

Relazioni

La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni

Stefano Cairoli

1. Accordo di lavoro agile e prestazione svolta in modalità agile.	3
2. L'assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo: senso e limite della previsione.	4
3. La flessibilità nel luogo di lavoro: esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa come elemento tipico della fattispecie.	5
4. La flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale e non obbligatorio.	7
5. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio.	9
6. Le "interferenze" tra regolazione collettiva e disciplina legale: dell'art. 18 legge n. 81/2017 quale possibile o unica modalità di svolgimento della prestazione in forma agile.	11

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

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

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

Si tratta invece di una clausola che introduce, contemporaneamente o dopo l'assunzione, elementi di flessibilità nell'esecuzione della prestazione che non giungono ad incidere sulla causa del contratto, che resta quella propria del lavoro etero-diretto (ma v. infra, § 3).

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

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

E tuttavia, nella fase "precontrattuale", è di tutta evidenza che tenderà di regola ad imporsi l'interesse dell'imprenditore il quale, esercitando la propria naturale supremazia, potrà probabilmente contare sull'accondiscendenza del lavoratore. Rispetto a tale rischio non è posto argine né per mezzo dell'imposizione della stipula dell'accordo nelle cd. sedi protette, né imponendo l'attivazione di tale forma di adempimento per mezzo di accordi collettivi, ipotesi della quale si discute semmai la configurabilità (infra, § 6).

In questo senso la previsione di un recesso libero non sembra costituire una garanzia sufficiente per il lavoratore, soprattutto quando sia parte di un contratto di lavoro a termine o abbia una ridotta anzianità lavorativa nell'ambito di un contratto a tutele crescenti.

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

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

A tal riguardo, mentre la prima parte dell'art. 18 comma 1 afferma l'assenza di "precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro", la seconda afferma che la prestazione lavorativa si esegue "in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa" e comunque entro i soli limiti di durata massima giornaliera e settimanale dell'orario di lavoro.

Riferite ambedue alla prestazione in forma agile, queste due disposizioni risulterebbero contraddittorie, atteso che l'accordo potrebbe riguardare solo il tempo e non il luogo, a fronte di una prestazione comunque soggetta ad alcuni limiti di orario (nel presupporre una misurazione

della durata massima della prestazione). E così pure secondo la prima parte l'accordo potrebbe riguardare solo il luogo e non il tempo, mentre per la seconda la prestazione deve chiaramente essere svolta in parte all'esterno.

Invece, secondo una più condivisibile lettura, il comma 1, in una prima parte, detta i requisiti del patto di lavoro agile, e nel periodo successivo della prestazione di lavoro in modalità agile che coincide con la prestazione svolta, senza i tradizionali vincoli di tempo e luogo, al di fuori delle mura aziendali.

Elemento essenziale è dunque l'accordo delle parti, al quale possono aggiungersi elementi liberamente modulabili dalle parti.

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

In secondo luogo, lo svolgimento di una prestazione "anche per fasi, cicli e obiettivi" è elemento accessorio compatibile con la retribuzione di produttività e con gli sgravi contributivi per la conciliazione vita-lavoro (cfr. i d.intermin. 25.03.2016, art. 2, comma 2, e 12.09.2017, art. 3 lett. B).

Ma a ben vedere, essendo inserita nello stesso inciso, è eventuale "anche" l'organizzazione della prestazione "senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro": occorre comprendere cosa significhi "non precisi" vincoli e se possa configurarsi una prestazione di lavoro agile svolta esclusivamente all'interno dell'azienda.

2. L'assenza di precisi vincoli di tempo o di luogo: senso e limite della previsione.

La stessa rubrica della norma, "misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" pare incentrata su una forma di flessibilità nello spazio e nel tempo, che in un certo senso presuppone la libertà per le parti individuali di delimitare le modalità della prestazione.

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

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

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

Un'elevata precisione può corrispondere all'interesse dell'una piuttosto che dell'altra parte, soddisfacendo ora le esigenze di competitività delle imprese, ora quelle di conciliazione tra vita e lavoro del dipendente: già, ad esempio, la contrattazione collettiva antecedente all'entrata in vigore della norma prevedeva, sia nel settore privato che in quello pubblico, che lo svolgimento in

forma agile (più spesso definita *smart working*) potesse sostanziarsi in ben scanditi accordi periodici (con cadenza settimanale o mensile) tra il responsabile e il lavoratore circa la programmazione del lavoro in forma agile nel periodo successivo o, diversamente, era previsto che il datore di lavoro potesse in qualsiasi momento, per non meglio definite esigenze organizzative, richiamare il lavoratore.

La norma consente alle parti, in altri termini, di definire limiti precisi all'operare del patto di lavoro agile sulla prestazione di lavoro, oppure di escluderli e a tale opzione conseguirà, quale primo effetto, che il patto di lavoro agile si applichi senza vincoli di tempo al rapporto di lavoro e non, ad esempio, per fasce orarie o un numero di ore/giorni definiti o delimitati in quantità.

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

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

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

3. La flessibilità nel luogo di lavoro: esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa come elemento tipico della fattispecie.

Se dalla libertà concessa alle parti individuali si desume che l'assenza di precisi vincoli sia un dato accessorio, è invece certo che la flessibilizzazione propria del patto di lavoro agile si esprime anzitutto e ineludibilmente nell'esecuzione di parte della prestazione all'esterno dei locali aziendali senza una postazione fissa.

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

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

Oggi invece il legislatore impone che una parte si svolga alternando, da un lato, una flessibilità estrema nella scelta dei luoghi, rimessa al lavoratore nei limiti dell'accordo e, dall'altro, una

prestazione da rendere all'interno dei locali aziendali, nelle forme socialmente tipiche che conducono all'ordinaria applicazione delle regole in materia di sicurezza e sui poteri datoriali: né vi sarebbe ragione alcuna, del resto, per differenziare le tutele intra-aziendali.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. La flessibilità nel tempo di lavoro quale elemento eventuale e non obbligatorio.

La rubrica della norma, come accennato, fa riferimento anche a forme di flessibilità nel tempo ed anche l'elemento del tempo di lavoro può essere o meno oggetto di precisi vincoli consensuali.

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

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

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

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

In merito al tempo della prestazione, si può sostenere che anche l'orario di normale di lavoro, atteso l'obbligo del rispetto dei "soli" limiti di durata massima, può essere derogato nella parte di prestazione resa all'esterno dei locali del datore di lavoro, come pure sembra possibile ipotizzare - e sarebbe estremamente innovativo - che per mezzo del patto si instauri una sorta di orario "multi-periodale", definito su base individuale e non più collettiva, entro limiti di riposo

consecutivo giornaliero e settimanale, ben minori dei quattro mesi previsti ordinariamente dal d. lgs. n. 66/2003.

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

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

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

In tali ipotesi, per non incorrere nelle macroscopiche violazioni producibili per mezzo della comparazione tra retribuzione e tempo, si imporrebbe un generale ripensamento della commisurazione dei trattamenti, con il forte rischio di incorrere in violazione dell'art. 36 comma 1 Cost..

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

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

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

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

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

Ma anche tralasciando l'ipotesi, già oggi molto discussa (infra, § 5), della sovrapposizione tra telelavoro e lavoro agile, l'interazione tra le due norme pone dubbi più in generale ogni qualvolta la prestazione sia svolta in forma agile e, al contempo, non sia una prestazione misurata, misurabile oppure sia predeterminabile soltanto dal lavoratore: si pensi per esempio all'ipotesi di un dirigente o di quadro con funzioni direttive, o ancora all'ipotesi in cui la prestazione sia resa per mezzo di un'organizzazione per fasi, cicli o risultati, che intrinsecamente può comportare difficoltà o impossibilità nella misurazione della durata della prestazione.

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

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

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

5. Lavoro agile, telelavoro e lavoro a domicilio.

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

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

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

L'esigenza di distinguere il telelavoro da tali nuove forme spazio-temporali di organizzazione della prestazione è acuita nel pubblico impiego dove la fonte legislativa del telelavoro (d.p.r. n. 70/1999), oltre a riproporre il tema della prevenzione con l'aggiunta di ulteriori obblighi, impone anche obblighi ulteriori quali ad esempio quello della fornitura, installazione e collaudo della postazione di lavoro, comunque intesa.

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

Tanto nel prisma della legge, quanto in quello dello elaborato dall'autonomia privata, questi criteri non risultano però del tutto persuasivi né tantomeno sembrano univocamente interpretabili perché, per un verso, non esiste alcun obbligo di postazione fissa nel telelavoro che, infatti, è compatibile con lo svolgimento in forma mobile e, per altro verso, anche il telelavoro può essere

reso in forma alternata e tali ipotesi risulterebbero estremamente difficili da distinguere sulla base del criterio della “regolarità”, già interpretato in modo vario e spesso non conforme a quello di “prevalenza”.

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

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

E tuttavia non si può negare che, almeno nel settore privato dove l’istituto del telelavoro non è legalmente definito e regolato, questo tentativo di differenziazione elaborato dall’autonomia privata collettiva poteva riuscire in virtù dell’assenza di efficacia reale degli accordi quadro (europeo del 2002 e nazionale del 2004), e può riuscire certamente ancora oggi perché è e resta facoltà delle parti sociali definire in modo più preciso i requisiti del telelavoro (ad esempio il concetto di regolarità) o di aggiungerne (postazione di lavoro) e potrebbe anche essere facoltà delle parti collettive, come osservato (§ 6), anche specificare i requisiti della prestazione resa in forma agile, nel rispetto dei suoi tratti essenziali e imprescindibili (accordo individuale e svolgimento in forma alternata senza postazione fissa).

Questa ricostruzione dell’autonomia privata non può riuscire entro la disciplina speciale in tema di sicurezza e prevenzione, non solo perché la nozione di telelavoro è lì legalmente individuata anche per il lavoro privato, ma anche perché viene definita in modo diverso (si fa riferimento a rapporti di lavoro a distanza “compresi quelli di cui all’accordo quadro”, quasi sottintendendo l’esistenza di altre forme di lavoro da remoto diverse dal telelavoro), con una nozione diversa, di “continuatività”, anch’essa interpretata in modi molto diversi tra loro, e soprattutto perché non sarebbe comunque esclusa un’applicazione analogica delle tutele di cui all’art. 3, comma 10.

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

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

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

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

In particolare sono sempre previsti: l’accordo tra le parti (collettive o individuali) e accanto ad esso si valorizza talvolta la scelta del luogo da parte del lavoratore; l’utilizzo di strumenti tecnologici di tipo informatico forniti dall’azienda, dotati o comunque predisposti per un collegamento di rete; lo svolgimento di parte della prestazione presso la sede aziendale e di una parte all’esterno, cui è spesso correlata l’assenza di una postazione fissa: a riprova non è, almeno ordinariamente, prevista l’agilità “solo nel tempo”.

La contrattazione collettiva aveva in tal modo intrapreso un percorso di regolazione che ha trovato in buona parte riscontro nella traduzione normativa del lavoro agile, la quale però si è sovrapposta a tale produzione senza riconoscere, almeno espressamente, alcun ruolo alla contrattazione collettiva.

Il dubbio più rilevante che si pone, però, è in quale rapporto siano le regole collettive e quelle legali, soprattutto per quel che attiene alle difformi previsioni.

Con riguardo a tale interferenza occorre domandarsi se e come l’accordo per lo svolgimento della prestazione in modalità agile stipulato tra le parti individuali possa coesistere con una concorrente regolazione di fonte collettiva. Più in particolare occorre verificare se l’introduzione dello schema legale del lavoro agile precluda o meno interventi collettivi integrativi.

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

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

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

Un altro conto è affermare che la legge intenda eliminare tout court la competenza regolativa dei contratti collettivi e imporre una regolamentazione esclusivamente individuale, ciò che non appare condivisibile sia perché la contrattazione collettiva può compensare gli squilibri di forza che oggi dominano alcuni aspetti della disciplina del lavoro agile e agevolare il raggiungimento degli obiettivi di competitività e di conciliazione vita-lavoro, sia perché il raggiungimento di quegli stessi obiettivi, mediante l’incentivo della retribuzione di produttività e gli sgravi contributivi, in altre fonti normative anche successive alla legge n. 81/2017 continua a presupporre l’intervento dei contratti collettivi, almeno di quelli aziendali e/o territoriali ex art. 51 d. lgs. n. 81/2015.

Eventuali specificazioni-integrazioni sarebbero rimesse alla fantasia dei contratti collettivi, che potrebbero ad esempio fissare criteri di precedenza nell’accesso ai posti di lavoro agile (per meglio

realizzare le esigenze di conciliazione tra vita e lavoro) o tracciare regole alle quali il patto di lavoro agile possa attenersi, integrative di una disciplina legale piuttosto scarna.

Di conseguenza la contrattazione collettiva previgente resta assolutamente valida, nei limiti in cui non si ponga in contrasto con le previsioni tracciate dalla legge, ad esempio nella costituzione del patto, ormai rigorosamente individuale, sotto il profilo della libera recedibilità piuttosto che degli obblighi di informazione in materia di sicurezza.

Di fronte a ipotetici contrasti, però, si potrebbe addirittura ipotizzare che il lavoro agile di cui al capo II della legge n. 81/2017, in tutte le disposizioni ivi contenute, sia promosso quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato “stabilita mediante accordo tra le parti”, quasi a sottintendere (o comunque non vietare) l’esistenza di altre modalità di lavoro agile, attivabili aliunde, come quelle di matrice esclusivamente collettiva.

Questa impostazione, che priva l’insieme delle norme di una vocazione imperativa, condurrebbe però ad ammettere l’esistenza di un “doppio canale” di attivazione del lavoro in forma agile, ossia tipico, mediante pattuizione individuale conforme agli artt. 18 ss., o atipico, mediante pattuizione difforme ed anche collettiva, nel quale però solo la prima tra le due forme di attivazione godrebbe dei vantaggi normativi propri del capo II legge n. 81/2017, come ad esempio le garanzie di recesso e di parità di trattamento, o la stessa disciplina di incentivo di cui all’art. 18, comma 4, legge n. 81/2017.

Il prezzo di questa ricostruzione, però, potrebbe consistere in una – forse, irragionevole - differenziazione delle tutele.