

Il lavoro agile fra emergenza e transizione*

Pasqualino Albi

1. Fra avvenirismo e catastrofismo.	201
2. La disciplina ordinaria.	202
3. Un possibile strappo sistematico?	206
4. La disciplina emergenziale: è una vera metamorfosi?	210
5. Funzione e disciplina: effetti del perdurare della disciplina emergenziale.	215

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 430/2020

1. Fra avvenirismo e catastrofismo.

Il lavoro agile, dopo l'esordio non proprio entusiastico di poco più di tre anni fa, ha conquistato, nell'attuale emergenza epidemiologica, il centro della scena attirando l'attenzione degli studiosi e dei pratici.

Per un singolare paradosso le ragioni del successo del lavoro agile sono dovute allo snaturamento della sua disciplina e della sua finalità originaria: sono le ragioni tragiche dell'emergenza che hanno guidato la mano di un intervento normativo frenetico e compulsivo.

Con una ragionevole dose di arbitrio possono individuarsi due tendenze presenti nel dibattito pubblico e, probabilmente, nelle pieghe nascoste di ogni opzione interpretativa: l'avvenirismo e il catastrofismo

Da un lato la prospettiva di un mondo rinnovato in cui il lavoro agile diviene espressione di un modello organizzativo che garantisce un notevole miglioramento delle condizioni dei lavoratori e, al tempo stesso, una straordinaria flessibilità gestionale per il datore di lavoro.

Dall'altro la rappresentazione del lavoro agile come una sorta di isolamento domiciliare dei lavoratori in uno scenario oppressivo, che annulla la distinzione tra vita e lavoro e il tratto umano e relazionale del rapporto di lavoro.

Le due tendenze possono trovare anche ragionevoli sostegni e certamente non sono affatto da banalizzare: la prima esprime un dover essere che è in ragionevole misura auspicabile e la seconda è purtroppo il lato peggiore della realtà presente, vissuta da molti lavoratori per le restrizioni imposte dalla pandemia, con pesanti riflessi organizzativi per molti datori di lavoro.

Entrambe le tendenze sopra descritte sono da contrastare.

La prima perché nessuno ha straordinarie capacità predittive di quanto può accadere nel futuro e, come ricordava John Maynard Keynes, non si possono fare previsioni di lungo periodo perché nel lungo periodo siamo tutti morti (*in the long run we are all dead*); possiamo e dobbiamo certo programmare e tentare di prevedere (proprio per non banalizzare e travisare l'insegnamento keynesiano), di guardare oltre, di individuare i flussi del mutamento storico ma sempre con un consapevole senso del limite, con la piena percezione della potenziale fallacia di ogni previsione.

La seconda perché, preso atto che la realtà del lavoro agile dei tempi recenti ha assunto in alcuni contesti connotazioni inaccettabili, occorre affrancarsi da questa prospettiva e superarla. Non sarebbe corretto confondere la causa (l'isolamento domiciliare imposto dall'emergenza epidemiologica) con l'effetto (il ricorso eccezionale al lavoro agile in condizioni anomale) e occorre individuare una nuova impostazione che sia in grado di andare oltre il lato peggiore dell'attuale tragicità.

Con queste premesse dunque si ritiene che l'indagine – pur senza sottrarsi ad ogni possibile previsione – debba concentrarsi prevalentemente sulla maturazione dell'esperienza attuale.

In questo quadro non si può trascurare la circostanza che il lavoro agile non riguarda affatto l'intero mercato del lavoro perché una parte, decisamente importante, di questo, composta prevalentemente (ma non solo) da lavoratori con bassi profili professionali, ne è esclusa.

Muovendo da questa premessa può cogliersi il rischio, non tanto remoto, che il mercato del lavoro possa subire un ulteriore effetto di segmentazione ed essere sottoposto ad un nuovo

dualismo, con elementi di disegualianza e di disparità rispetto ai quali i giuristi del lavoro non possono rimanere insensibili.

2. La disciplina ordinaria.

Il lavoro agile (ormai frequentemente definito anche *smart working*) è stato introdotto nel nostro ordinamento con gli artt. 18-23 l. 22 maggio 2017 n. 81⁷⁹⁹, di cui è opportuna una sintetica illustrazione.

La legge (art. 18) dichiara che lo scopo della disciplina è quello di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e definisce il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

La stessa disposizione precisa inoltre che «la prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Le disposizioni in materia di lavoro agile, in quanto compatibili, si applicano anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 18, comma 3).

Le caratteristiche essenziali del lavoro agile possono ritracciarsi (a) nell'accordo individuale tra le parti (datore di lavoro e lavoratore subordinato), (b) in una prestazione lavorativa eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, (c) nell'assenza di "precisi" vincoli di luogo o di orario di lavoro, pur nei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, (d) nel "possibile" utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'accordo di lavoro agile richiede la forma scritta ai fini della regolarità amministrativa e della

⁷⁹⁹ Per una ricostruzione della disciplina: M.T. CARINCI, *Il lavoro agile*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, p. 83 ss.; C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018; L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018; U. CARABELLI, S. FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Roma, 2018; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 327/2017; G. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile" (l. 22 maggio 2017, n. 81)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 632 ss.; V. DE MICHELE, *Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 364/2018; A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 341/2017; G. M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 985; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 773 ss.; si v. il contributo del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective Volumes* 6/2017; M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale: lo smart working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 978; 17; si v. sul disegno riformatore prima dell'approvazione della legge n. 81/2017: M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?* in *Dir. sic. lav.*, 2017, I, p. 1 ss.; A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino 2017, p. 77 ss.

prova (art. 19, comma 1) e può essere a termine o a tempo indeterminato⁸⁰⁰.

Sul piano del suo contenuto, l'accordo individuale contempla la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, le forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, quali saranno gli strumenti utilizzati dal lavoratore, 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, comma 1).

Come può rilevarsi, nella regolazione del rapporto l'accordo individuale assume un peso decisivo, operando la legge come cornice dentro la quale le parti compongono il proprio regolamento di interessi⁸⁰¹.

Una simile impostazione sembra lontana dalla regolazione classica fondata sull'inderogabilità della disciplina lavoristica e lascia ampi spazi all'autonomia individuale, ponendo questioni nuove.

In effetti, se da un lato il consenso può fungere da "veto" del lavoratore verso l'opzione del lavoro agile, è, dall'altro, ben possibile un affievolimento delle garanzie apprestate al lavoratore nel rapporto ove si consideri la strutturale debolezza contrattuale del lavoratore cui l'inderogabilità lavoristica cerca di dare risposta.

Tentando la ricerca di una analogia – sul piano della rilevanza del consenso individuale – con la disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale, si può notare che, in quel caso, l'ipotesi della trasformazione del rapporto di lavoro da *full time* a *part time* (e viceversa) è presidiata da alcune garanzie (art. 8 d.lgs. n. 81/2015: in particolare la previsione secondo cui il rifiuto alla trasformazione non costituisce giustificato motivo di licenziamento) ma, soprattutto, risalta in modo significativo che, quando l'esercizio dei poteri datoriali può risultare più penetrante, come certamente avviene con le clausole elastiche, si prevede un rinvio ai contratti collettivi (art. 6, comma 4, d.lgs. n. 81/2015) o, comunque, ad una procedura di garanzia attraverso il filtro delle commissioni di certificazione (art. 6, comma 6 d.lgs. n. 81/2015).

Invero nella nostra specie, non solo la disciplina legale funge prevalentemente da cornice rispetto all'autonomia individuale ma gli spazi per l'autonomia collettiva sembrano inesistenti o, comunque, non sono coltivati dalla legge.

Su quest'ultimo aspetto è comunque da mettere in luce che la mancanza di un riferimento

⁸⁰⁰ La disciplina del recesso è contenuta al comma 2 dell'art. 19 l. n. 81/2017. Se l'accordo è tempo indeterminato: il recesso può essere esercitato con preavviso non inferiore a 30 giorni. In presenza di un giustificato motivo il recesso può essere esercitato senza preavviso. Nel caso di lavoratori disabili il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a 90 giorni, al fine di consentire una adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e cura del lavoratore. Se l'accordo è tempo determinato il recesso può essere esercitato in presenza di un giustificato motivo.

⁸⁰¹ Cfr. S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 213; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 463; L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 170 ss; A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 365/2018, p. 41-42; E. GRAMANO, *L'accordo sul lavoro agile: forma e contenuto*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 503 ss.

regolativo all'autonomia collettiva⁸⁰² non esclude affatto che quest'ultima possa svolgere (e, in parte, abbia svolto) un ruolo importante sul terreno del lavoro agile⁸⁰³.

In ogni caso la disciplina del lavoro agile sembra tradire una inedita negozialità laddove richiede il consenso del lavoratore rispetto all'esercizio dei poteri datoriali: l'accordo individuale, come già rilevato, riguarda infatti "le forme di esercizio del potere direttivo"; non vi è dubbio che l'accordo individuale non può ritenersi costitutivo del potere direttivo, già esistente⁸⁰⁴, ma, al tempo stesso, il primo ha il compito di definire il "come" del secondo.

Sempre lungo questa linea deve notarsi che, secondo la legge (art. 21), l'accordo individuale regola anche l'esercizio del potere di controllo sulla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali e nei limiti dell'art. 4 stat. lav.⁸⁰⁵ nonché le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa al di fuori dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari⁸⁰⁶: su entrambi i fronti può affermarsi che il legislatore intende attribuire all'accordo individuale una funzione integrativa della disciplina generale in tema di controlli a distanza e di procedimento disciplinare, disciplina generale che rimane comunque ferma, salve le specificazioni previste dall'accordo individuale.

Ai sensi dell'art. 18, comma 2, il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa, con una non facile distinzione fra tale responsabilità, i cui confini sembrano particolarmente estesi, e l'uso improprio degli strumenti da parte del lavoratore⁸⁰⁷.

Secondo l'art. 22 il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che rende la prestazione in modalità di lavoro agile. In base a questa stessa disposizione il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali⁸⁰⁸.

Molteplici e particolarmente delicate sono le questioni che si pongono anche su quest'ultimo

⁸⁰² Fatta eccezione, ovviamente, per quanto previsto dall'art. 20 della l. n. 81/2017 secondo cui il lavoratore che svolge la prestazione in modalità 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.

⁸⁰³ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 924.

⁸⁰⁴ A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto fra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, Piacenza, 2020, 58; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 11.

⁸⁰⁵ A. BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 621 ss e, sul punto, p. 621: "Invece, la novità della disposizione sta proprio in ciò: il legislatore, preso atto della forte flessibilità spazio-temporale del lavoro agile, ritiene razionale una partecipazione del lavoratore alla scelta delle concrete modalità di controllo, come anche alla definizione delle eventualmente connesse infrazioni disciplinari, in forza del comma 2 della stessa disposizione".

⁸⁰⁶ C. PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 633 ss.

⁸⁰⁷ A. PRETEROTI, *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 593 ss e, sul punto, p. 604 ss.

⁸⁰⁸ G. CASIELLO, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 645 ss.

versante, questioni strettamente connesse alle caratteristiche del lavoro agile. Si consideri, in particolare, il sovraccarico che può comportare la prestazione resa solo mediante strumenti tecnologici e il rischio di isolamento con potenziali ricadute sull'equilibrio psico-fisico e, ancora, la circostanza che la possibile individuazione di una molteplicità di luoghi di lavoro può certamente contribuire ad un aggravamento del rischio infortuni ove la scelta non avvenga secondo parametri ispirati alla sicurezza sul lavoro.

Su quest'ultimo fronte, non a caso l'art. 23, comma 3, l. n. 81/2017 prevede il diritto del lavoratore alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del t.u. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali: siffatta previsione opera quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza.

Non agevole è la distinzione del lavoro agile dal telelavoro⁸⁰⁹.

La disciplina del telelavoro nel settore privato è contenuta nell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 (che ha dato attuazione all'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002).

L'art. 1 del citato accordo interconfederale, al comma 1 definisce il telelavoro come «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».

Nel settore pubblico invece il telelavoro è stato introdotto dall'art. 4 legge n. 191/1998 e regolamentato dal D.P.R. n. 70/1999 e dall'accordo quadro sul telelavoro del 23 marzo 2000.

Può sostenersi che nel lavoro agile la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa mentre nel telelavoro la prestazione lavorativa viene eseguita interamente all'esterno dei locali aziendali, con una postazione fissa⁸¹⁰.

Per altro verso il telelavoro può essere svolto in regime di autonomia, subordinazione e parasubordinazione mentre il lavoro agile orbita solo nell'ambito del lavoro subordinato⁸¹¹.

⁸⁰⁹ M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *Lav. giur.*, 2009, 7, 663 ss. L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; L. GAETA, voce *Telelavoro*, in *Enc. Treccani, diritto on line*, 2015, che, con sintesi efficace, mette in luce che "la forma che più colpisce l'immaginario collettivo, ha portato subito a pensare all'impiegato che, invece di andare in ufficio, lavora a casa propria; il telelavoro mobile, più mitologicamente "argonautico", svolto ora in un luogo ora in un altro, anche su una panchina del parco; il centro di telelavoro, con più soggetti che operano in collegamento con un'azienda o un'amministrazione; il sistema distribuito, dove piccole unità disseminate sul territorio svolgono fasi lavorative comunicando telematicamente tra di loro; il centro satellite, col quale un'azienda colloca una certa fase della sua attività in un luogo distinto dalla sede principale".

⁸¹⁰ C. SPINELLI, *op. cit.*, p. 91.

⁸¹¹ A. BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto fra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 57.

Tuttavia, come è ben noto e come si avrà modo di apprezzare oltre, il lavoro agile nell'attuale fase emergenziale si è appiattito sul telelavoro e quindi in questa fase è difficile distinguere il primo dal secondo.

3. Un possibile strappo sistematico?

Descritto il quadro di riferimento della disciplina ordinaria, occorre adesso mettere in luce le tracce di un possibile strappo sistematico di cui il lavoro agile può rendersi autore.

Un primo segno di una simile eventualità lo si trova sul tema del luogo di lavoro.

Il diritto del lavoro, nel corso della sua ormai lunga evoluzione, si è connotato per la sua appartenenza ad un luogo e, in questo senso, ha definito le coordinate del rapporto di lavoro e delle stesse relazioni sindacali⁸¹².

Sono ovviamente molteplici gli elementi che confortano una simile constatazione che forse non ha neanche necessità di essere dimostrata⁸¹³.

A costo di una inevitabile incompletezza e solo per formulare qualche esempio, sembra utile rammentare che uno dei pilastri della nostra materia, la sicurezza sul lavoro, è congegnato avendo come riferimento i "luoghi di lavoro"⁸¹⁴, che la (oggi residuale) tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 stat. lav., pur riferendosi al "posto di lavoro" finisce per collocare tradizionalmente questo nel luogo di lavoro, che la subordinazione del lavoratore si caratterizza per l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale (quale luogo), che nelle c.d. nuove collaborazioni (art. 2 d.lgs. n. 81/2015) si fa riferimento al coordinamento dei tempi e del luogo di lavoro, che ancora, le relazioni sindacali aziendali si svolgono nella fisicità dei luoghi di lavoro e la stessa disciplina statutaria è tributaria di questa rappresentazione: i permessi sindacali (art. 23 stat. lav.) rappresentano la temporanea assenza dal luogo che il sindacalista presidia, così come l'assemblea sindacale (art. 20 stat. lav.) e il diritto di affissione (art. 25 stat. lav.) hanno il loro terreno di elezione nel luogo di lavoro.

Ancora, per determinare la competenza territoriale del giudice nelle controversie di lavoro, l'art. 413 cod. proc. civ. fa riferimento alla circoscrizione in cui è sorto il rapporto "ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la propria opera al momento della fine del rapporto", pur dovendo ricordarsi che per i rapporti riconducibili all'art. 409 n. 3, cod. proc. civ., la competenza si determina con riferimento al domicilio del collaboratore (o dell'agente o del rappresentante di commercio).

Infine, lungo questa arbitraria panoramica ci si imbatte nel nesso non trascurabile fra il luogo di lavoro e la disciplina dei licenziamenti: un cenno merita il tema dei requisiti dimensionali ancora per l'applicazione dell'art. 18 stat. lav., che si determinano con riferimento al luogo (sede,

⁸¹² A. OCCHINO, *Per una geografia giuridica del lavoro*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, p. 11: "La parola lavoro è circondata da formule che richiamano continuamente una geografia: ricerca e occupazione, collocamento e posto, sede e distanza, mobilità e spazio; me se la sensibilità culturale esprimesse il bisogno di dare concretezza al lavoro a partire da un luogo".

⁸¹³ M. PERSIANI, *Prologo*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 1: "(...) da quasi ottant'anni i giuslavoristi studiano e danno applicazione ad una disciplina legislativa la maggior parte della quale è contenuta nel Titolo II del Libro V del Codice civile la cui rubrica è "Del lavoro nell'impresa" dove quel "nell'esprime una connotazione topografica: il lavoro che si svolge all'interno dell'impresa (...). Ne consegue che quella disciplina presuppone che il lavoro venga fisicamente eseguito all'interno dell'impresa".

⁸¹⁴ Si v. la rubrica del d.lgs. n. 81/2008 che riguarda la tutela della salute e della sicurezza nei "luoghi di lavoro".

stabilimento, filiale, reparto autonomo), la procedura per il preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 7 l. n. 604/1966 che si svolge avendo come riferimento l'Ispettorato territoriale la cui competenza si determina con riferimento "al luogo dove il lavoratore presta la sua opera". Sempre sul piano del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si consideri la prova del *repechage* gravante sul datore di lavoro con riferimento all'intero complesso aziendale e le implicazioni che si avrebbero ove i luoghi di lavoro fossero dislocati ovunque nel territorio nazionale (e non solo nazionale). Ancora pregnanti sono le implicazioni territoriali delle procedure di licenziamento collettivo (artt. 4, 5, 24 l. n. 223/1991) ove riferite ad una disseminazione dei luoghi non facilmente localizzabile del lavoro agile.

In conclusione sul punto, considerando che il lavoro agile è di per sé idoneo a consentire che la prestazione lavorativa possa svolgersi in qualsiasi luogo, diverso dunque dalla tradizionale sede aziendale, può cogliersi quali implicazioni potranno aversi in futuro per i temi appena sopra evocati.

Se il luogo nel quale il lavoratore svolge la prestazione si separa dal luogo in cui ha sede l'impresa o l'organizzazione datoriale e se questo processo assume prevalenza, molte delle ipotesi esemplificative prima indicate porranno questioni inedite e meriteranno un ripensamento o una ridefinizione dell'intero diritto del lavoro. Un saggio in tal senso lo si è avuto già nei mesi recenti nei quali gli uffici delle grandi città si sono svuotati e i dipendenti si sono anche spostati in altre città continuando a lavorare a distanza⁸¹⁵.

Un secondo segno di un possibile strappo lo si coglie in relazione al tema dei confini della subordinazione e, soprattutto, del suo svolgersi avuto riguardo al "come" il datore di lavoro esercita i suoi poteri nell'ambito di tale modalità di esecuzione dell'attività lavorativa.

Tornando su alcuni degli esempi già sopra formulati, nella riflessione più recente è stato osservato che fra gli indici di qualificazione della subordinazione spicca l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e dunque "l'incorporazione in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcuna possibilità di controllo"⁸¹⁶ e, ancora, che (si aggiunge: non a caso), la disciplina delle c.d. nuove collaborazioni (art. 2 d.lgs. n. 81/2015) ha reso applicabili le tutele del lavoro subordinato ai rapporti di lavoro che si concretano in prestazioni (...) le cui modalità di esecuzione "sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro"⁸¹⁷.

Su quest'ultimo fronte dunque viene in gioco un rapporto di lavoro autonomo che scopre tratti di subordinazione mentre, al contrario, nel lavoro agile vi è un rapporto di lavoro subordinato che rivela tratti di autonomia⁸¹⁸ e ciò in un quadro nel quale i confini tra autonomia e subordinazione

⁸¹⁵ P. SACCÒ, *Così lo smart working svuota i nuovi quartieri del business*, in *L'Avvenire*, 11 settembre 2020, J. D'ALESSANDRO, *Dallo smart working al south working. "Per lavorare a Milano vivendo a Palermo"*, in *La Repubblica*, 26 giugno 2020.

⁸¹⁶ A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 11, riferendosi alle parole di Corte cost. n. 30/1996.

⁸¹⁷ A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹⁸ Cfr. L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. OCCHINO (a cura di), *op. cit.*, p. 30: "Si sostiene, anzitutto che oggi giorno (...) viviamo in una situazione di maggiore autonomia della subordinazione"; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella legge 22 maggio 2017 n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *op. cit.*, 469: "il lavoratore subordinato diventa un pò più autonomo proprio quando lo stesso legislatore ha reso le collaborazioni coordinate un po' più

tendono a divenire sempre più difficili da tracciare⁸¹⁹.

Come già messo in rilievo, il lavoro agile può svolgersi per fasi, cicli ed obiettivi, non vi sono precisi vincoli di luogo e di orario, non vi deve essere una postazione fissa assegnata al lavoratore, il quale lavora anche al di fuori del contesto aziendale.

Nel lavoro agile può pertanto cogliersi “un contratto di lavoro subordinato che perde i contorni del potere direttivo legati al quando e al dove della prestazione, concentrato qual è su un potere di controllo dove il quando e il dove risultano rifocalizzati”⁸²⁰.

Il ragionamento si sposta a questo punto sull'essenza stessa della subordinazione, sulla sua ampiezza e sulla sua estensione. Lungo questa linea della riflessione si individuano posizioni aperte secondo cui la subordinazione può sussistere anche se il datore non ha il potere di determinare l'esatta postazione di lavoro in cui il lavoratore adempie la prestazione⁸²¹ e che dunque la mancanza di “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro” non è affatto incompatibile con il lavoro subordinato⁸²². Quest'ultima è certamente una ipotesi particolare ma niente affatto sconosciuta al diritto del lavoro, come dimostra il rapporto di lavoro dirigenziale nel quale il lavoratore ha la possibilità di scegliere, entro un limite quantitativo globale da tracciare alla luce di Corte cost. n. 101/1975, la collocazione dell'orario di lavoro⁸²³: quella dirigenziale è peraltro ritenuta una subordinazione attenuata, nella quale il potere direttivo del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui o pervasivi ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico⁸²⁴. Evocando la figura della subordinazione attenuata è inevitabile l'accostamento con la subordinazione “tecnica” del lavoro a domicilio, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 2, l. n. 877/1973⁸²⁵.

Sul piano dell'assenza di vincoli di orario, muovendo dalla premessa che il tempo della “disponibilità continuativa” è la “sostanza oggettiva del contratto”⁸²⁶ e che, su queste basi, nel rapporto di lavoro subordinato, è essenziale determinare la “quantità” del tempo “per evitare che la disponibilità al potere sia illimitata come nella condizione servile, quindi per rendere praticabile lo

subordinate, accordando loro alcune tutele proprie del lavoro dipendente”. Sul punto v. F. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 923 ss, che giunge alla conclusione (p. 934) che il lavoro agile è potenzialmente in grado di mettere in discussione la natura del rapporto di lavoro come obbligazione di mezzi, quasi trasformandola in una obbligazione di risultato.

⁸¹⁹ A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, p. 45.

⁸²⁰ A. OCCHINO, *op. cit.*, p. 14.

⁸²¹ L. NOGLER, *op. cit.*, p. 35.

⁸²² L. NOGLER, *op. cit.*, p. 39.

⁸²³ L. NOGLER, *op. cit.*, p. 40. Sulla subordinazione del dirigente v. l'attenta ed approfondita analisi di R. GALARDI, *Il dirigente d'azienda. Figure sociali, fattispecie e disciplina*, Torino, 2020, p. 90 ss; sul tema è doveroso il richiamo all'elaborazione di P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974 e di A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000.

⁸²⁴ Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, in *Foro it.*, 2020, I, 2708; Cass. 10 maggio 2016, n. 9463, in *Giust. civ. Mass.*, 2016.

⁸²⁵ L. NOGLER, *op. cit.*, p. 41. Sulla disciplina del lavoro a domicilio v. ancora L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000.

⁸²⁶ V. BAVARO, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. VENEZIANI, V. BAVARO, (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Bari, 2009, p. 16.

scambio contrattuale⁸²⁷, può ritenersi che il lavoro agile non si allontani affatto dai confini del lavoro subordinato proprio perché fa salvi i “soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva” (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017).

Lungo questo filo logico può dunque concludersi che il rispetto di un orario di lavoro è sempre indice della subordinazione, fermo restando che può aversi subordinazione anche quando non vi è l’obbligo di osservare un orario di lavoro⁸²⁸.

Le considerazioni che precedono ci restituiscono un quadro mutevole, che esprime la complessità dell’inquadramento della subordinazione sul piano della fattispecie e degli effetti.

Su queste basi una dottrina individua una sorta di “pluralismo regolativo” della subordinazione nel quale predomina un ampio rinvio all’autonomia individuale⁸²⁹.

Come già rilevato, una delle novità del lavoro agile è appunto rappresentata dalla centralità dell’accordo individuale, cui spetta il compito di introdurre la specifica disciplina del rapporto di lavoro, una disciplina dunque con una spiccata personalizzazione⁸³⁰: il lavoro agile si sviluppa pertanto entro una cornice legislativa minima nella quale sono rese flessibili le coordinate del tempo e del luogo della prestazione.

Proprio quest’ultimo aspetto sembra far emergere, anche alla luce dei rilievi formulati nel precedente paragrafo, un possibile strappo nel tessuto sistemico del diritto del lavoro perché è da ritenersi improbabile che le limitazioni al “come” del potere direttivo, del potere di controllo e del potere disciplinare del datore di lavoro trovino il loro terreno naturale nella sfera del consenso individuale del lavoratore⁸³¹: ciò in un quadro nel quale sul punto non vi è alcun intervento eteronomo della legge e non vi sono rinvii regolativi all’autonomia collettiva che, come già rilevato, può ovviamente intervenire al di là del silenzio del legislatore.

L’inadeguatezza del consenso si rivela in due distinte direzioni: da un lato la sua configurazione

⁸²⁷ V. BAVARO, *op. cit.*, p. 17.

⁸²⁸ V. BAVARO, *op. cit.*, p. 19, che, pur con riferimento al telelavoro, rileva che gli obblighi in tal caso sono misurabili sul piano temporale; cfr. M.D. SANTOS FERNANDEZ, in B. VENEZIANI, V. BAVARO, (a cura di), *op. cit.*, *L’idoneità qualificatoria del tempo nel telelavoro subordinato*, p. 68; L. LAZZERONI, *Appunti sulla flessibilità oraria del lavoro per una rilettura della subordinazione*, ivi, p. 109 ss.

⁸²⁹ A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *op. cit.*, p. 56.

⁸³⁰ V., as es., 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), *op. cit.*, p. 192; M. MARTONE, *Il lavoro agile nella legge 22 maggio 2017 n. 81: un inquadramento*, cit., p. 465; R. DE PUNTA, *Verso l’individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, p. 33 ss.

⁸³¹ Pur con riferimento al telelavoro L. GAETA, voce *Telelavoro*, cit., già nel 2015 ha messo in rilievo che “L’art. 2103 c.c. riconosce al datore di lavoro il potere di trasferire unilateralmente il lavoratore da una unità produttiva ad un’altra della stessa impresa purché sussistano «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», che senza dubbio possono risiedere in una strategia di ricorso al telelavoro. Ma una tale conclusione non è necessaria, perché presuppone l’assimilazione della postazione di telelavoro ad un’auto-noma unità produttiva, il che – come s’è detto – non è, costituendo essa un mero prolungamento dell’ufficio. Perciò, se il consenso non è richiesto per il trasferimento da un’unità produttiva ad un’altra, a maggior ragione non dovrebbe essere richiesto per quel trasferimento atecnico costituito dal telelavoro, che assume invece la veste di una diversa collocazione nell’ambito della stessa unità produttiva”.

problematica rispetto all'esercizio dei poteri datoriali⁸³² e dall'altro la sua debolezza per garantire la protezione del lavoratore.

Se invece osserviamo i confini della subordinazione, la disciplina ordinaria del lavoro agile non sembra determinare di per sé uno strappo sistematico nelle maglie del diritto del lavoro, giacché i suddetti confini sono di per sé incerti e destinati a mutare senza che per questo debba mutare la ricerca della cornice protettiva della persona che lavora, meritevole di garanzie specifiche, alla luce dell'art. 35 della Costituzione.

Tuttavia prendere atto della mutevolezza dei confini della subordinazione significa che non è più rinviabile il compito del legislatore di individuare la disciplina applicabile a rapporti di lavoro che, pur non essendo riconducibili al lavoro subordinato in senso tradizionale, meritano una tutela rafforzata che non può essere quella del lavoro autonomo e, deve aggiungersi, era ed è compito del legislatore tentare di definire i nuovi confini della subordinazione che potrebbero essere ben più estesi di quelli tradizionali ove l'attenzione si rivolgesse agli interessi meritevoli di protezione emergenti alla luce dell'art. 35 Cost.

4. La disciplina emergenziale: è una vera metamorfosi?

L'emergenza epidemiologica ha fatto una violenta irruzione nella disciplina del lavoro agile, mutandone funzione e disciplina⁸³³.

Sul primo versante, il lavoro agile, concepito originariamente per garantire la conciliazione tra vita e lavoro, assume, nella fase emergenziale, la funzione di salvaguardare la salute e la vita del

⁸³² Su questo versante, pur con riferimento al telelavoro, si v. R. DEL PUNTA, *Esigenze aziendali e poteri dell'imprenditore*, in L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, cit., p. 57-58, secondo cui "il ricorso al telelavoro rappresenta null'altro che una modifica delle modalità di esecuzione materiale della prestazione lavorativa, per cui appare impensabile che esso possa determinare un mutamento della struttura obbligatoria del rapporto (nella quale un potere pesa a prescindere dalla sua "virtualità") e comunque della qualificazione già acquisita".

⁸³³ Sul tema si v. la già ampia letteratura: M. BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020, 553 ss; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 215 ss; M. LAMBERTI, *Dal lavoro agile al lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria: le prospettive dello smart working*, in corso di pubblicazione su *Mass. giur. lav.*, 2020; A. TURSI, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, cit., p. 96 ss; 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, p. 131 ss; R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, 423 ss; S. BINI, *Lo smart working al tempo del Coronavirus. Brevi osservazioni in stato di emergenza*, in *Giustiziavivile.com*, n. 3/2020; G. GENTILE, *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 489 ss; A. OCCHINO, *Lo smart working in tempo di covid-19*, in *Giustizia insieme*, 2020, 1° maggio 2020; A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 419/2020*; I. SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziavivile.com*, n. 3/2020; C. MACCHIONE, *Il lavoro agile al tempo del coronavirus*, in *Giustiziavivile.com*, n. 4/2020; C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *Riv.it. dir. lav.*, 2020, III, p. 3 ss; M. MARTONE, *Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 3 ss; Sul lavoro agile nel pubblico impiego: L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 421/2020*; M. RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*, in *Giustiziavivile.com*, 3, 2020, pp. 1-7. C. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *Lav. nelle p.a.*, 2020, p. 21 ss.; R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *Lav. nelle p.a.*, 2020, p. 81 ss.; M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., p. 147 ss; Per una ricostruzione sullo sfondo più ampio: M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del Coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 4, 321 ss.; V. FILÌ, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. giur.* 2020, n. 4, 332 ss.; D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 5, 429 ss.

lavoratore, garantendo, almeno in parte la continuazione dell'attività di impresa e il lavoro⁸³⁴ ed assumendo dunque, contestualmente, i caratteri di una disciplina di "ordine pubblico sanitario" e di "ordine pubblico economico"⁸³⁵.

Sul secondo versante la novità è rappresentata dalla circostanza che il lavoro agile emergenziale muove (o può muovere) da un atto di impulso unilaterale del datore di lavoro: il lavoro agile può aver corso anche in assenza di un accordo individuale fra lavoratore e datore di lavoro e dunque sulla scorta di una comunicazione unilaterale di quest'ultimo⁸³⁶.

Nel quadro emergenziale per ovvie ragioni il lavoro agile viene di fatto a svolgersi (in via prevalente o esclusiva) nel domicilio del lavoratore o, comunque, perde significativamente il tratto flessibile del luogo di lavoro che connota la disciplina ordinaria⁸³⁷.

Difficile concludere se i mutamenti funzionali e di disciplina appena accennati comportino una metamorfosi del lavoro agile ed è molto complesso anche operare previsioni sul futuro assetto che riguarderà la stessa fattispecie, sebbene non sembrano esservi dubbi sulla circostanza che la diffusione del lavoro agile non conoscerà certo un ritorno alla situazione originaria nella fase post-pandemica⁸³⁸.

Osserviamo adesso più da vicino i tratti essenziali della disciplina emergenziale.

Dopo una lunga sequenza di D.p.c.m.⁸³⁹ attualmente il lavoro agile emergenziale trova il suo riferimento normativo essenziale nell'art. 90 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio) convertito in l. 17 luglio 2020 n. 77 in base al quale la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della l. n. 81/2017 "può essere applicata ai datori di lavoro privati e ad ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati della menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti".

Nel momento in cui viene completato questo scritto, l'operatività di tale disciplina sembra coincidere, per nel quadro di un complesso e mutevole quadro normativo, con il termine ultimo del

⁸³⁴ M. BROLLO, *op. cit.*, 560.

⁸³⁵ B. CARUSO, *op. cit.*, 232-233.

⁸³⁶ M. BROLLO, *op. cit.*, 560; B. CARUSO, *op. cit.*, 238-239; C. ALESSI, M. L. VALLAURI, *op. cit.*, p. 131 ss. Cfr. G. LUCCHETTI, *Il lavoro da remoto tra consenso del lavoratore e organizzazione dell'impresa*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 77 ss. con interessanti spunti critici sul "dogma" della imprescindibilità del consenso.

⁸³⁷ F. CARINCI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 49 ss.; cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 215 ss.

⁸³⁸ Cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 243-249, che formula diverse ipotesi e che pure non esclude (249) lo scenario pessimistico della realtà di un ritorno alla situazione originaria: "In tale scenario il lavoro cd. Agile altro non sarà, a parte qualche illuminata progettazione imprenditoriale supportata da organizzativisti predittivi, che uno dei tanti gadget alla fine inutili di una rinnovata e pericolosa stagione di balcanizzazione del mercato del lavoro non governato, e quindi presto dimenticato e rimosso, come strumento di riforma sociale, di fronte alla drammaticità e alla profondità dell'emergenza economica e sociale che incalzerà".

⁸³⁹ Inizialmente con il D.P.C.M. 23 febbraio 2020 per le c.d. zone rosse (art. 3) e, successivamente, con il D.P.C.M. 1° marzo 2020 per l'intero territorio nazionale. Riferimenti all'esigenza di ricorrere in modalità derogatorie al lavoro agile sono presenti anche nel d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, conv. in l. n. 13/2020 ("specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile": art. 1, comma 2, lett. o). Il quadro normativo ha poi trovato riferimento nel d.l. 25 marzo 2020 n. 19 conv. in l. 22 maggio 2020 n. 35 (art. 1, comma 2, lett. ff) fino all'entrata in vigore del sopra citato art. 90 del c.d. decreto Rilancio.

31 dicembre 2020⁸⁴⁰.

Occorre peraltro mettere in rilievo che nel pubblico impiego, fino alla cessazione dello stato di emergenza (che coincide al momento con la data del 31 gennaio 2021), il lavoro agile, ai sensi dell'art. 87 del c.d. decreto Cura Italia, è la "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa"⁸⁴¹.

Anche il Protocollo tra Governo e parti sociali del 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020, ha previsto la possibilità per le imprese di disporre la chiusura di tutti i reparti diversi dalla produzione o, comunque, di quelli dei quali è possibile il funzionamento mediante il ricorso al lavoro agile o a distanza e di utilizzare il lavoro agile per tutte quelle attività che possono essere svolte presso il domicilio o a distanza.

Il Protocollo ha previsto inoltre che «il lavoro a distanza continua ad essere favorito anche nella fase di progressiva riattivazione del lavoro in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause)».

Nella fase emergenziale, il lavoro agile, da strumento di competitività e di agevolazione dei tempi vita/lavoro è divenuto dunque una misura organizzativa aziendale finalizzata al contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

In mancanza di una fattispecie sospensiva e in tutte le ipotesi in cui non sia possibile consentire la presenza dei dipendenti nel luogo di lavoro senza violare le misure per la prevenzione del contagio, il ricorso al lavoro agile diventa l'unica via percorribile dalle parti per dar corso allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il limite, fortemente critico, che si pone ove le caratteristiche della prestazione siano incompatibili con tale modalità di svolgimento del rapporto⁸⁴².

Molteplici sono le previsioni che riconoscono al lavoratore un diritto al lavoro agile secondo una disciplina che opera con una importante funzione inclusiva⁸⁴³.

Viene anzitutto in rilievo l'art. 39 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (c.d. decreto Cura Italia) conv. in l. 24 aprile 2020.

Il primo comma del citato art. 39 sancisce il diritto per i lavoratori dipendenti gravemente disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona affetta da grave disabilità a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19. Tale diritto è accordato a *condizione* che lo *smart working* sia compatibile con

⁸⁴⁰ Si v. da ultimo il d.l. 7 ottobre 2020 n. 125 (art. 1, comma 3) che ha prorogato fino al 31 dicembre 2020 il termine del 15 ottobre 2020 previsto dal precedente d.l. 30 luglio 2020 n. 83. L'art. 90, comma 4, del c.d. decreto Rilancio prevede la formula "e comunque non oltre il 31 dicembre 2020".

⁸⁴¹ L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 4, che rileva che nel pubblico impiego il lavoro agile è "tendenzialmente obbligatorio".

⁸⁴² M. MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, cit., 268 ss; S. GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, cit., 10.

⁸⁴³ M. BROLLO, *op. cit.*, 564; B. CARUSO, *op. cit.*, 230 ss, secondo cui nella fase post-pandemica verranno conservate quelle disposizioni che prevedono l'accesso al lavoro agile per i lavoratori fragili.

le caratteristiche della prestazione⁸⁴⁴.

Il secondo comma della suddetta disposizione riconosce ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile e, infine, il comma 2-bis estende le previsioni dei commi precedenti ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse.

Il tema è stato poi ripreso dall'art. 90 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto Rilancio) convertito in l. 17 luglio 2020 n. 77 il quale prevede che il diritto al lavoro agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 dello stesso decreto Rilancio, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa.

Complesse e delicate si rivelano le questioni poste da tali disposizioni⁸⁴⁵, soprattutto avuto riguardo al tema, già segnalato, dell'incompatibilità del lavoro agile con le concrete caratteristiche della prestazione di lavoro⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ I. ALVINO, *E' configurabile un diritto al lavoro agile nell'emergenza Covid-19?*, in *Giustiziacivile.com*, n. 4/2020; M. D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 426/2020; M. VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, n.3/2020; A. ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come "accomodamento ragionevole" tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 2020, p. 533 ss. Sullo sfondo più ampio della conciliazione vita-lavoro v. A. M. BATTISTI, *Working carers. Misure di conciliazione vita-lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 65 ss.

⁸⁴⁵ Non a caso, la prima delle due disposizioni è al centro di due recenti vicende giudiziarie: a) il Tribunale di Grosseto, con ordinanza del 23 aprile 2020 resa a definizione di un procedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c., ha dichiarato l'illegittimità della condotta datoriale che obbliga il lavoratore a fruire di ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, invece di adibirlo a modalità di lavoro agile, anche in ragione della previsione di cui all'art. 39, comma 2, d.l. n. 18/2020. In particolare, il datore di lavoro si era rifiutato di adibire il dipendente – affetto da una patologia polmonare da cui era derivato il riconoscimento di un'invalità civile con riduzione della sua capacità lavorativa – al lavoro c.d. agile al pari dei suoi colleghi, limitandosi a prospettargli il ricorso alle ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, in alternativa alla sospensione non retribuita del rapporto; b) con decreto del 23 aprile 2020 il Tribunale di Bologna ha ordinato ad una società che aveva negato l'autorizzazione allo smart working ad una lavoratrice invalida al 60%, di assegnarla a modalità di lavoro agile, dotandola degli strumenti necessari o concordando l'utilizzo di quelli personali. In particolare, il datore di lavoro stava utilizzando la modalità di smart working per alcuni dei dipendenti dell'ufficio fiscale al quale è addetta la ricorrente, mentre non aveva accolto la richiesta prontamente presentata dalla lavoratrice, invalida e convivente con figlia con handicap grave accertato e documentato. In tema v. S. D'Ascola, *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in *Questione Giustizia*, 2020. Di interesse è anche l'ordinanza del Tribunale di Roma, 20 giugno 2020 resa a definizione di un procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. secondo cui per stabilire la compatibilità del lavoro agile con lo svolgimento della prestazione lavorativa, la valutazione deve essere fatta in concreto avendo riguardo alla specifica attività svolta e che incombe sul datore di lavoro l'onere di provare detta incompatibilità. Nel caso di specie la lavoratrice, dipendente di un'azienda sanitaria pubblica, faceva parte delle task force organizzate per la gestione dell'emergenza Covid, ma le mansioni attribuitele di rapporto con l'utenza potevano essere svolte da remoto e non erano dunque incompatibili con il lavoro a distanza. Il Tribunale ha dunque ordinato all'azienda di adibire la lavoratrice al lavoro agile anche ai sensi dell'art. 39, comma 1, d.l. n. 18/2020.

⁸⁴⁶ Sulla configurabilità, sul piano generale, di un diritto al lavoro agile si interroga V. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e di disconnessione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., 90, giungendo a conclusione negativa ma, al tempo stesso, prefigurando importanti mutamenti nello scenario futuro del lavoro agile.

In questo quadro occorre rammentare, sempre ai sensi dell'art. 90 del c.d. decreto Rilancio, il diritto all'attivazione dello *smart working* per i lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di quattordici anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore⁸⁴⁷.

Siffatto diritto è riconosciuto fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

La suddetta disposizione è rimasta in vigore fino al 14 settembre 2020 ai sensi dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 83/2020 e secondo quanto previsto dall'Allegato I (punto 32) di tale decreto.

Sul legame fra lavoro agile e cura dei figli minori è intervenuto l'art. 5 del d.l. 8 settembre 2020 n. 111 secondo cui un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di quattordici anni, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico.

Il comma 2 dell'art. 5 cit. prevede che nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e comunque in alternativa alla misura di cui al comma 1, uno dei genitori, alternativamente all'altro, può astenersi dal lavoro per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico. In caso di astensione sarà riconosciuta un'indennità pari al 50 per cento della retribuzione stessa.

Il massiccio ricorso al lavoro agile sta facendo emergere varie e nuove questioni poste all'attenzione degli interpreti; ad alcune di queste si dedica qualche breve cenno.

Si segnala il legame fra malattia e lavoro agile nel caso in cui lavoratore risulti positivo al Covid-19 ma sia asintomatico. In una simile ipotesi, l'art. 26 del c.d. decreto Cura Italia, prevede che il periodo trascorso dal lavoratore in sorveglianza attiva o in permanenza domiciliare fiduciaria, in ogni caso, non computabile ai fini del compenso, sia equiparato alla malattia ai soli fini del trattamento economico.

Tuttavia, ove si consideri che la malattia, secondo l'art. 5 stat. lav., è uno stato di infermità del lavoratore, nel caso del lavoratore positivo ma asintomatico non sussisterebbe una strutturale incompatibilità allo svolgimento dell'attività lavorativa a condizione che il lavoratore non esponga i colleghi di lavoro al rischio di contagio: il lavoro agile in una simile ipotesi consentirebbe dunque di garantire un perfetto equilibrio fra l'interesse del lavoratore e del datore di lavoro alla prosecuzione dell'attività lavorativa e l'esigenza fondamentale di prevenzione del contagio. Una simile soluzione presuppone ovviamente il consenso di entrambe le parti, una valutazione positiva del

⁸⁴⁷ Su tale previsione si è pronunciato il Tribunale di Mantova, con decreto del 26 giugno 2020. Nella specie il lavoratore svolgeva mansioni riferibili alla gestione in generale dei parcheggi, dalla fase iniziale della loro progettazione fino alla relativa gestione operativa. Inoltre, il lavoratore ricopriva il ruolo di Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza. Ad avviso del Giudice si tratta di mansioni diversificate che "risultano caratterizzarsi – quanto meno in misura rilevante se non prevalente – per la necessità della presenza fisica del dipendente". E' inoltre emerso che la moglie del lavoratore svolgeva con regolarità la propria prestazione lavorativa in *smart working* presso il proprio domicilio di residenza, dove viveva con la figlia ed il marito. Il Giudice ha pertanto rigettato il ricorso del lavoratore.

medico competente e che al lavoratore venga corrisposta la retribuzione in sostituzione dell'indennità di malattia.

Altra questione riguarda l'erogazione dei buoni pasto in caso di svolgimento dell'attività lavorativa in modalità.

La permanenza di tale beneficio viene messa in discussione dalla circostanza che questo si connette allo svolgimento dell'attività lavorativa in presenza e dunque nel luogo di lavoro. Il buono pasto è infatti sostitutivo del servizio mensa (d.m. 7 giugno 2017 n. 122) e, nel caso in cui la prestazione non sia resa nel luogo di lavoro, il beneficio, salvo che non sussista una disciplina negoziale che diversamente disponga, sarebbe privo di titolo⁸⁴⁸.

5. Funzione e disciplina: effetti del perdurare della disciplina emergenziale.

Descritto il quadro normativo emergenziale, occorre tornare ad interrogarsi sul mutamento di funzione e di disciplina che caratterizza l'attuale fase.

Sul piano funzionale, il ricorso al lavoro agile, in caso di lungo perdurare dell'attuale disciplina, potrebbe avere effetti devastanti sull'equilibrio della persona, soggetta ad una contraddizione auto-distruttiva fra la paura del contagio e quella per la disoccupazione⁸⁴⁹: la saldatura che il lavoro agile emergenziale realizza fra i due volti della paura può certamente degenerare nel ritiro sociale del lavoratore e in gravi deficit organizzativi per il datore di lavoro sui quali occorre intervenire con un ritorno alla fisiologia.

Sul piano della disciplina applicabile, l'attuale unilateralità del lavoro agile – che non è certamente obbligatoria, ben potendo le parti comunque stipulare un accordo individuale – può rappresentare una deviazione importante dal modello legislativo ordinario, portando alla luce una contraddizione che è invero latente in quello stesso modello.

Anzitutto occorre rilevare che l'*imprinting* consensuale che nella disciplina ordinaria del lavoro agile viene dato alle modalità di esecuzione della prestazione, alle modalità di esercizio del potere direttivo, del potere di controllo e dello stesso potere disciplinare (per la prestazione lavorativa resa all'esterno) non è compatibile con una lettura della disciplina emergenziale nella quale le modalità di esecuzione della prestazione vengono stabilite unilateralmente dal datore di lavoro.

È vero che l'art. 90, comma 4, del c.d. decreto rilancio, fa salvo il rispetto dei principi dettati dagli artt. 18-23 della l. n. 81/2017 ma molti dei principi enunciati da tale legge vivono nella dinamica dell'accordo individuale fra le parti.

Come si è già rilevato (par. 3), la legge sul lavoro agile prevede poco più che una cornice entro la quale trova spazio l'autonomia individuale ed è, a ben vedere, contraddittorio stabilire che la modalità di lavoro agile può essere applicata *“anche in assenza di accordi individuali”* (art. 90, comma 4) quando il lavoro agile è una *“modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti”* (art. 18 cit.).

⁸⁴⁸ Nel senso che i buoni pasto non sono dovuti al lavoratore agile: Trib. Venezia 8 luglio 2020 n. 3463; sul punto v. R. ROMEI, *op. cit.*, 434; cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 239 ss. che sviluppa una condivisibile riflessione legata alle diverse impostazioni emerse nella prassi, rimarcando l'eventuale presenza di accordi individuali o sindacali sul tema e un non trascurabile rischio contenzioso.

⁸⁴⁹ M. BROLLO, *op. cit.*, 555.

È sufficiente leggere le disposizioni della legge per avvedersi che, rimosso l'accordo individuale, la regolazione eteronoma finisce per concentrarsi su temi quali la disciplina della forma e del recesso, il 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, il diritto all'apprendimento continuo e alla certificazione delle competenze, la sicurezza sul lavoro e la disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Nella comunicazione unilaterale di lavoro agile sembrano comunque doversi garantire quelli che l'art. 90 cit. definisce impropriamente i "principi" di cui agli artt. 18-23 della l. n. 81/2017, e che hanno, invece, una vera e propria funzione regolativa: i tempi di riposo e il diritto alla disconnessione, l'assenza di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, il rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Rimane comunque logicamente estraneo alla comunicazione "unilaterale" il tema della consensualità sulle modalità di esercizio del potere direttivo, di controllo e disciplinare del datore di lavoro.

Ciò premesso, occorre ammettere che la consensualità propria della disciplina ordinaria e dunque l'impostazione secondo cui nel lavoro agile i poteri unilaterali del datore di lavoro sarebbero negoziati nell'accordo individuale, è più apparente che reale, rivelando, come già messo in luce (par. 2 e 3), un potenziale strappo sistematico rispetto alla regolazione del rapporto classicamente fondata sull'inderogabilità lavoristica.

Viene dunque da chiedersi se l'unilateralità dell'attuale fase emergenziale non abbia messo in luce che il lavoro agile presuppone il naturale dispiegarsi dei poteri datoriali i quali possono essere limitati dall'intervento eteronomo della legge e dell'autonomia collettiva e non dal naturalmente debole potere negoziale del lavoratore.

Peraltro l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile⁸⁵⁰.

Il lavoro agile pandemico ha rivelato con ogni probabilità l'esigenza di procedere ad una rivisitazione della disciplina ordinaria che, messa a nudo, rivela l'artificiosità di una dinamica pattizia che, così come attualmente congegnata, è poco più che un ornamento.

Un profilo di indubbio interesse che meriterà l'approfondimento della riflessione riguarda il diritto al lavoro agile del lavoratore, previsto in specifiche ipotesi normative, diritto che dunque impone al datore di lavoro di dar corso ad una diversa modalità di svolgimento della prestazione con il limite della "compatibilità" con le caratteristiche della prestazione.

La valutazione di compatibilità lascia emergere una inevitabile, seppur relativa ed oggettivamente apprezzabile, discrezionalità del datore di lavoro che apre questioni invero delicate ove la

⁸⁵⁰ G. ZILIO GRANDI, M. L. PICUNIO, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., p. 169 ss; M. BENTIVOGLI, *Smart working e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 159 ss

prestazione sia impossibile nella modalità agile: il ricorso al sistema degli ammortizzatori sociali per Covid-19, il ricorso alle ferie e ai permessi⁸⁵¹.

Al di là delle ipotesi in cui il ricorso al lavoro agile possa configurarsi come diritto, certamente complessa si rivela la valutazione di questa fattispecie alla luce dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro.

Il ricorso al lavoro agile infatti, proprio perché diretto a scongiurare e prevenire la diffusione del contagio da Covid-19, si apprezza infatti come una vera e propria misura di prevenzione che il datore di lavoro ha l'obbligo di mettere in atto ove non sia possibile garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori con riferimento al rischio di infezione: sul punto vengono in particolare in considerazione le misure previste dal Protocollo condiviso fra Governo e parti sociali del 24 aprile 2020⁸⁵².

Ove nel luogo di lavoro non sia possibile garantire adeguate misure di prevenzione del contagio, il ricorso al lavoro agile viene a configurarsi come una vera e propria misura prevenzionale la cui inattuazione comporta l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza e non può escludersi che il lavoratore possa ragionevolmente avvalersi dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 cod. civ.

Da una simile situazione non deriva in sé la prova del danno sofferto dal lavoratore per l'eventuale infezione da Covid-19, prova soggetta alle regole della responsabilità datoriale per il risarcimento del danno, comunque da inquadrarsi nel complessivo contesto della disciplina assicurativa e su cui qui non ci si sofferma⁸⁵³.

Anche sul versante ora descritto emerge a ben vedere l'insopprimibile discrezionalità del datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri, una discrezionalità che, tuttavia incontra, un muro insormontabile davanti al dispiegarsi dell'obbligo di sicurezza, un obbligo che non consente al datore di lavoro di seguire strade alternative.

⁸⁵¹ R. ROMEI, *op. cit.*, 430.

⁸⁵² Sulla portata di tali misure v. G. NATULLO, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., 49 e ss.; P. TULLINI, *Tutela della salute dei lavoratori e valutazione del rischio biologico: alcune questioni giuridiche*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, fasc. n. 2, 335 ss.

⁸⁵³ In tema v. R. RIVERSO, *Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in *Questione Giustizia*, 19 maggio 2020; M. MARINELLI, *Infortunio sul lavoro e Covid: molto strepito per nulla?* in *Lav. giur.*, 2020, 677 ss.