattuali: la possibilità che la prestazione sia svolta da remoto tramite personal computer, la disponibilità per la persona interessata della necessaria attrezzatura informatica e di un collegamento alla rete adeguato, l'accessibilità da remoto del software gestionale dell'azienda e dei suoi data-base; la disponibilità di un locale adatto per lo svolgimento della prestazione.

⁴⁸ *Ex multis*, B. CARUSO, op. cit., 222-223; di recente P. ALBI, op. cit., 6; M. BIASI, op. cit., 7; A. BOSCATI, *Inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo ed autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a

di lavoro agile) sia uno strumento di soggettivazione regolativa del rapporto di lavoro subordinato⁴⁹. Nei contratti collettivi analizzati si specifica che la modalità agile «non comporta la modifica dell'esercizio del potere direttivo nonché del potere di controllo dell'Azienda»⁵⁰.

Pertanto, l'accordo individuale può regolare *non* il potere direttivo ma le *sue forme di esecuzione*⁵¹. Ci sono utili ancora una volta le previsioni contrattuali collettive nelle quali, ad esempio, si forniscono indicazioni per l'evenienza del malfunzionamento della rete internet o degli strumenti informatici prevedendo, nei casi più gravi, la possibilità per il dipendente di essere richiamato in sede. Non è peregrino immaginare accordi individuali nei quali si specifichi che il dipendente sia tenuto ad indossare un certo abbigliamento, ad aggiornare costantemente gli strumenti informatici per svolgere la prestazione, a custodire tali strumenti per evitare che terzi (es. familiari del lavoratore) possano acquisire informazioni riservate o ad essere raggiungibile durante il tempo di lavoro via mail o via telefono. Si tratta comunque di «disposizioni» che, anche ove non fossero espressamente previste dagli accordi individuali, rientrerebbero ampiamente nell'obbligo di diligenza *ex art. 2104 c.c.*

L'altro profilo avveniristico della disciplina è quello relativo alla organizzazione del tempo di lavoro. In questo caso il datore di spoglia del proprio potere organizzativo unilaterale per concordare con il lavoratore agile i tempi di lavoro. Orbene, la possibilità di gestione autonoma da parte del lavoratore del tempo di lavoro non è innovativa. Vari commentatori hanno richiamato, ad esempio, la prestazione lavorativa dirigenziale⁵². Il rilievo è sicuramente corretto anche se occorre considerazione che si tratta di una categoria che è esentata dal rispetto della disciplina sull'orario di lavoro (art. 17, comma 5, lett. a, d.lgs. n. 66/2003). Ci pare che un esempio più confacente riguardi

cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, cit., 59; G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 192; C. TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, 2018, 240.

⁴⁹ La tesi è di A. Perulli il quale ha evocato una deviazione causale del contratto di lavoro. La tesi è stata proposta in vari scritti. Tra i primi, ID., *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP D'Antona*, It., n. 341/2017; ID., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP D'Antona*, It., n. 365/2018. Di recente v., P. ICHINO, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro autonomo e lavoro subordinato*, in *LDE*, n. 1/2021.

⁵⁰ Art. 1 del contratto TIM s.p.a.

⁵¹ Analoghe conclusioni debbono farsi per il potere di controllo datoriale e per quello disciplinare. In dottrina, correttamente, si è richiamata una funzione *dichiarativa* dei patti individuali relativi alle modalità di esercizio di tutti i poteri datoriali. Per tutti, v. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 214.

⁵² L. NOGLER, *op. ult. cit.*, 40; *adde*, P. ALBI, *op. cit.*, 11.

le fasce più alte dell'inquadramento unico le quali godono di autonomia e flessibilità nella gestione del tempo di lavoro, pur essendo astrattamente assoggettate alla disciplina sull'orario di lavoro.

L'avvenirismo della disciplina concerne la possibilità, prevista dall'art. 18 l. n. 81/2017, che l'accordo individuale prefiguri una prestazione agile «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario». Se è indubbio che mettendo a frutto tale opzione si possa superare il dogma del tempo di lavoro⁵³, ci pare tuttavia che essa non debba essere sopravvalutata.

Vi è certamente una intrinseca complessità organizzativa di una prestazione per fasi, cicli o obiettivi senza precisi vincoli di orario che si collega alla coordinabilità di tale prestazione con quella di altri lavoratori che svolgono l'attività ordinaria. La gestione per fasi, cicli ed obiettivi, potrebbe essere appannaggio di grandi imprese ma l'analisi proposta sulla contrattazione collettiva (pur nella sua parzialità) mostra come, proprio in grandi strutture aziendali, sindacati e datori di lavoro non abbiano voluto coltivare tale possibilità.

Inoltre, lo stesso art. 18 fissa dei limiti estremi al tempo di lavoro e cioè i «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Tali limiti rendono la previsione dell'art. 18 *speciale* rispetto all'art. 17, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 66/2003, che, ove non fosse stato introdotto l'art. 18, sarebbe stata in astratto applicabile al lavoro agile⁵⁴. L'art. 17, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 66/2003, come noto, esonera «le prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro)», dal rispetto delle previsioni legali in materia di orario normale (art. 3), orario massimo (art. 4), lavoro straordinario (art. 5), riposi giornalieri (art. 7), pause (art. 8) e lavoro notturno (artt. 12-13). Tali ultime previsioni limitative si applicano dunque al lavoro agile.

Si ribadisce poi che nei contratti collettivi analizzati, la questione della regolazione dell'orario di lavoro sia stata semplificata correlando il tempo di lavoro agile a quello normalmente praticato nel lavoro in presenza o comunque a quello dell'unità di appartenenza del lavoratore.

⁵³ V. ad es. F. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, 923 ss. il quale avverte il rischio che la prestazione di lavoro agile possa mettere in discussione la natura del rapporto come obbligazione di mezzi.

⁵⁴ In termini anche, A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *RGL*, 2017, 316; A. DONINI, *I confini della prestazione agile: il diritto alla disconnessione e gli obblighi di risultato*, in *AA.VV., Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva, individuale, WP D'Antona*, n. 6/2017, 92; S. CAIROLI, op. cit., 238; A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RIDL*, 2018, 646; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, 1, 16.

Il ridimensionamento della rilevanza della questione del tempo di lavoro incide anche sul tempo di non lavoro o sulla disconnessione del lavoratore. Peraltro, il tema della disconnessione rischia di essere fuorviante nella misura in cui viene legato alla sola prestazione agile. Si badi bene: qui non si intende minimizzare la questione ma si ritiene che essa sia più ampia rispetto al lavoro agile ed investa, più in generale, il tema della ipertrofia del lavoro rispetto alla vita privata del lavoratore. Alcuni degli accorgimenti previsti dalla contrattazione collettiva (il ritardato recapito delle e-mail, i limiti alla pianificazione delle riunioni negli intervalli di pranzo o dopo le 18, la durata massima delle riunioni, il blocco dell'agenda durante i tempi di riposo) sono buone prassi che andrebbero estese oltre i confini del lavoro agile.

Residua infine la complessa questione relativa alla possibilità di estendere, oltre la fase pandemica, le previsioni di miglior favore che attribuiscono un diritto al lavoro agile a prestatori che versino in situazioni ritenute meritevoli di tutela.

Si ritiene che la fissazione eteronoma di un diritto al lavoro agile – che in realtà non è un diritto ma un'aspettativa di diritto subordinata al verificarsi della condizione sospensiva della compatibilità della prestazione – mal si concili con la fisiologica consensualità della fattispecie. Né bisogna dimenticare che il lavoro agile è *ex se* strumento di conciliazione (o meglio di bilanciamento tra esigenze di conciliazione e competitività delle imprese). Un intervento eteronomo, più che risolvere problemi di conciliazione, genererebbe contenzioso giurisprudenziale affidando ai giudici il difficile compito di individuare il giusto equilibrio tra lavoratori e datori di lavoro.

Un possibile aiuto potrebbe venire però dalla contrattazione collettiva (aziendale) la quale potrebbe essere variamente incentivata a svolgere questo fondamentale ruolo di mediazione. È immaginabile, ad esempio, che la contrattazione collettiva individui le attività aziendali compatibili con la prestazione agile e riconosca delle priorità nell'accoglimento delle richieste da parte dei lavoratori.