

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata

a cura di

RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO

PASQUALE MONDA

Editoriale Scientifica

Il volume viene pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II (Fondi PRIN 2017EC9CPX "Dis/Connection: Labor and Rights in the Internet Revolution" a cui partecipano unità di ricerca delle Università di Bologna, Napoli Federico II, Udine, Venezia Ca' Foscari).

© Copyright dicembre 2022

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-547-5

ISSN 1722-7666

indice

presentazione

- 9 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO, PASQUALE MONDA

sezione prima

Il lavoro da remoto nell'ordinamento nazionale

- 19 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
I modelli di lavoro agile
- 25 ANGELO ABIGNENTE
Lavoro agile: potere nella relazione e dematerializzazione del dominio
- 37 EDOARDO ALES
Ragionando su “fattispecie” ed “effetti” nel prisma del lavoro agile
- 87 MICHELE TIRABOSCHI
Il lavoro agile tra innovazioni tecnologiche e dinamiche sociali. Contributo e limiti del punto di vista giuridico
- 99 MARIAGRAZIA MILITELLO
Lavoro agile e conciliazione. La quadratura del cerchio
- 115 FORTUNATO GAMBARDELLA
Lavoro agile e amministrazione digitale: il ruolo del responsabile per la transizione al digitale
- 129 PASQUALE MONDA
Il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: scenari e prospettive dopo la pandemia

sezione seconda

Il lavoro da remoto in chiave comparata

- 145 NANCY SIRVENT
Il lavoro a distanza e il telelavoro nella recente riforma spagnola
- 161 ŁUKASZ PISARCZYK
La Polonia alla ricerca di un quadro giuridico appropriato per il lavoro a distanza
- 187 JOÃO LEAL AMADO, TERESA COELHO MOREIRA
Il telelavoro in Portogallo
- 205 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Telelavoro e mobile Arbeit in Germania: sfide e opportunità
- 247 THOMAS DULLINGER
Homeoffice e lavoro a distanza in Austria
- 261 MARCO TUFO
Il télétravail in Francia tra modelli “partecipativi” e finalità emergenziali
- 275 *Notizie sugli autori*
- 277 *Abbreviazioni*

table of contents

presentation

- 9 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO, PASQUALE MONDA

section I

Remote Work in the National Law

- 19 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
The Models of Remote Work
- 25 ANGELO ABIGNENTE
Remote Work: Power in the Relationship and Dematerialization of the Domain
- 37 EDOARDO ALES
Reasoning on the Contractual Typus and Effects in the Prism of Remote work
- 87 MICHELE TIRABOSCHI
Remote Work between Technological Innovations and Social Dynamics. Contribution and Limits of the Legal Point of View.
- 99 MARIAGRAZIA MILITELLO
Remote Work and Conciliation. Squaring the Circle
- 115 FORTUNATO GAMBARDILLA
Remote Work and Digital Administration. The Role of the Responsible for the Digital Transition
- 129 PASQUALE MONDA
Remote Work in Public Administrations: Scenarios and Perspectives after the Pandemic

section II

Remote Work in a Comparative Perspective

- 145 NANCY SIRVENT
Remote Work and Telework in the Recent Spanish Reform
- 161 ŁUKASZ PISARCZYK
Poland in the Search for an Appropriate Legal Framework for Remote Work
- 187 JOÃO LEAL AMADO, TERESA COELHO MOREIRA
Telework in Portugal
- 205 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Telework and “Mobile Arbeit” in Germany: Challenges and Opportunities
- 247 THOMAS DULLINGER
Homeoffice and Remote Work in Austria
- 261 MARCO TUFO
The télétravail in France between “Participatory” Models and Emergency Purposes
- 275 *Authors’ information*
- 277 *Abbreviations*

Raffaello Santagata de Castro, Pasquale Monda*

1. Questo Quaderno della rivista *Diritti, Lavori, Mercati* nasce sulla scia di due convegni organizzati presso l'Università di Napoli Federico II e l'Università della Campania Luigi Vanvitelli: il primo, del 2 dicembre 2021, su *Il lavoro agile tra passato e futuro, tra poteri e libertà*; il secondo, dell'8 ottobre 2021, su *Lavoro agile e telelavoro: una prospettiva comparata*.

Svolgendosi nel pieno della crisi sanitaria, entrambi i convegni indagavano la “disciplina emergenziale” del lavoro da remoto, considerando, al contempo, le sue possibili ricadute sulla “disciplina ordinaria”. Trascorso quasi un anno dal loro svolgimento e superata la fase più buia dell'emergenza, i contributi qui pubblicati non mancano di confrontarsi anche con il “nuovo corso” intrapreso dall'ordinamento nazionale e da alcuni ordinamenti europei, offrendo un prezioso contributo al dibattito sul lavoro da remoto.

Un dibattito che, valorizzando la preziosa esperienza dell'ultimo biennio, sta cercando di chiarire come sviluppare al meglio uno “strumento” non più di “nicchia” e attraverso cui si stanno realizzando cambiamenti significativi. Nessuno, infatti, dubita che il dilagare del lavoro da remoto imposto dalla pandemia stia generando trasformazioni tanto profonde da andare oltre il “mero” adattamento dei processi produttivi e da sfociare in un mutamento degli stessi approcci organizzativi e manageriali: un mutamento che, piaccia oppure no, rende difficile immaginare passi indietro.

2. La prima sezione del quaderno si concentra sul dibattito nazionale, spingendo chi legge a interrogarsi su una domanda chiave: il lavoro remoto

* I paragrafi 1, 2, 3, 4 sono da attribuire a Pasquale Monda, i paragrafi 5, 6, 7, 8 sono da attribuire a Raffaello Santagata de Castro.

costituisce realmente un grimaldello per scardinare i “tradizionali” assetti del lavoro subordinato? Domanda di indubbia attualità, perché i processi di smaterializzazione e delocalizzazione del lavoro, nel mutare i consolidati equilibri tra poteri datoriali, tempo e luogo, stanno generando ibridi che è difficile riportare entro una dicotomia ancora alla ricerca di sé.

Ben si comprende, allora, l’opinione di chi ritiene il lavoro remoto davanti a un bivio: restare legato alla tradizione, venendo impiegato per spostare fuori dall’azienda la prestazione, o inaugurare scenari dalla “portata rivoluzionaria”: il problema è come intendere tali scenari. Riprendendo alcuni degli interrogativi di seguito affrontati: gli “scenari rivoluzionari” si sostanziano in una modifica “dell’oggetto della obbligazione e in una diversa considerazione del tempo e del compenso del lavoro”? Il futuro del lavoro da remoto, cioè, sta nel “promuovere nuove forme di organizzazione del lavoro, nel finalizzare l’attività ad obiettivi e risultati, nello sviluppare la responsabilità del lavoratore e forse una nuova concezione dell’obbligazione di lavoro (da mezzi a risultati)”? Insomma, e qui l’interrogativo diventa ancora più di fondo, sta prendendo forma una nuova “idea giuridica del lavoro”, dove gli assetti del rapporto vengono personalizzati e in cui non vi è posto per “negoziati istituzionali e standardizzati tra classi sociali”?

A tali domande i contributi forniscono risposte diverse non solo per inuibili ragioni tecnico-giuridiche, ma anche per argomentazioni di natura sociale.

Su queste ultime, si sofferma l’unica voce fuori dal “coro dei giuslavoristi”, precisando che il lavoro da remoto rischia di accentuare la separazione del lavoratore dall’“ambiente condiviso”, isolandolo nella dimensione dell’*oikos* e privando, così, il lavoro del suo tratto relazionale: il “senso di identità, l’inclinazione a stabilire rapporti sociali significativi” lasciano il posto a un marcato individualismo, mettendo in crisi il senso di *appartenenza* a una *collettività*. Gli effetti che ne derivano sono molteplici oltre che variegati e vanno dalla cc.dd. disintermediazione sindacale, nota ai giuristi del lavoro, all’alterazione dei normali circuiti democratici: il richiamato individualismo – si precisa nel contributo in parola – trasforma il potere in dominio, perché la presenza oppositiva e critica, tipica di una realtà pluralista, lascia il posto a incontri fugaci, da cui non nasce alcuna aggregazione.

3. A tali interrogativi di scenario, si collega il tentativo di esaminare più da vicino la disciplina sul lavoro “esterna”, affrontando, anzitutto, il ruolo del-

l'accordo nell'organizzare la prestazione agile: profilo tanto incerto, da vedere contrapposte interpretazioni "estensive", che ammettono il ricorso all'accordo per negoziare il contenuto dei poteri datoriali, e "restrittive", che ne limitano il perimetro alla forma dei medesimi poteri.

Dalla prospettiva del nesso fattispecie-effetti, in uno dei contributi qui pubblicati si ritiene che la l. n. 81/2017 costruisca una cornice in cui le parti "negozano *gli elementi funzionali* della fattispecie per adattarla a forme di svolgimento della prestazione subordinata prive di luogo ed orari predefiniti, consentendo al lavoratore di spostare su di sé parte delle obbligazioni datoriali in cambio di un grado variabile di autorganizzazione": sicché, a una maggiore autonomia – quella concordata tra le parti – corrisponde un livello più elevato di responsabilizzazione del lavoratore. Ogni possibile rischio di "nocumento del lavoratore" – si aggiunge – è destinato a dissolversi, perché "non è messa in discussione la ... fattispecie 'ordinaria' della subordinazione, i cui elementi cardine di tutela rimangono intatti" anche per effetto del Protocollo del 7 dicembre 2021.

Le norme sull'accordo restano, tuttavia, incerte e divergenze di opinione non stupiscono: in fin dei conti, la principale accusa rivolta alla l. n. 81/2017 – non valorizzare adeguatamente la capacità negoziale del lavoratore – è condivisa da tanti e un suo chiaro eco è rinvenibile nel contributo sulla conciliazione.

Pur facendo di quest'ultima lo "scopo" del lavoro agile, la l. n. 81/2017 esclude i vincoli inderogabili sull'orario di lavoro, ma non assicura un reale "diritto di scelta" del tempo messo a disposizione: profilo assolutamente cruciale nella disciplina europea sulla conciliazione (v., da ultimo, la direttiva n. 1158/2019/UE). Anzi, mancando ogni rinvio alla contrattazione collettiva e valorizzando (eccessivamente) l'accordo individuale – si rimarca nel contributo – la citata legge confonde "la libertà contrattuale con l'autodeterminazione" e alimenta "l'equivoco per cui la libera gestione del tempo consente in automatico e senza alcun ulteriore intervento, di conciliare tempi di vita e di lavoro": un equivoco pericoloso perché, oltre ad annullare i confini tra tempo di lavoro e tempo di cura, nei fatti accentua sia discriminazioni già esistenti sia la nota divisione del lavoro ancorata al genere.

4. L'esame del dibattito nazionale si chiude con una rapida panoramica sulla disciplina del lavoro agile nel pubblico.

Conclusa l'esperienza emergenziale, tale disciplina è segnata dal tentativo

di integrare il lavoro agile nei circuiti *goal oriented* dell'amministrazione: a questo ambiva il POLA, introdotto per governare l'uscita dall'emergenza sanitaria, e a questo ambisce il PIAO, nuovo fulcro di tutta la programmazione pubblica. Per effetto di simile cambio di rotta, dunque, le potenzialità del lavoro agile dipendono dalla capacità di pianificarne l'utilizzo, di collegarlo alle strategie dell'amministrazione e di misurarne la reale inclinazione a migliorare l'offerta di servizi: un esito – si evidenzia di seguito – ancora lontano dal realizzarsi.

Sia chiaro, i problemi non derivano, almeno non derivano solo, dalle note difficoltà della c.d. amministrazione di risultato – baricentro delle riforme degli anni '90 – ma sono il portato proprio delle più recenti regole sul lavoro agile nel pubblico.

Al richiamato “approccio organizzativo”, infatti, si contrappone la decisa opzione per la “presenza in servizio”: evidente nel DM dell'8 ottobre 2021 e nel DM sul Piano-tipo. Scelta non marginale, perché con essa, ancora una volta, l'ordinamento dimostra di non resistere alla tentazione di plasmare un modello organizzativo – nel caso di specie improntato sulla “presenza” – e di imporlo a tutti gli enti pubblici. Certo, in ballo ci sono le risorse del PNRR e non sono tollerabili “amministrazioni poco performanti”, ma, se è questa la logica dei citati provvedimenti, una domanda è d'obbligo: il lavoro in presenza garantisce di per sé l'efficacia e l'efficienza dei servizi? Dopo quasi trent'anni di riforme sul lavoro pubblico, sembra piuttosto miope tralasciare che il buon andamento dipende da virtuose strategie organizzative, al cui cospetto tanto la “presenza” quanto la “distanza” sono “variabili” da governare con adeguate “regole gestionali”.

A complicare ulteriormente il quadro, poi, sono le incerte “scelte implementative” e le frammentate regole di fonte collettiva destinate al lavoro agile.

Riguardo alle “scelte implementative”, nei saggi che seguono si pone l'accento sul Responsabile della transizione al digitale, cui è affidato il compito (v. Piano triennale per l'informatica per la P.A. 2020-2022) di “definire un *maturity model*” per agevolare lo sviluppo del lavoro agile. L'apertura è anche opportuna, ma trascura la carenza di poteri decisori del suddetto Responsabile: dato non secondario e dal quale dipende il suo limitato impatto nel governare il progresso digitale dell'amministrazione. Venendo al piano collettivo, particolare attenzione viene riservata al contratto stipulato il 9 maggio 2022 per il comparto Funzioni Centrali, che a interessanti novità – il riferimento è all'orario di lavoro “agile” e alla disconnessione – contrap-

pone mancanze “di peso”: è il caso del contratto integrativo e della partecipazione, su cui, nonostante gli auspici di tanti, permane un silenzio assordante. Per non parlare, infine, della scelta di affiancare al lavoro agile un generico lavoro da remoto, dall’orario corrispondente a quello interno: distinzione non chiara e che complica ulteriormente un quadro già complesso.

5. I contributi pubblicati nella seconda sezione del volume hanno ad oggetto lo studio delle discipline sul lavoro da remoto vigenti in sei paesi europei con strutture economiche più o meno simili al nostro, vale a dire Austria, Francia, Germania, Polonia, Portogallo e Spagna. Le riflessioni dei diversi autori si propongono di ricostruire l’impatto che la normativa emergenziale ha prodotto in ciascun ordinamento sull’assetto preesistente, tenendo conto delle risposte che il legislatore, le parti collettive e la giurisprudenza hanno fornito rispetto ai principali snodi regolativi del tema: si pensi alla nozione di lavoro agile e di telelavoro, al nesso con l’organizzazione dell’orario di lavoro, alle possibili declinazioni dei poteri datoriali, alla *privacy* del telelavoratore, e ancora ai rischi per la salute e la sicurezza e così via. L’idea è quella di fare emergere somiglianze e differenze di approccio a tali problematiche, ma anche di comprendere in che modo ciascun paese si è rapportato al diritto dell’Ue (e ai suoi principi ispiratori) e ha risentito dell’influsso dei modelli di paesi diversi. All’occhio dell’osservatore italiano si presenta un panorama composito e variegato: in alcuni sistemi (Austria, Portogallo e Spagna) la materia è stata interessata da riforme recenti che hanno fatto tesoro dell’esperienza della pandemia; altri si erano già muniti di normative di legge e/o di contratto collettivo (Germania, Polonia), che, però, solo in alcuni casi, si sono rivelate idonee a governare le complesse sfide della società digitalizzata (Francia). Sembra utile richiamare fin d’ora l’attenzione, a titolo di esempio, su tre profili di particolare rilievo concernenti: gli aspetti definitivi, il ruolo delle fonti di disciplina del lavoro a distanza, e infine il rapporto tra accesso al lavoro agile, conciliazione vita-lavoro e disconnessione.

6. Partendo dal primo profilo va riconosciuto che il confronto tra le definizioni adottate dalle diverse discipline nazionali evidenzia non poche disomogeneità che potrebbero rappresentare un ostacolo allo sviluppo nel diritto dell’Ue di un linguaggio giuridico uniforme. Il termine *télétravail*

adottato nel sistema francese ha una valenza diversa rispetto al corrispondente *Telearbeit* tedesco e al *telepraca* polacco; così come il *teletrabalho* portoghese assume una diversa connotazione rispetto alla nozione di *trabajo a distancia* spagnola e alla *Homeoffice* austriaca: talvolta dietro un'identica formula verbale si nascondono realtà diverse. Del resto, nell'individuare gli elementi a corredo delle nozioni, ciascun sistema sembra muoversi in una direzione diversa: se alcuni (quello austriaco e polacco) richiamano espressamente e genericamente il requisito della regolarità o, addirittura, richiedono la presenza di una postazione fissa nella sfera privata (Germania), altri volutamente omettono tale requisito, aprendosi anche ad un modello di telelavoro occasionale (Francia e Portogallo dal 2021); altri ancora (Spagna) si preoccupano di specificarne e sostanziarne la portata attraverso una soglia oraria.

7. Per quanto riguarda il piano dei rapporti tra legge e altre fonti di regolamentazione si possono identificare in questa materia due modelli contrapposti: il primo si contraddistingue per il ruolo preponderante svolto dalle fonti legislative/unilaterali e dall'autonomia individuale; il secondo è quello promozionale, basato sul sostegno all'autonomia collettiva e sul pluralismo delle fonti. L'ordinamento polacco, contrassegnato da uno scarso radicamento del sindacato a livello aziendale e da un tasso di sindacalizzazione piuttosto basso, è quello nel quale si delinea più chiaramente il primo modello: nonostante la norma legale rinvii alcune competenze alla contrattazione collettiva, le parti collettive si disinteressano del tema, per cui di fatto si configura un *mix* di fonti regolative incentrato oltre che sull'accordo individuale sulle fonti unilaterali promananti dal datore di lavoro. In continuità con tale assetto si muove la recente proposta di legge, che, peraltro, sembra mettere in discussione anche la struttura volontaristica del telelavoro nella misura in cui consente al datore di ricorrere a tale strumento pure in assenza di un accordo, ove sussistano esigenze di tutela della salute e sicurezza. Non molto distante dal caso polacco è quello portoghese, tradizionalmente caratterizzato da un sistema centralizzato di contrattazione collettiva: anche in tale esperienza il tema viene per lo più trascurato nella prassi contrattuale collettiva per cui anche la nuova legge sul telelavoro, pur dimostrando una ampia capacità di adattarsi alle esigenze della nuova era tecnologica, affida alla contrattazione collettiva un ruolo solo marginale e integrativo rispetto alla norma legale, continuando ad incardinare il rapporto tra tali fonti nello schema dell'inde-

rogabilità in *pejus*. Una chiara opzione a favore del modello promozionale si rinviene invece in Spagna, dove la nuova normativa, ponendosi in linea con gli sviluppi della prassi negoziale in questa materia, amplia gli spazi di deroga concessi al contratto collettivo nell'ottica di garantire la massima flessibilità possibile nel dettare le condizioni di lavoro (per es. sul c.d. diritto di reversibilità); per contro, viene riservato uno spazio soltanto residuale all'autonomia individuale. Anche l'esperienza francese riflette un approccio basato sul pluralismo delle fonti, come emerge dalla interazione tra le prassi contrattuali e la disciplina legale: il contratto collettivo interprofessionale, con il quale le parti sociali scelgono di attuare l'accordo quadro europeo, prepara il terreno ad una legislazione assai innovativa, che affida all'autonomia collettiva il compito di veicolare un adattamento della disciplina giuslavoristica su svariati profili (es.: le modalità di verifica dei tempi di lavoro, la determinazione delle fasce di reperibilità del lavoratore a distanza). Infine, una variante al modello promozionale si configura in Austria e in Germania. In entrambi i paesi la normativa più recente, condizionata da alcuni fattori attinenti alla dialettica delle relazioni industriali (es.: la tradizione partecipativa, il doppio canale di rappresentanza), imbecca la strada del rafforzamento del canale di partecipazione, riconoscendo al consiglio aziendale il diritto di influire sulle decisioni dell'impresa con riferimento a diverse tematiche, inerenti l'*Homeoffice* o il *mobile Arbeit* (es. strumentazione richiesta dalla modalità di svolgimento del lavoro a distanza e assunzione dei relativi costi, modifiche all'orario di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro e protezione dei dati). Peraltro, già in precedenza, i soggetti collettivi avevano svolto un ruolo di primo piano nel trasporre la normativa europea contenuta nell'accordo quadro europeo del 2002; in Germania, anzi, ancora oggi, la contrattazione e gli istituti della *Mitbestimmung*, operando in un rapporto dialettico, suppliscono, in qualche misura, alla assenza di reali (e significativi) spazi di operatività della legge.

8. Particolare attenzione merita infine il terzo profilo richiamato: quello relativo al rapporto tra accesso al lavoro agile, conciliazione vita-lavoro e disconnessione. Profilo, questo, divenuto, oggi, cruciale: la smaterializzazione dei concetti di luogo e di orario di lavoro per l'esecuzione di alcune prestazioni lavorative e la connessa tendenza delle varieguate forme di lavoro a distanza a sovrapporre tempo di lavoro e di non lavoro impongono di fare i conti con nuovi bisogni e nuove istanze di autonomia e libertà individuale.

Con ciò si stanno misurando sempre più intensamente le istituzioni del diritto dell'Unione. Sebbene il tema del diritto alla disconnessione sia stato sinora oggetto soltanto di normative di *soft law*¹, è significativo che il legislatore europeo, nell'ottica di favorire il *work-life balance* e, in particolare, di "adeguare l'organizzazione della vita professionale (...) allo scopo di fornire assistenza", abbia inquadrato il lavoro a distanza tra le possibili modalità di lavoro flessibili, riconoscendo a favore di alcune categorie di lavoratori, sia pure a determinate condizioni, *il diritto* di richiedere tale modalità (genitori di figli fino ad una determinata età e ai prestatori di assistenza: cfr. cons. 34, dir. n. 1158 del 2019)².

Con riferimento a tali profili le tradizioni e gli aspetti peculiari di cultura giuridica propri di ciascun sistema hanno profondamente influenzato il grado di adeguamento al diritto dell'Ue. Se in linea generale, la giurisprudenza (per es. in Germania), restando fedele alla difesa del principio di consensualità, ha per lo più negato al dipendente un vero e proprio diritto all'accesso alla modalità da remoto (a meno che essa non sia indispensabile a scongiurare rischi per la salute o per la perdita del posto di lavoro), la normativa interna, in alcuni sistemi, ha invece riconosciuto un diritto di questo tipo a favore di alcune categorie di lavoratori. A tal riguardo, le discipline dei vari paesi presentano significative varianti. L'ordinamento più sensibile all'esigenza di agevolare, tramite il lavoro a distanza, la conciliazione degli impegni di cura con il lavoro è quello portoghese: con la recente riforma in materia il principio di consensualità subisce una significativa torsione nella misura in cui si prevede che il datore di lavoro, in talune ipotesi (per es. dipendenti con figli di età compresa tra tre e otto anni), non possa opporsi alla richiesta proveniente dal lavoratore; le normative francese e polacca, al contrario, appaiono più restrittive: esse, pur rinviando ad altre fonti (es. contratto collettivo aziendale) la determinazione delle modalità di accesso al telelavoro per alcuni soggetti (disabile o lavoratrice in gravidanza), riservano al datore

¹ Cfr., tra le altre, la risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, nonché quella del 5 luglio 2022 sulla salute mentale nel mondo del lavoro digitale.

² Né va sottaciuto che la Corte di giustizia, in alcune recenti sentenze, pur in assenza di una previsione espressa, si è adoperata con ragionevoli argomenti per ricavare in via interpretativa la sussistenza di un obbligo per gli Stati membri di garantire che i datori di lavoro istituiscano sistemi per misurare in modo "oggettivo, affidabile e accessibile" l'orario di lavoro svolto, chiarendo che tale obbligo trova applicazione anche al lavoro agile. Il riferimento è alla ben nota sentenza *Deutsche Bank* (C-55/18).

un certo margine di discrezionalità al riguardo; peraltro, in Polonia, fino a che non andrà in porto il progetto di riforma presentato dal governo, il diritto a richiedere il telelavoro è circoscritto ad ipotesi del tutto eccezionali (genitori con figli affetti da gravi disabilità, in caso di gravidanza con complicazioni)³. Altri sistemi ancora, come quello tedesco, avevano già previsto in passato normative speciali che, imponendo al datore di lavoro di concedere la modalità da remoto a particolari categorie di dipendenti (es. c.d. *caregiver*), sono da ritenere in linea con gli obblighi previsti dalla dir. n. 1158.

Il divario tra gli ordinamenti in esame si fa più marcato, infine, sul tema – collegato a quello poc'anzi richiamato – della disconnessione digitale. Solo tre dei paesi presi in esame (Francia, Portogallo e Spagna) hanno codificato un diritto del lavoratore a non essere rintracciato dal datore di lavoro tramite comunicazioni per via telematica (come mail o messaggi) durante il periodo dei riposi o delle ferie. La portata innovativa di tali normative non è legata soltanto alla forza simbolica del riconoscimento legislativo ma anche al campo di applicazione, che, contrariamente a quanto si verifica in altre esperienze, si rivolge indistintamente a tutti i lavoratori. Sennonché, come mostrano anche gli autori dei rispettivi contributi nessuna delle soluzioni prospettate si rivela esente da criticità. Proclamare un diritto – come si sa – non equivale ad assicurarne il rispetto e l'effettività. Per poterlo mettere al riparo dal rischio di ineffettività è fondamentale apprestare strategie di difesa e di attuazione. Sotto questo profilo i tre ordinamenti mostrano alcune criticità. La legge portoghese, dopo aver qualificato la disconnessione come diritto, fa salve le cause di esenzione della responsabilità, rimettendo alla concreta attività ermeneutica del giudice il compito di chiarire il concetto indeterminato e ambiguo di “forza maggiore”. In secondo luogo, la norma introdotta di recente consente implicitamente di negoziare a livello individuale le modalità operative del diritto in esame, con il rischio inevitabile di una indiscriminata apertura alle esigenze delle imprese e non dei lavoratori. In particolare non si può escludere la previsione di pattuizioni individuali sui tempi di disconnessione non rispettose della normativa legale in materia di riposo o, comunque, inidonee a consentire al lavoratore il recupero delle proprie energie ed a preservare il fondamentale diritto alla salute. Le leggi spagnola e francese si spingono invece ad attribuire, in questa materia, un

³ Con la riforma in cantiere, invece, tale diritto verrebbe esteso anche ad altre categorie (es. donne in gravidanza, dipendenti che si prendono cura di bambini di una certa età).

ampio spazio di azione alla contrattazione collettiva, prefigurando in tal modo una sorta di delega in bianco al contratto collettivo (nell'esempio francese, peraltro, di livello aziendale), che viene chiamato a determinare i limiti di disponibilità del lavoratore (ore di disconnessione), in assenza di una cornice legale predeterminata. In altri paesi (Germania, Austria), infine, non sono mancate alcune esperienze pionieristiche nella prassi contrattuale; peraltro, pur mancando il riconoscimento legislativo di un diritto alla disconnessione, la giurisprudenza è stata chiamata a stabilire in che misura le ore di reperibilità possano essere fatte rientrare nella nozione di orario di lavoro e se le piccole interruzioni del tempo libero dovute, ad esempio, alla necessità di rispondere a telefonate, mail o messaggi, possano essere considerate quale "prestazione di lavoro". Su questo secondo profilo fino ad ora nella casistica sembra prevalere l'opinione negativa per cui simili interruzioni non sarebbero tali da comportare il decorso di un nuovo periodo di riposo. Siamo di fronte ad uno dei casi in cui i giudici non tengono il passo posto che una soluzione così netta al riguardo rischierebbe di consentire che il tempo di non lavoro sia continuamente insidiato dall'"invadenza" del datore di lavoro.

sezione prima
il lavoro da remoto
nell'ordinamento nazionale

Raffaele De Luca Tamajo
I modelli di lavoro agile

Il lavoro c.d. agile integra una fattispecie lavorativa pre-gna di novità, ma il cui tasso di creatività è in realtà dipendente dalle concrete modalità di implementazione e di modulazione.

Si resterà, infatti, in prossimità della tradizione se si tratterà soltanto di spostare fuori dalla azienda la prestazione di lavoro a parità degli altri connotati. Potrà, viceversa, avere una portata rivoluzionaria se inciderà sull'oggetto della obbligazione, su una diversa considerazione del tempo e del compenso del lavoro e, più in generale, se sarà accompagnato da un ripensamento reale della organizzazione della impresa.

La flessibilità modellistica dell'istituto si evidenzia già dalla circostanza che nel volger di pochi anni ha espresso tre successivi strati normativi:

- il modello disegnato dalla l. n. 81 del 2017;
- presto stravolto dalla affermazione necessitata dello *smart working* emergenziale;
- infine, la versione che si stabilizzerà all'uscita della pandemia, già oggetto di varie proposte di normazione.

Il futuro del lavoro insomma è arrivato con una velocità imprevedibile, sospinto da una utilizzazione straordinaria degli strumenti informatici.

Ciò che stupisce è che l'apparato tecnologico, strumentale era già disponibile; mancava piuttosto una cultura manageriale e una attitudine organizzativa, capace di immaginare una attività lavorativa svincolata da precise coordinate spaziali e temporali e volta a valorizzare i risultati e gli obiettivi piuttosto che la mera messa a disposizione delle energie lavorative.

Il freno al lavoro da remoto non era, quindi, costituito dalla inadegua-

tezza tecnologica, ma dalla resistenza dei tradizionali assetti gerarchici, organizzativi, logistici e normativi.

Pertanto non era facile ribaltare quei modelli ereditati dal fordismo perché il prototipo normativo del lavoro subordinato era stato costruito proprio su una organizzazione imperniata su vincoli di tempo e luogo e su un assetto fortemente gerarchico della impresa, in cui risultati e obiettivi erano banditi dalla fattispecie contrattuale.

Poiché allo stato il tema della normazione è quanto mai in fieri, né appare particolarmente significativo il c.d. Protocollo siglato il 7.12.2021 dal Ministero del lavoro e dalle parti sociali, sembra più utile tornare all'approccio modellistico, rilevando subito che la prima versione del lavoro agile non ha avuto modo di esplicitarsi appieno, restando affidato a fenomeni di nicchia. Va solo rimarcato che la legge del 2017 non ha introdotto una nuova tipologia contrattuale, anzi ha ribadito la natura subordinata del rapporto.

Il secondo paradigma – quello emergenziale – in realtà non ha rappresentato una vera manifestazione di *smart working*, ma semmai di *home working*, di lavoro di ufficio trasferito forzatamente nelle nostre case senza perdere del tutto i connotati del lavoro di ufficio: è telelavoro domestico o lavoro a domicilio tecnologico. Tuttavia si è trattato di un esperimento di massa non preparato ma importante perché ha testato efficacemente la possibilità di una prestazione lavorativa fuori dagli uffici e dalle fabbriche; tuttavia ha un po' stravolto la fisionomia dell'istituto, attribuendo al datore di lavoro la facoltà di imporre unilateralmente la prestazione da remoto, senza la necessità di un accordo con il lavoratore: una sorta di *ius variandi* relativo al solo luogo di svolgimento della prestazione lavorativa.

La terza versione del lavoro da remoto quella *post* pandemia dovrà portare a compimento il processo di effettiva liberalizzazione dello *smart working* dai vincoli spaziali e temporali, e dovrà far emergere la vera anima rivoluzionaria dell'istituto:

- dovrà promuovere una remotizzazione del lavoro ad ampio spettro, consentendo allo *smart worker* una vera scelta su dove lavorare (non solo da casa), su quando e su come;

- dovrà allontanarsi dal paradigma storico del lavoro subordinato per delineare un orizzonte materiato da risultati, obiettivi, responsabilità, forme retributive inedite;

- dovrà legittimare e governare nuove forme di esercizio “smaterializzato” del potere direttivo e del potere di controllo spettanti al datore di lavoro.

Alla stregua della evidenziata e prospettata evoluzione il lavoro da remoto, pensato soprattutto per conciliare le esigenze personali e familiari con quelle produttive, ha subito in poco tempo una parziale torsione finalistica, divenendo dapprima strumento per combattere il contagio mediante un distanziamento operoso e per garantire la tenuta economica del Paese: una sorta di misura di ordine pubblico sanitario. Poi, all'uscita della pandemia, si avvia non soltanto a realizzare un vero affrancamento dai vincoli logistici e di orario, ma a promuovere nuove forme di organizzazione del lavoro, a finalizzare l'attività ad obiettivi e risultati, a sviluppare la responsabilità del lavoratore e forse una nuova concezione dell'obbligazione di lavoro (da mezzi a risultati).

Quanto alle prospettive di normazione sono tutti d'accordo sul fatto che l'Accordo individuale debba divenire il baricentro dell'istituto.

In una materia in cui gli interessi concreti delle parti contrapposte non sono assolutamente standardizzabili, solo una disciplina di matrice individuale può tenere conto di tutta la variegata gamma di opportunità e convenienze. Sia dal lato delle imprese che da quello dei lavoratori si riscontrano disponibilità assolute e contrarietà radicali, che rinvergono motivazioni nelle più diverse variabili e contingenze.

Vi è, quindi, la necessità di assetti personalizzati che solo l'accordo individuale può realizzare, evitando che l'impresa possa imporre la prestazione da remoto e, per altro verso, che i lavoratori possano far valere un autonomo diritto a lavorare fuori della azienda.

Accanto ad aziende che aspirano ad un generalizzato rientro dei lavoratori in azienda, ritenendo questa l'unico modo per un efficientamento delle attività lavorative, mi consta di grandi aziende che, avendo disposto, durante la pandemia, un piano di radicale *smart working* e avendo venduto una parte degli edifici adibiti a uffici, hanno il timore di una massiccia richiesta contestuale di rientro lavorativo in sede.

Al di sopra dell'accordo individuale occorre tuttavia una disciplina legale, magari esile, ma che fissi alcuni punti fermi:

- contempli che solo "di norma" il lavoro agile debba essere svolto in parte all'interno in parte all'esterno della azienda, ben potendosi ipotizzare innovativamente la possibilità di svolgere l'attività interamente entro o interamente fuori della azienda, nel primo caso con totale assenza di vincolo di orario;

- preveda il diritto di recesso con il relativo obbligo di preavviso salvo giusta causa;

- si occupi della tutela della salute psicologica dello *smart worker* e del diritto alla disconnessione, magari attenuando la responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.* per i rischi derivanti dai locali esterni alla azienda nei quali il lavoratore ha scelto di operare;

- limiti le forme esasperate di controllo informatico;

- riconosca un diritto alla formazione anche sull'impiego delle tecnologie digitali;

- chiarisca in quali casi il diritto a svolgere l'attività da remoto sia tale e quando, invece, sussiste soltanto un diritto di precedenza rispetto alla aspirazione di altri lavoratori;

- attenui il principio di una stringente parità di trattamento economico e normativo tra lavori agili e lavori ordinari, il che consentirebbe alla contrattazione collettiva di prevedere una disciplina specifica nel rispetto della normativa inderogabile di legge, ma in grado di introdurre elementi di specificazione del trattamento degli *smart workers* o modalità retributive diverse.

Come tutte le rivoluzioni anche questa del lavoro da remoto è divisiva: dietro gli entusiasmi emergono preoccupazioni e diffidenze. Così accanto alla segnalazione della opportunità per quei lavoratori, specie i più giovani, “che preferiscono render conto dei risultati della propria attività piuttosto che essere costretti quotidianamente a presentarsi in sede, per consentire il controllo fisico del datore di lavoro” vengono evidenziati i pericoli e i costi sociali e individuali dell'estraneamento dal clima aziendale e della conseguente perdita di tutte le potenzialità relazionali derivanti dalla condivisione di un ambiente di lavoro.

Il futuro ci dirà se saremo capaci di governare al meglio questa epoca tecnologica che moltiplica i contatti ma distanzia le persone.

Per ora l'augurio è che, superata l'emergenza pandemica, il lavoro da remoto tramite tecnologie possa tornare ad essere frutto di libera scelta individuale e non una necessità imposta dalla paura del contagio e ancora e più ambiziosamente l'augurio che il lavoro sia per un numero sempre maggiore di persone non un destino ineluttabile, subito e sofferto ma una forma di arricchimento della propria identità e personalità, nella direzione indicata dal 2° comma dell'art. 3 della nostra Costituzione che auspica “il pieno sviluppo della persona umana” specie nelle organizzazioni sociali.

Lo *smart working* può ausiliare il perseguimento di questo ambizioso obiettivo.

Keywords

Emergenza sanitaria, lavoro agile, lavoro subordinato, accordo individuale, prospettive di riforma.

Health emergency, remote work, subordinate work, individual agreement, prospects for reform.

Angelo Abignente

Lavoro agile: potere nella relazione e dematerializzazione del dominio

Sommario: 1. Mimetizzazione del lavoro. 2. Lavoro e attività. 3. *Oikos e polis*. 4. Lavoro delocalizzato. 5. Comunicazione generativa del potere.

1. *Mimetizzazione del lavoro*

Nell'efficace affresco che, sul finire del secolo scorso, ci ha consegnato Aris Accornero¹ per descrivere criticamente l'evolversi del lavoro nel "secolo breve", mi sembra importante sottolineare la lente di lettura, la stretta correlazione dei mutamenti con le implicazioni di natura sociale ed antropologica. L'impresa, "sistema di dominazione" e "struttura di cooperazione", ha attraversato una metamorfosi dalla tendenziale "uniformazione" indotta dal taylor-fordismo alla "diversificazione" indotta, anche ma non solo, dalla globalizzazione con l'istanza di flessibilizzazione e lavoro snello² che ha inciso, tra le altre cose, sul lavoratore e sul processo di identificazione. Particolarmente significativa in questo senso è la trasformazione dei simboli che permettevano al lavoratore di riconoscere sé stesso in quanto tale: si pensi alla tuta, al camice e, più in generale, agli abiti indossati nell'assunzione del ruolo, simbolicamente attributivi di una identità riconoscibile, in parte superati dalle moderne organizzazioni tecnologiche³. Alla "non fabbrica" si accompagna il "non operaio" con l'effetto di un *occultamento* e *mimetizzazione* del

¹ ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, 1997.

² Ivi, p. 13 e 15.

³ Ivi, p. 38.

lavoro⁴. Cambiano i “modi” di lavorare ma anche il “contenuto”, dalla “prestazione” al “servizio”, dalla professionalità come bagaglio di conoscenze alla professionalità “processiva”⁵.

2. Lavoro e attività

Sarebbe interessante ripercorrere i singoli passaggi di Accornero in una lettura dei fenomeni comparata sulla scena mondiale ma vorrei riprendere dal suo discorso un passaggio che ritengo importante: la diade lavoro/attività. Accornero la riprende da Dahrendorf che aveva parlato di uno slittamento del lavoro verso l'attività ma la rilegge in chiave critica. La “coppia aristotelica *bios theoreticos-bios prakticos*” su cui il suo autore fondava la distinzione, peraltro in termini ambigui, non è risolvibile in unità evolutiva perché altri sono i caratteri dell'attività da quelli del lavoro, sia pure in una contingente scarsità dell'occupazione, come dimostra l'esempio della attività nel terzo settore che non mira ad un corrispettivo⁶. “Il lavoro” – afferma Accornero in critica ad Offe – “non è diventato ‘oggettivamente amorfo’ e ‘soggettivamente marginale’, come si vede nel fatto che il sistema dei valori sociali è ancora collegato al lavoro, e che il ruolo occupazionale o la collocazione professionale restano una fonte di valutazione, di collocazione e di autostima sociale”. È quindi il lavoro che conferisce visibilità e “identità sociale” e ciò postula la sua distinzione e non sovrapposizione con l'attività⁷.

3. Oikos e polis

Vorrei partire da questa distinzione e dalle parole di Accornero, quando rileva che la “fungibile scambievolezza e sinergia fra gli ambiti di lavoro e della vita era un traguardo dell'umanesimo industrialista e la società sovietica lo impose. Per fortuna è una chimera che si allontana. Lavoro e vita è bene che si separino, avendo logiche e culture diverse; del resto la congruenza fra lavoro e vita risulta infrequente. E poi l'alienazione non è la separatezza bensì

⁴ Ivi, p. 107.

⁵ Ivi, p. 113.

⁶ Ivi, pp. 190 s.

⁷ Ivi, p. 192.

la sovrapposizione fra il lavoro e la vita: le donne soffrono la sovrapposizione non la separatezza. L'esistenza ricca è quella che combina i loro tempi e i loro ambiti, mentre la loro giustapposizione è un mito: mito da scongiurare"⁸.

La diade lavoro/vita può essere riletta alla luce delle riflessioni di Hannah Arendt che, particolarmente nel suo *Vita activa*, analizza la "condizione umana" sul presupposto di quella "glorificazione teoretica del lavoro [...] sfociata in una trasformazione dell'intera società in una società del lavoro"⁹. Il suo discorso che si sviluppa attraverso una rigorosa lettura dei classici, poggia su alcune categorie che potrebbero aiutarci nella riflessione odierna, sullo sfondo di una considerazione dell'esistenza umana che, pur "condizionata" dall' "urto con la realtà del mondo"¹⁰, la vitalità segnata dalla nascita e dalla morte, trascende la situazione vitale contingente proiettandola verso una permanenza, un futuro, il "ricordo" e la "storia".

La *vita activa*, emancipandosi dall'originaria riduzione aristotelica al *bios politikos* e contrapponendosi alla vita contemplativa, viene riletta come "inquietudine" (*askholia*) che comprende tutta la attività umana svolgendosi e realizzandosi tra poli in tensione, necessità e libertà, lavoro ed azione.

La nota contrapposizione tra *animal laborans* e *homo faber* viene indicata come paradigma della distanza che separa la produzione di un bene solo al fine della sopravvivenza, alla vita concreta ma che con il suo uso si dissolve, e la capacità di creare beni durevoli che introducono un mutamento del mondo. Ma soprattutto il lavoro caratterizzandosi per la *necessità*, la sua funzione volta al mantenimento della vita, la sua occasionalità e transitorietà che lo dissolve nel consumo, si contrappone alla *libertà* della sfera pubblica e l'*oikos*, la casa, il luogo della vita privata, si contrappone alla *polis*, luogo della libertà. Una contrapposizione dialettica che trova sintesi nella *vita activa* nella misura in cui sa conservare i distinti, radicandosi in un ambiente umano che "attesti la presenza di altri esseri umani"¹¹.

"L'attività lavorativa" – afferma Arendt – "non richiede necessariamente la presenza di altri, benché un essere che lavori in assoluta solitudine non sa-

⁸ Ivi, p. 196.

⁹ ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, 1994, p. 4. Cfr. sul punto TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University Press, 2019, pp. 183 ss.

¹⁰ Ivi, p. 9.

¹¹ Ivi, p. 18.

rebbe umano; sarebbe un *animal laborans* nel significato più letterale del termine¹² ovvero ridotto alla necessità della sopravvivenza, ridotto nell'*oikos*, *estraneo* al mondo perché da esso *espulso*¹³.

Solo nella relazione *oikos-polis*, nella relazione necessità-libertà si realizza la condizione per la felicità¹⁴.

Vorrei soffermarmi su questa concezione del lavoro proiettato nella sfera relazionale e quindi politica che supera la privacy verso la sfera sociale ed è antidoto alla privatizzazione intesa come privazione, emancipandosi dalla condizione di fatica e afflizione. Mi sembrano significative le osservazioni della Arendt quando sottolinea come “L'eccellere stesso, *aretè* (...) è sempre stato caratteristico della sfera pubblica, dove ci si poteva distinguere dagli altri eccellendo”¹⁵. È il pubblico che da evidenza, rende udibili e visibili ed in questo modo identifica, collega e distingue, “è comune a tutti e distinto dallo spazio che ognuno di noi vi occupa privatamente”, secondo quella significativa immagine del tavolo: “Vivere insieme nel mondo significa essenzialmente che esiste un mondo di cose tra coloro che lo hanno in comune, come un tavolo è posto tra quelli che vi siedono intono; il mondo, come ogni *in-fra*, mette in relazione e separa gli uomini nello stesso tempo”¹⁶; l'opposto della relazione ed al tempo stesso della separazione è la società di massa, unificante la molteplicità delle persone. Ciò che non avviene nello spazio pubblico è “astensione” dal mondo, ricaduta nella caducità del necessario, nella sua contingenza ed impedisce quella “trascendenza in una potenziale immortalità”¹⁷ che sorge dalla consapevolezza della storia, di ciò che ci ha preceduto, e si protende verso il futuro, quello oggi tanto sentito delle generazioni future che proprio nella relazione viene esperita.

Necessità e libertà, *oikos* e *polis*, conservando la loro autonomia, convergono nel discorso e nell'azione con cui l'individuo si inserisce nel mondo¹⁸ ed in esso si rivela, si rende visibile, *appare* nella dinamica eguaglianza-distinzione che è alla base della unione sociale da cui origina il potere che “scaturisce

¹² Ivi, p. 18.

¹³ Ivi, p. 84.

¹⁴ Ivi, p. 23.

¹⁵ Ivi, p. 36.

¹⁶ Ivi, p. 39.

¹⁷ Ivi, p. 41.

¹⁸ Cfr. URBINATI, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, 2011, p. 23, secondo cui in Arendt “più che opposti, privato e pubblico si manifestano in una tensione benefica”.

fra gli uomini quando agiscono assieme e svanisce appena si disperdono”¹⁹ perché “il potere umano corrisponde in primo luogo alla condizione della pluralità”²⁰. Quando ciò non avviene il potere degrada in forza e l’agire si trasforma in fare che materializza l’oggetto, lo sottrae a quella potenzialità continua che trascende la limitatezza e caducità della necessità per aprirsi alla permanenza, al futuro con “capacità di durata”²¹ e di “nuovo inizio”²².

4. Lavoro delocalizzato

Dalle tesi della Arendt potremmo già trarre qualche spunto di riflessione sul lavoro agile²³, definibile – sulla scorta di Riccardo Dal Punta – come “lavoro totalmente delocalizzato, in quanto effettuabile, ovviamente grazie alle risorse della tecnologia informatica e telematica, da casa o da qualunque luogo, nonché svincolato dal concetto di orario normale di lavoro, e sottoposto ai soli limiti dell’orario massimo giornaliero e settimanale”²⁴. È soprattutto su questa delocalizzazione del lavoro che bisogna, a mio avviso, soffermarsi per dar conto di quel fenomeno di separazione del lavoratore dall’ambiente condiviso. È ad essa infatti che si deve il confinamento del lavoratore nel *oikos*, produttivo dell’alterazione, nel lessico arendtiano, di quella dialettica necessità-libertà che caratterizza il lavoro non più orientato alla mera necessità della sopravvivenza ma aperto alla socialità. Come incide questo confinamento sul processo di identificazione del lavoratore e sulla sua propensione all’ *eccellere*?

Leggendo Aldo Schiavone e le sue recenti riflessioni sull’eguaglianza si potrebbe dire che la “metamorfosi del lavoro” indotta dal lavoro agile, al pari delle “rivoluzioni tecnologiche”²⁵, porta “inevitabilmente alla nascita

¹⁹ Ivi, p. 147.

²⁰ Ivi, p. 148.

²¹ Ivi, p. 172.

²² Ivi, p. 182.

²³ Molte delle tesi arendtiane qui riportate potrebbero essere utilizzate, certo con i dovuti accorgimenti, anche per una riflessione più ampia sul lavoro flessibile. Come fa GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007.

²⁴ DAL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI, GRAMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, pp. 225-249, p. 231.

²⁵ SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Einaudi, 2019, p. 276.

di nuove forme dell'umano"²⁶ per intravedere il prevalere sulla individualità della *impersonalità* letta da alcuni autori (Esposito²⁷, Schiavone) come cifra del tempo futuro, "meta di un'epoca"²⁸. Ma anche volendo accedere a questa prospettiva non si dovrebbe trascurare che l'individuo e la persona non si dissolvono nell'impersonale perchè, portatori di particolarità e singolarità, ne diventano componente costitutiva e, quindi, presupposto dell'eguaglianza²⁹. Permane pertanto la questione del *riconoscimento*, quel formarsi dell'*autocoscienza* che, nel famoso paragrafo 25 della *Fenomenologia dello Spirito*, Hegel fonda sulla dialettica "servo-signore"³⁰ dove si esperisce il confronto con l'Altro in una relazione conflittuale. Il formarsi dell'*autocoscienza* si potrebbe intendere ai nostri giorni come categoria portante di quell'esperienza del lavoro che ha caratterizzato l'occidente come luogo e fonte del riconoscimento. Se è vero, come afferma Zygmunt Bauman, che "nella vita umana bisogna distinguere e mantenere separate le funzioni del lavoro, della vita domestica, degli acquisti, del divertimento, del culto, dell'amministra-

²⁶ Ivi, p. 271.

²⁷ ESPOSITO, *Dall'impolitico all'impersonale*, Mimesis, 2012; ID. *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Einaudi, 2007.

²⁸ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 293.

²⁹ Ivi, pp. 283 ss.: "Il salto tecnologico che si sta proiettando nell'immateriale, se usato per il meglio, rende possibile separare ciò che prima non era disgiungibile: distinguere le due forme dell'umano – l'individuale e l'impersonale – riservando per ciascuna di esse distinte funzioni sociali. Scegliere questa prospettiva non vuol dire immaginare di cancellare l'individualità dal nostro futuro (...) Si lascia così all'individuale unicamente il compito – che è il suo proprio, e non è poco – di rappresentare il profilo della particolarità, della singolarità, del finito, della negazione, della differenza – quest'ultima sino a quella di genere, che tanto peso sta avendo nell'esperienza della nostra epoca – e dunque della disuguale in ogni sua espressione, naturale e sociale. E si affida alla costruzione dell'impersonale la messa in scena – politico, etica, giuridica – dell'infinita universalità dell'umano, della provvisoria negazione della differenza con la sua ragione e la sua etica affermativa, conservativa e identitaria. E soprattutto, con la sua intrinseca eguaglianza". Ed ancora, p. 296: "È il caso invece di sottolineare ancora che la posizione che qui si prospetta non considera il paradigma dell'impersonale come alternativo a quello della persona; e non ritiene la completa decostruzione di quest'ultimo come l'unica strada per sgombrare il campo a una filosofia e a una pratica della "terza persona" (...) In altre parole: non è tanto in gioco l'utilità del dispositivo personale- individuale, quanto il riconoscimento della sua incapacità a rappresentare l'umano in ogni sua forma, in particolare con riferimento all'eguale. La fine irreversibile del lavoro moderno ha scavato un abisso fra individualità ed eguaglianza, mandando definitivamente in rovina un rapporto che comunque era stato sempre difficile e precario. È un'altra, perciò, la via da intraprendere: l'eguaglianza non può passare più attraverso il paradigma della persona".

³⁰ HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, Rusconi, 1995, p. 25.

zione” perché “ogni funzione richiede uno spazio proprio, mentre ogni spazio deve servire a una e ad una sola funzione”³¹, non può negarsi che ad ogni singolo spazio è affidata soprattutto una funzione di riconoscimento. Quando questi spazi si sovrappongono non solo viene meno la loro riconoscibilità ma anche il riconoscimento che la partecipazione ad uno spazio-pratica comune comporta. In questo senso l’isolamento dell’individuo, la sua riduzione all’ *oikos*, può avere conseguenze sulla sua vita di relazione nel contesto sociale – come dirò tra breve – ma anche sulla sua attività, inibendo tra le altre cose quella emancipazione lavorativa, quell’ *eccellere* che oggi noi consideriamo tanto importante ed ineludibile per un corretto atteggiamento di apertura a nuove realtà produttive ed a nuovi mondi. Il lavoro in isolamento si perpetua in modo statico, sfugge alla dinamica del contagio evolutivo, è prevalentemente esecutivo, finendo in tal modo per soffocare qualsiasi forma di devianza, di oltrepassamento dello standard, entrambi sintomi di una benefica dinamicità evolutiva che rischia così di scomparire.

E, invece, nella immediatezza della relazione lavorativa vi è accrescimento anche sul piano della dignità e diviene “assai probabile” – come afferma Luciano Gallino³² – “che [gli individui] prima o poi si rendano conto di avere interessi comuni; si aprano a forme di mutuo rapporto e solidarietà; scoprono che se ci si associa si possono ottenere dall’impresa paghe e condizioni di lavoro migliori” ed in questo mutuo riconoscersi, come partecipi di una collettività, riscoprono la loro soggettività ed al tempo stesso quel legame, solidarietà, senso di una comunità che dà fiducia e sicurezza.

La carenza di relazione immediata non può essere surrogata da piattaforme digitali, dal “management algoritmico” che spesso costringe il lavoratore ad una mera, ripetitiva “manipolazione di dati”³³. Con esso viene meno quella Alterità riconoscibile e la relazione viene dematerializzata e si rischia di cadere in un ossimoro: allo sviluppo tecnologico corrisponde il recupero di “forme economiche apparentemente arcaiche, come il lavoro a domicilio e il cottimo, che costituisce in ogni caso la forma prevalente di retribuzione dei lavoratori e delle lavoratrici in piattaforma. Questo ritorno

³¹ BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, trad. it. Pesce, Laterza, 2001, p. 49.

³² GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe. Intervista a cura di Paola Borgna*, Laterza, 2012, p. 157.

³³ MEZZADRA, *Oltre il riconoscimento. Piattaforme digitali e metamorfosi del lavoro*, in “Filosofia Politica”, 3/2021, pp. 487-502.

dell'“arcaico” sul terreno definito delle operazioni dei più avanzati attori del capitalismo contemporaneo è una cifra rilevante del nostro presente”³⁴.

Gallino, riprendendo termini e categorie elaborate dal sociologo Richard Sennet, sottolinea la “corrosione del carattere” della personalità del lavoratore indotta dal lavoro flessibile³⁵ ma le sue osservazioni bene possono riferirsi anche al lavoro agile per sottolineare come “le condizioni in cui esso si svolge rendono arduo per la persona sviluppare un senso di identità, perseguire scopi a lungo termine, stabilire rapporti sociali significativi. Questo è un modo di ragionare che attiene, come ha scritto Hannah Arendt, all'essere parte di una società in cui le motivazioni, il senso di identità, il riconoscimento sociale, i percorsi di vita sono stati interamente costruiti attorno al lavoro salariato, proprio all'epoca in cui questo diventa scarso”³⁶, generando un “individualismo rozzo” che si distacca dalla consapevolezza della *appartenenza* a quella *collettività* e *comunità* di cui “i lavoratori dipendenti fieri e consapevoli del loro lavoro, perfino nel caso frequente in cui fosse duro e mal pagato”³⁷ facevano esperienza nel luogo comune della loro prestazione lavorativa. In questo luogo i lavoratori prendevano parte a *componenti rituali* (feste, manifestazioni, linguaggi, pratiche collaborative) che contribuivano a “vedere l'altro come prossimo, come un simile, anziché come un avversario che ruba il lavoro, o chissà che altro, negli infiniti micro-conflitti che avvelenano la vita quotidiana di oggi – in tanti paesi, non solo nel nostro”³⁸. La flessibilizzazione del lavoro, di cui il lavoro agile rappresenta ad oggi forse la massima espressione, non può che trarre alimento dalla distruzione di queste componenti rituali giacché il lavoro, riprendendo ancora Bauman, “può diventare davvero ‘flessibile’ solo se i lavoratori, quelli di oggi e di domani, perdono le abitudini apprese nel luogo di addestramento quotidiano al lavoro, se perdono i turni di ogni giorno, il posto fisso e la continuità di rapporti tra colleghi” o, ancor più gravemente, “si astengono dallo sviluppare capacità professionali inerenti al loro attuale lavoro (o ne vengono impediti) e rinunciano ad alimentare morbose fantasie sui diritti e le responsabilità di un lavoro inteso come *proprio*”³⁹. In questo senso può dirsi che il lavoro agile

³⁴ Ivi, p. 498.

³⁵ Sul punto v. ampiamente GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, spec. pp. 107 ss.

³⁶ GALLINO, *op. cit.*, p. 169.

³⁷ Ivi, p. 203.

³⁸ Ivi, p. 204.

³⁹ BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 122

diventa il “non luogo” di cui parla Marc Augè che “mette l’individuo in contatto solo con un’altra immagine di se stesso”, che crea solitudine e melancolia ed in cui “solo il movimento delle immagini lascia intravedere per qualche secondo, a colui che le guarda fuggire, l’ipotesi di un passato e la possibilità di un avvenire”⁴⁰.

5. *Comunicazione generativa del potere*

La sollecitazione di Accornero a leggere nella modifica dell’assetto lavorativo anche delle ricadute antropologiche induce a riflettere sulle conseguenze che potrebbero derivare dal modello del lavoro agile nella sfera sociale e politica, con ripercussioni sulla origine e sul controllo del potere.

Ho richiamato in precedenza la teoria della Arendt sull’origine del potere nella *pluralità del vivere insieme*, nel ritrovarsi intorno a quel tavolo che mette in relazione ed al tempo stesso distingue e la sua evanescenza quando dal quel tavolo ci si allontana. Sulle sue orme, Jürgen Habermas rielabora il concetto di “autonomia politica” all’interno della teoria discorsiva, configurandolo come *potere comunicativo*⁴¹. Se per il giusrazionalismo, infatti, la creazione del potere comportava un atto di dismissione, di alienazione delle libertà individuali verso un’entità superiore, lo stato sovrano che, costituendosi, legittimava il diritto dall’*esterno* della sua produzione, Habermas mira

⁴⁰ AUGÈ, *Nonluoghi. Introduzione a una antropologia della surmodernità*, Elèuthera, 1993 individua il “nonluogo” tra l’altro nella “complessa matassa di reti cablate o senza fili che mobilitano lo spazio extraterrestre ai fini di una comunicazione così peculiare che spesso mette l’individuo in contatto solo con un’altra immagine di se stesso” (74); è lo “spazio del viaggiatore”, “l’esperienza particolare di una forma di solitudine e, nel senso letterale, di una presa di posizione – l’esperienza di colui che davanti al paesaggio che è obbligato a contemplare, che non può non contemplare, si mette in posa e ricava dalla coscienza in questo atteggiamento un piacere raro e a volte melancolico”; spazio “in cui non sono l’identità dalla relazione o la storia a costruirne effettivamente il senso, in cui la solitudine si prova come superamento o svuotamento dell’individualità, in cui solo il movimento delle immagini lascia intravedere per qualche secondo, a colui che le guarda fuggire, l’ipotesi di un passato e la possibilità di un avvenire” (81).

⁴¹ Habermas riprende qui la famosa affermazione di ARENDT, *op. cit.*, 147, che “Il potere scaturisce tra gli uomini quand’essi agiscono assieme, e svanisce appena si disperdono”. V. sul punto HABERMAS, *La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt*, in “Comunità”, 35/1981, pp. 56-73. Nella vasta letteratura secondaria sul pensiero e l’opera della Arendt, per un inquadramento problematico, v. ESPOSITO (a cura di), *La pluralità irrepresentabile. Il pensiero politico di Hannah Arendt*, QuattroVenti, 1987.

piuttosto ad individuare una legittimazione del potere (*Macht*) e del diritto che con esso si coniuga che non proviene dall'esterno ma *si genera* nella comunicazione intersoggettiva, nella *libera comunicazione* mirante non già all'imposizione (*Gewalt*) ma al consenso, all'intesa, di diritto legittimo e potere comunicativo⁴².

Il potere politico, in altri termini, non è creato come un'entità staticamente definita ma come un 'potenziale' che rivive e si rinnova nell'azione proiettandosi verso il futuro e, ritrovando nella discorsività la garanzia protettiva alla intromissione di fattori esterni colonizzanti, di carattere sociale, economico o di altra natura, genera un sistema di diritti in ragione di quella identità e particolarità della comunità dialogante.

Il venir meno della relazione, la evanescenza del tavolo, eliminando ogni momento dialogico, ogni *in-fra*, tende a trasformare il potere (*Macht*) in dominio (*Gewalt*) in una sorta di dematerializzazione che non contempla una presenza oppositiva, critica ma in ipotesi solo virtuale, nutrita al più di tecnologia ed atta a manifestarsi solo occasionalmente nelle forme che abbiamo conosciuto del *flash mob*: un incontro occasionale e fugace in cui non nasce un discorso e lo si struttura in un progetto. Quali le ricadute sulla democrazia?

Se è vero che la tecnologia ha “spazzato via” la tradizionale configurazione del lavoro generando una nuova relazione tra lavoro e vita, ampliando il campo ed il tempo di una socialità “indispensabile per la piena valorizzazione dell'umano”⁴³ non è proprio nel contesto lavorativo, nella sua continuità e stabilità, che origina la dimensione sociale e politica? Non è in quest'ambito che nasce un discorso rigenerativo della democrazia e della mediazione che ne è l'anima? Non è qui che si esperisce quel dialogo che ne è la linfa e che consente di “affondare il proprio sguardo negli occhi dell'altro” per poi alzare lo sguardo da quella esperienza ad “ogni altro della terra, e riconoscerlo come parte di un tutto, al quale anch'egli appartiene”⁴⁴? “L'integrazione dell'individuo nella società” – afferma Gallino – “non può avvenire, se non parzialmente, in modo diretto. All'integrazione totale e diretta degli individui con i vertici del potere puntano solamente le società

⁴² HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto*, Guerini&Associati, 1996, pp. 177 ss.

⁴³ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 300.

⁴⁴ Ivi, p. 304.

autoritarie”⁴⁵. Nella società democratica essa ha bisogno di mediazione ed anche la mediazione lavorativa ha un ruolo ineludibile.

In definitiva e volendo concludere con una sollecitazione che proviene ancora una volta da Schiavone, come traduciamo nella nostra epoca la “stagione che negli ultimi due secoli ha vissuto l’Occidente”, la “gloriosa età del lavoro [...] come fatto umano totale, il cui irradamento ha invaso ogni aspetto della nostra vita”⁴⁶?

⁴⁵ GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, cit., p. 205.

⁴⁶ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 76.

Abstract

Nel saggio viene affrontata la tematica del lavoro agile a partire da alcune riflessioni di Aris Accornero e Hannah Arendt. Nel tratteggiare l'evoluzione della concezione del lavoro dovuta alla digitalizzazione e alle principali trasformazioni globali, il saggio prova a recuperare le principali implicazioni sociali e relazionali che il lavoro agile ha prodotto. È la relazione tra lavoro e vita che la tecnologia ha modificato, proiettando la privatizzazione verso la privazione dell'*homo laborans*. La riflessione va dunque verso una necessaria piena valorizzazione dell'umano nel contesto lavorativo per recuperare quella dimensione sociale e politica connaturata alla natura umana.

The essay addresses the issue of the smart working, starting from some proposals by Aris Accornero and Hannah Arendt. Trying to highlight how the concept of work has changed under the effects of digitalization and the main global transformation, the paper tries to recover the main social and relational implications that smart working has produced. Technology has changed above all the relationship between work and life, orienting privatization towards the deprivation of the *homo laborans*. Finally, the reflection goes towards a necessary full appreciation of the human in the working context to recover that socio-political dimension strictly inherent in human nature.

Keywords

Accornero, Arendt, smart working, human relationship, workplace.

Accornero, Arendt, smart working, human relationship, workplace.

Edoardo Ales

Ragionando su “fattispecie” ed “effetti” nel prisma del lavoro agile*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Fattispecie, effetti e il legislatore ‘millennial’: cronaca di una relazione movimentata. **3.** L’effimera stagione del contratto a progetto ovvero come (tentare di) sottrarsi alla definizione della/e fattispecie attraverso l’introduzione di un elemento esterno (il progetto). **4.** Il “superamento del contratto a progetto”, le “collaborazioni organizzate dal committente” e la prospettiva rimediale. **5.** Falsi autonomi per legge: il cortocircuito tra fattispecie ed effetti nella vicenda dei *rider*. **6.** La nuova disciplina del diritto d’informazione sugli elementi essenziali del rapporto e sulle condizioni di lavoro: l’irrilevanza della fattispecie quale criterio di attribuzione delle tutele. **7.** Subordinati per legge, autonomi per contratto? Il lavoro agile e la fattispecie negoziata. **8.** Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel primo intervento urgente posto in essere per evitare la diffusione del COVID-19, il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6¹, tra le misure di contenimento che le autorità competenti avrebbero potuto adottare a livello locale, spiccava la “sospensione o limitazione dello svolgimento delle attività lavorative nel comune o nell’area interessata nonché delle attività lavorative degli abitanti di detti comuni o aree svolte al di fuori del comune o dell’area indicata, *salvo specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile, previste dai provvedimenti di cui all’articolo 3*”² (art. 1 commi 1 e 2 lett. o).

* Desidero ringraziare sentitamente Antonello Zoppoli per l’attenta lettura di questo contributo e per le pregnanti osservazioni. Le eventuali perduranti manchevolezze rimangono mia esclusiva responsabilità.

¹ D.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv.l. 5 marzo 2020, n. 13, recante: “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

² Enfasi sempre aggiunte.

Il primo degli interventi 'delegati', il d.P.C.M. 23 febbraio 2020³, all'art. 3⁴, affermava che, nell'ambito delle aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale, "la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, è applicabile in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato (...) nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti" (comma 1). La disposizione era completata dalla precisazione che, nel caso, "gli obblighi di informativa di cui all'art. 23⁵ della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono resi in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro" (comma 2)⁶.

Il lavoro agile, semiconosciuto al grande pubblico ma non alla dottrina⁷,

³ "Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19".

⁴ Rubricato, appunto "Applicazione del lavoro agile".

⁵ *Rectius* 22.

⁶ Per prime e puntuali riflessioni: ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 131 ss.; BALLETTI, *Smart working e pari opportunità*, in *DML*, 2021, 487 ss. Sulla fase immediatamente successiva: ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *MGL*, 2020, p. 771 ss.; BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, 553 ss.; CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, I, p. 2015 ss.; DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *RIDL*, 2020, III, p. 3 ss.; FRANCHI, SCHIANCHI, *Smart working: il lavoro senza tempo e senza luogo*, in *QEL*, 2020, p. 203 ss.; LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smart working*, in *MGL*, 2020, p. 616 ss.; TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, p. 41 ss.

⁷ V., infatti, pre-pandemia: ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019; BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *LPA*, 2017, p. 119 ss.; CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Il lavoro autonomo e il lavoro agile alla luce della legge n. 81/2017*, Ediesse, 2018; CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, p. 1005; CASILLO, *La subordinazione agile*, in *DLM*, 2017, p. 529 ss.; DAGNINO, TIRABOSCHI, TOMASSETTI, TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, *Working Paper ADAPT*, n. 2/2016; DONINI, *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, p. 823 ss.; FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *DRI*, 2018, p. 773 ss.; GGGG (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" *Collective Volumes* - 6/2017; LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *DRI*, 2017, p. 985 ss.; LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, 2019, I, p. 25 ss.; MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in questa rivista, 2018, p. 293 ss.; OCCHINO, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018,

irrompeva sulla scena nazionale, non più, come nelle intenzioni del legislatore, al duplice “scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”⁸ ma quale strumento precauzional-preventivo del contagio⁹, di tutela del reddito¹⁰, e di accomodamento ragionevole¹¹, privato, però, proprio nel momento di maggior fulgore, dell’elemento identitario fondamentale ovvero l’accordo individuale.

La centralità del lavoro agile “semplificato”¹², come ribattezzato dagli

p. 81 ss.; RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”* (L. 22 maggio 2017, n. 81), in *NLCC*, 2018, p. 632; SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, I, p. 369 ss.; SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, 2018, p. 229 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, p. 921 ss.; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017; TURRIN, *Lavoro agile e contratti di lavoro non standard: elementi di criticità*, in *DRI*, 2020, p. 381 ss.; VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, I, p. 253 ss.; ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2018.

⁸ Sul lavoro agile quale strumento di conciliazione, v., sin da subito: ALESSI, *Lavoro e conciliazione della legislazione recente*, in *DRI*, 2018, p. 804 ss. In seguito, CASANO, *Lavoro agile e conciliazione: una prima verifica alla luce delle soluzioni contrattuali nelle aziende di credito e assicurative*, in *LG*, 2021, p. 700 ss.; FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *DOLSO, FERRARA, ROSSI* (a cura di), *Virus in fabula. Diritti e Istituzioni ai tempi del covid-19*, EUT, 2020, p. 311 ss.; TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 419/2020. Nella prospettiva sessuata: BROLLO, *Il lavoro agile tra emergenza pandemica e riemersione della questione femminile*, in *Labor*, 2020, p. 507 ss.

⁹ Interessanti considerazioni sul tema in DE PETRIS, *Vaccinazione anti-Covid e rapporto di lavoro: cosa resta del lavoro agile quale precauzione “alternativa”?*, in *LG*, 2022, p.13 ss.

¹⁰ Così CARCHIO, *Il lavoro agile come strumento di tutela del reddito nell'emergenza pandemica*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro agile e smart working nella società post pandemica*, ADAPT UP, 2022, p. 39 ss.

¹¹ Così ZILLI, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, 2020, p. 533 ss.

¹² Di versione ‘edulcorata’ rispetto a quella ‘genuina’ parla CARINCI F, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, p. 43 ss. Sulle prospettive di riforma, oltre al volume appena citato, v. CARINCI M.T., INGRAO, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in *LLI*, n. 2/2021 e GRUPPO ACCADEMICO FRECCIA ROSSA, *Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma dell'istituto del lavoro agile*, in *LDE*, sulla quale DEL CONTE, *La proposta di riforma del lavoro agile del gruppo Frecciarossa: novità e tendenze del sistema*, in *LDE*, n. 4/2021; SENATORI, SPINELLI, *(Re-)Regulating Remote Work in the Post-pandemic scenario: Lessons from the Italian experience*, in *ILLEJ*, p. 209 ss.

organi d'informazione, a conferma di un'attenzione mediatica senza precedenti per una disposizione lavoristica, trova riscontro, pochi giorni dopo, nel dPCM 25 febbraio 2020¹³, il quale, anche per sanare il *lapsus calami* in cui era incorso il suo precursore, ne abroga l'art. 3, ampliando l'ambito di applicazione “fino al 15 marzo 2020, per i datori di lavoro aventi sede legale o operativa nelle Regioni Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lombardia, Piemonte, Veneto e Liguria, e per i lavoratori ivi residenti o domiciliati che svolgono attività lavorativa fuori da tali territori” (art. 2).

Al progressivo, inesorabile diffondersi della Pandemia, corrisponde un altrettanto progressiva estensione del lavoro agile ‘semplificato’, il quale figura al primo posto tra le “ulteriori misure” da applicarsi sull'intero territorio nazionale in forza della gragnuola di dPCM che si susseguono tra il 1° marzo e il 26 aprile 2020¹⁴. L'esecutivo, ribadisce in tutti i suoi interventi il concetto già espresso nel d.l. n. 6/2020 ovvero che “la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81 (...) può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 (...) a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti”.

Viene così stabilito *per tabulas* un nesso, ragionevole, date le circostanze drammatiche, tra lavoro agile ‘semplificato’ e contingenza emergenziale, lasciando intendere che, una volta finalmente conclusasi quest'ultima, la modalità sarebbe tornata ad essere quella prevista dal legislatore al duplice e già sottolineato “scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”.

Questa interpretazione sembra trovare conferma nel primo intervento strutturato per il lavoro privato¹⁵ da parte del legislatore ‘pandemico’, il quale, nell'art. 90 d.l. 19 maggio 2020, n. 34¹⁶, da un lato, riconosce “*fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica*” il diritto al lavoro agile ‘semplifi-

¹³ “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

¹⁴ DPCM 1° marzo 2020; 4 – 8 marzo 2020; 10 – 26 aprile 2020 “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

¹⁵ Art. 87 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

¹⁶ Art. 90 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito dalla l. 17 luglio 2020 n. 77.

cato’, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione, ai “genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell’attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore” e “ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio (...), in ragione dell’età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbidità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente” (comma 1)¹⁷.

Dall’altro lato, sempre nell’art. 90 d.l. n. 34/2020, ribadisce la facoltà di ricorrere al lavoro agile ‘semplificato’ limitatamente al periodo di stato di emergenza epidemiologica “e comunque non oltre il 31 dicembre 2020” (comma 3), eliminando, così, l’automatismo utilizzato in precedenza e lasciando intendere la possibilità di recuperare la modalità originaria in un momento anche antecedente alla fine di quello emergenziale.

Altrettanto esplicitamente legata a quest’ultimo è la comunicazione, da parte dei “datori di lavoro del settore privato (...) al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in via telematica, [de]i nominativi dei lavoratori e [del]la data di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile, ricorrendo alla documentazione resa disponibile nel sito *internet* del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.” (comma 4).

Slegata, invece, dalla fine del momento emergenziale, è la facoltà di svolgere la prestazione agile, senza che sia esplicitato il riferimento alla sola modalità ‘semplificata’, “anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro” (comma 2).

A partire dal 30 luglio 2020, data di entrata in vigore del d.l. n. 83, il legislatore è intervenuto più volte con provvedimenti adottati in coincidenza con quelli di proroga dello stato di emergenza. In alcuni di essi si è, però, preferito indicare date precise¹⁸ piuttosto che fare riferimento al perdurare

¹⁷ Sul punto v. *infra* par. 6.

¹⁸ 15 ottobre 2020 (art. 1, comma 3, d.l. 30 luglio 2020, n. 83) ma v. nt. 13; 31 dicembre 2021 (art. 11, comma 1, d.l. 22 aprile 2021, n. 52, convertito dalla l. 17 giugno 2021, n. 87); 31 marzo 2022 (art. 16, comma 1, d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, convertito dalla l. 18 febbraio 2022, n. 11); 30 giugno 2022 (art. 10, comma 2, d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio

dell'emergenza stessa, il termine della quale è stato in altri richiamato come limite estremo di applicazione del lavoro agile 'semplificato', invertendo, così, l'approccio adottato nell'art. 90 comma 3¹⁹, riproposto, invece, in altri ancora²⁰.

Considerato che lo stato di emergenza è cessato il 31 marzo 2022, le tre proroghe che si sono succedute dopo quella data²¹ non possono più dirsi fondate su di esso e, comunque, tenuto conto del progressivo venir meno di tutte le misure restrittive introdotte per far fronte alla Pandemia, paiono ingiustificabili nella prospettiva precauzional-preventiva che aveva portato a introdurre il lavoro agile 'semplificato' nel febbraio 2020²². Al netto delle preoccupazioni relative a una risalita dei contagi, gli effetti della quale sembrano poter essere mitigati attraverso le vaccinazioni, le ultime proroghe appaiono irragionevoli, tanto da sollevare un dubbio di costituzionalità, legato al persistere, senza motivo, di una modalità di lavoro agile, quella 'semplificata', che consente di negarne l'elemento fondativo (l'accordo individuale), così come affermato nell'art. 19 comma 1 l. n. 81/2017.

Di conseguenza, anche le riflessioni che seguono, giustificate esclusivamente dalle particolarità e complessità che caratterizzano la modalità originaria, rischiano di essere e, al momento, sono, puramente teoriche, amplificando, così, ulteriormente, il paradosso di un istituto giuridico privato del proprio 'costituente essenziale' una volta giunto, suo malgrado, all'apice della risonanza, in un contesto normativo che oscilla tra obbligo e diritto al

2022, n. 52); 31 agosto 2022 (art. 10, comma 2-bis, d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio 2022, n. 52); 31 dicembre 2022 (art. 23-bis, comma 2, d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito dalla l. 21 settembre, 2022, n. 142).

¹⁹ L'art. 1, comma 3, d.l. 30 luglio 2020, n. 83, come modificato dalla l. 25 settembre 2020, n. 124 di conversione e come modificato dal d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito dalla l. 27 novembre 2020, n. 159, ha prorogato i termini "fino al 31 gennaio 2021 e comunque fino al termine dello stato di emergenza".

²⁰ L'art. 19, comma 1, d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, ha prorogato i termini "fino alla data di cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19 e comunque non oltre il 30 aprile 2021".

²¹ 30 giugno 2022 (art. 10, comma 2, d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio 2022, n. 52); 31 agosto 2022 (art. 10, comma 2-bis, d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio 2022, n. 52); 31 dicembre 2022 (art. 23-bis, comma 2, d.l. 9 agosto 2022, n. 115, convertito dalla l. 21 settembre, 2022, n. 142).

²² Considerazioni sul tema in MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia covid-19 (e oltre)*, in *RIDL*, 2020, I, p. 267 ss.

lavoro agile, obliterando completamente la prospettazione in termini di scelta libera e concordata tra le parti adottata dal legislatore che lo ha introdotto.

La speranza che, prima o poi, il legislatore torni sui suoi passi²³ e, anche rinfrancato dal Protocollo nazionale del 7 dicembre 2021²⁴, recuperi l'elemento essenziale dell'accordo individuale con tutto ciò che ne consegue in termini di fattispecie²⁵ ed effetti, spinge a intraprendere un cammino non semplice che vede inserito il “lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” in una stagione nella quale il legislatore ha dimostrato un attivismo senza precedenti proprio nei termini appena citati.

2. *Fattispecie, effetti e il legislatore ‘millennial’: cronaca di una relazione movimentata*

Nonostante affondi le proprie radici nella notte dei tempi del diritto del lavoro²⁶, una riflessione su fattispecie ed effetti può, paradossalmente, trovare il proprio fuoco nei ventidue anni quasi trascorsi dall'inizio del nuovo millennio o, più precisamente nei diciannove che il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ha da poco compiuto²⁷.

²³ Speranza o auspicio condiviso da DEL VECCHIO, *Il lavoro agile oltre l'emergenza*, in questa rivista, 2021, 371 ss. e ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, p. 423 ss.

²⁴ Sul quale v. ZOPPOLI L., *Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e “gli altri”*, in *LDE*, n. 1/2022 nonché ID., *Tra linee guide, protocolli e circolari il lavoro agile resta un incrocio*, un *RGL giurisprudenza online - Newsletter* n. 1/2022, p. 1 ss.

²⁵ Che, poi, fattispecie non è, atteggiandosi, piuttosto, a *sub-fattispecie* del lavoro subordinato.

²⁶ E del diritto civile: da ultimo e per tutti, ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Relazione alle Giornate di Studio AIDLASS 2022, 16-17 giugno, Torino, su “Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro”.

²⁷ Sui presupposti, tutt'altro che effimeri, di quella stagione v., per tutti, BIAGI, TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un “tertium genus” o codificazione di uno “Statuto dei lavori”?*, in *LD*, 1999, p. 571 ss. In una prospettiva di ricostruzione sistemica, simile a quella adottata in questo contributo, v. CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in *ADL*, 2018, p. 961 ss.; MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, p. 5 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *DRI*, 2017, p. 771 ss.; ZOPPOLI L., *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Biblioteca ‘20 Maggio’* - 1/2014, p. 478 ss.

Da quell'intervento normativo, infatti, il rapporto tra fattispecie, effetti e legislatore (*millennial*, appunto) si è andato movimentando e, volendo arbitrariamente periodizzare, articolando secondo cinque approcci, solo uno delle quali può dirsi del tutto abbandonato. Si tratta del primo, riconducibile al lavoro a progetto, introdotto, come ampiamente noto, dal già citato d.lgs. n. 276/2003 e “superato” dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

A quel primo approccio, peraltro snaturato in maniera sostanziale dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (v. par. 2), ha posto fine la considerazione da parte del legislatore del 2015 che, a conti fatti, a fronte della presa di coscienza del collaboratore coordinato e continuativo (formalmente) autonomo dell'eteroorganizzazione della prestazione da parte del proprio committente, fosse sufficiente ricorrere alla prospettiva rimediale, senza necessità di concettualizzare una nuova fattispecie (l'eteroorganizzazione, appunto) e valutarne i relativi effetti, essendo sufficiente evidenziare la sola deviazione (in termini di esclusiva personalità della prestazione nonché d'imposizione dei tempi e del luogo di lavoro) da quella principale²⁸, applicando, quindi, alle “collaborazioni organizzate dal committente” la “disciplina del rapporto di lavoro subordinato” (art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81/2015)²⁹.

Questo secondo approccio risulta completato da un intervento di poco successivo del legislatore (art. 15 l. n. 81/2017), il quale, questa volta concettualizzando, chiarisce un elemento fondamentale della (sub)fattispecie “collaborazione coordinata e continuativa”, come ampiamente noto solo evocata nell'art. 409 cpc., ovvero quello del coordinamento, necessariamente frutto di una negoziazione tra le parti. Al pari del primo, tuttavia, anche il secondo approccio risulta sostanzialmente snaturato da un intervento successivo (l. 2 novembre 2019, n. 128, di conversione del d.l. 3 settembre 2019, n. 101) che presenta, nel metodo, caratteristiche simili a quello operato dal legislatore del 2012 sul lavoro a progetto ovvero l'innesto di elementi eccentrici rispetto all'idea iniziale, tali da contraddirne l'essenza stessa (v. par. 3).

Terzo, non in ordine di tempo ma in quanto espressamente collegato allo snaturamento delle “collaborazioni organizzate dal committente”, l'ap-

²⁸ Che, poi, fattispecie non è, atteggiandosi, piuttosto, a *sub*-fattispecie del lavoro autonomo.

²⁹ In questa prospettiva risulta condivisibile la ricostruzione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 come norma anti-fraudolenta operata da SANTORO PASSARELLI G., *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL*, 2020, n. speciale, p. 203 ss.

proccio adottato per i cosiddetti *rider* dallo stesso legislatore del 2019 (v. par. 4), intento a dare sostanza e forma alla nozione di falso autonomo evocata dalla Corte di giustizia al fine di consentire il riconoscimento dei diritti collettivi ai (*false*) *self-employed*³⁰.

Quarto ma ultimo in ordine di tempo, l’approccio adottato nel dettare la nuova disciplina del diritto d’informazione sugli elementi essenziali del rapporto e sulle condizioni di lavoro (v. par. 5). In essa il legislatore, oltre a catalogare (se tipizzare pare eccessivo) i contratti di lavoro (subordinato, somministrato, intermittente, di collaborazione coordinata e continuativa, di prestazione occasionale), etichettando, invece, come “rapporto” la “collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente”, a conferma della sua natura ‘deviante’ rispetto all’originario contratto di collaborazione coordinata e continuativa dal quale può derivare, riconosce quel diritto in capo al lavoratore sia subordinato che autonomo, attribuendo gli obblighi speculari al datore di lavoro e al committente.

Quinto e ultimo in ordine di trattazione ma non di rilevanza, se non altro in quanto oggetto principale di questa riflessione, l’approccio che il legislatore adotta nei confronti del lavoro agile quale “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato *stabilita mediante accordo tra le parti*”, non solo nell’*an* ma anche e, soprattutto, per quel che interessa nella prospettiva della (*sub*)fattispecie, nel *quomodo*, determinato, appunto, in larga parte, dagli stessi contraenti sia pure nella cornice *strutturale* di un contratto di lavoro subordinato (v. par. 6).

3. *L’effimera stagione del contratto a progetto ovvero come (tentare di) sottrarsi alla definizione della/e fattispecie attraverso l’introduzione di un elemento esterno (il progetto)*

Il primo approccio al rapporto tra (*sub*)fattispecie ed effetti su cui è op-

³⁰ Sul punto v. AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l’Unione europea?*, in *Labor*, 2021, p. 389 ss.; DELFINO, *Statutory minimum wage and subordination*. *FNV Kunsten Informatie Judgment and Beyond*, in LAGA, BELLOMO, GUNDT, MIRANDA BOTO (eds.), *Labour law and social rights in Europe: the jurisprudence of international courts, selected judgements*, Gdansk University Press, 2017, p. 21 ss.; MENEGATTI, *The Evolving Concept of “worker” in EU Law*, in *ILLe-J*, 2019, p. 71 ss.; PALLINI, *Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza: apologia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE*, in AIMO, FENOGLIO, IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, ESI, 2021, p. 857 ss.

portuno riflettere è, quindi, quello adottato dal legislatore del 2003, il quale, senza cimentarsi in una definizione degli elementi caratterizzanti “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all’articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile”, impone che essi siano “riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa” (art. 61 comma 1 d.lgs. n. 276/2003)³¹.

I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l’individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti, sin dalla data di costituzione del rapporto (art. 69 commi 1 e 2 d.lgs. n. 276/2003).

Che l’individuazione del progetto costituisca il vero elemento essenziale del relativo contratto risulta confermato dalla limitazione del controllo giuridiziale all’accertamento della sua esistenza e dal divieto di estensione del controllo stesso “fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente” (art. 69 comma 3 d.lgs. n. 276/2003).

Trascorsi quasi dieci anni di non esaltante esperienza applicativa, il le-

³¹ Sul lavoro a progetto v., almeno, BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme di organizzazione*, CEDAM, 2012 (cap. II); DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro “a progetto”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 9/2003; GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in RIDL, 2005, I, p. 224; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L’interferenza delle collaborazioni a progetto*, BUP, 2012 (cap. III); PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno ... al futuro?*, in PALLINI (a cura di), *Il “lavoro a progetto” in Italia e in Europa*, Il Mulino, 2006, p. 93 ss.; PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al Titolo VIII del d.lgs. 276/2003*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 13/2004; PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in LD, 2004, p. 92 ss.; PINTO, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 431; PIZZOFERRATO, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in ILLEJ, 2004, p. 1 ss.; PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in ADL, 2004, p. 672 ss.; TIRABOSCHI, *Le collaborazioni continuative e coordinate nella modalità a progetto*, in SANTORO PASSARELLI G., PELLACANI (a cura di), *Subordinazione e lavoro a progetto*, Giappichelli, 2009, p. 163 ss.

gislatore del 2012³², oltre a dimostrare una non del tutto comprensibile idiosincrasia per l’alternativa “progetto o programmi di lavoro o fasi di esso”, sistematicamente espunta dall’intero provvedimento, ritiene di dover specificare, in un chiarimento che sa tanto di tentativo di concettualizzazione, che “il progetto deve essere funzionalmente collegato a un determinato risultato finale e non può consistere in una mera riproposizione dell’oggetto sociale del committente, avuto riguardo al coordinamento con l’organizzazione del committente e *indipendentemente dal tempo impiegato per l’esecuzione dell’attività lavorativa.*” Il progetto, inoltre, “non può comportare lo svolgimento di *compiti meramente esecutivi o ripetitivi*, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 61 comma 1 d.lgs. n. 276/2003, mod. art. 2 l. n. 92/2012, comma 23, lett. a)

Rispetto alle conseguenze della mancata “individuazione” del progetto, il legislatore ritiene di dover ulteriormente chiarire due aspetti: il primo, che aveva suscitato un acceso dibattito dottrinale ovvero quello relativo alla ‘riqualificazione’, autenticamente interpretata (art. 2 l. n. 92/2012, comma 24) nel senso che “l’individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”. Il secondo, altrettanto significativo nella prospettiva del chiarimento concettualizzante, riguardante, invece, l’estensione della ‘riqualificazione’, “salvo prova contraria a carico del committente”, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, non solo a progetto (dunque, anche quelli esclusi dall’ambito di applicazione dell’art. 61), “nel caso in cui l’attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell’impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità che possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 69, comma 2, mod. art. 2, comma 23, lett. g), l. n. 92/2012).

Nel perimetro del medesimo tentativo di ‘chiarificazione concettualiz-

³² Sul quale, nella prospettiva che qui interessa, v. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in *ADL*, 2013, p. 797 ss.; NOVELLA, *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce le fattispecie?*, in *LD*, 2012, p. 569 ss.; PASSESALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo*, UTET, 2012; PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *LD*, 2012, p. 541 ss.

zante' sembra collocarsi la sostituzione del vago requisito della "indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto" (art. 62 comma 1 lett. b d.lgs. n. 276/2003) con la maggiormente pregnante "*descrizione del progetto, con individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire*" (art. 62, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 276/2003 mod. art. 2 l. n. 92/2012, comma 23, lett. b)), elemento essenziale, ai fini della prova del contratto a progetto da stipularsi in forma scritta.

All'elemento contenutistico se ne aggiunge un altro, rilevante ai fini della definizione della (*sub*)fattispecie relativo all'indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro (art. 62 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 276/2003), mentre, almeno apparentemente, viene affidata alla libera determinazione delle parti l'individuazione del "corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese" (art. 62 comma 1 lett. c) d.lgs. n. 276/2003).

Lo stesso può dirsi delle "forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa", le quali, tuttavia, "in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa" (art. 62 comma 1 lett. d) d.lgs. n. 276/2003); nonché delle eventuali "misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto", per tali necessariamente intendendosi quelle specifiche, visto che resta fermo "quanto disposto dall'articolo 66, comma 4" ovvero l'applicazione delle "norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, quando la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente, nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (...)" (art. 62 comma 1 lett. e) d.lgs. n. 276/2003).

Tuttavia, proprio per quanto riguarda la determinazione del compenso, come sottolineato in precedenza, la libertà delle parti risulta solo apparente o, comunque, limitata. Infatti, già nella versione originaria, il legislatore aveva specificato che "il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto" (art. 63 comma 1 d.lgs. n. 276/2003). Specificazione ulteriormente precisata, nella prospettiva qualificatoria, evocando la "particolare natura della prestazione e del con-

tratto che la regola”; tanto che il compenso “non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo *alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati*, dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega, ai livelli decentrati” (art. 63 comma 1 d.lgs. n. 276/2003, mod. art. 2 comma 23, lett. c) l. n. 92/2012).

E che il riferimento del legislatore del 2012, a fini di ‘chiarificazione concettualizzante’, sia costituito dal lavoro subordinato e non (più) da quello autonomo, al quale guardava, invece, il legislatore del 2003, è confermato dall’ulteriore precisazione che “in assenza di contrattazione collettiva specifica, il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell’attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto” (art. 63, comma 2 d.lgs. n. 276/2003, introdotto dall’art. 2 comma 23, lett. c) l. n. 92/2012).

A questa decisa virata verso il lavoro subordinato per ciò che concerne la remunerazione (verrebbe da dire retribuzione) del lavoratore a progetto, operata dal legislatore nel 2012 non corrisponde, però, un intervento del medesimo segno per quanto riguarda gli altri effetti derivanti dalla qualificazione del rapporto come contratto a progetto.

Infatti, se si esclude il marginale “diritto di essere riconosciuto autore della invenzione fatta nello svolgimento del rapporto” (art. 65, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), per il resto, la legislazione del 2003, non interessata, per questi aspetti, dalle modifiche del 2012, si limita ad affermare che “la gravidanza, la malattia e l’infortunio del collaboratore a progetto non comportano l’estinzione del rapporto contrattuale, che rimane sospeso, senza erogazione del corrispettivo (art. 66, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), specificando che “*salva diversa previsione del contratto individuale*, in caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza” e che “il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile” (art. 66, comma

2, d.lgs. n. 276/2003). Solo “in caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, *salva più favorevole disposizione del contratto individuale*” (art. 66, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

I ricorrenti riferimenti al contratto individuale e non alla contrattazione collettiva, di contro ampiamente evocata dal legislatore del 2012 per quanto riguarda la retribuzione, riconducibili alla originaria collocazione del lavoro a progetto nell'alveo del lavoro autonomo, rimandano ad una visione dei rapporti di forza tipica di quest'ultimo, tanto che, la sola deroga *in peius* consentita alle parti riguarda la possibilità di negare la pluricommitenza, ammessa, invece, dalla legge (art. 64, comma 1, d.lgs. n. 276/2003). Salvo, poi, specificare che “il collaboratore a progetto non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti né, in ogni caso, diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazione di essi, né compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio dell'attività dei committenti medesimi” (art. 64, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

D'altro canto, anche l'originaria e *tranchant* previsione del recesso *ante tempus* ammesso esclusivamente per giusta causa, risulta affiancata dalla possibilità riconosciuta alle parti di stabilire “diverse causali o modalità, incluso il preavviso” (art. 67, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 mod. art. 2, comma 23, lett. e) l. n. 92/2012). Nella versione del 2012 “il committente può altresì recedere prima della scadenza del termine qualora siano emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto”, come tipico del lavoro autonomo. Così, il recesso con preavviso del “collaboratore” può aversi se previsto nel contratto individuale (art. 67, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 mod. art. 2, comma 23, lett. e) l. n. 92/2012).

In maniera internamente contraddittoria, almeno rispetto alle norme appena citate, il legislatore del 2012 introduce, poi, l'ipotesi di ‘doppia riqualificazione’ per “le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto” al ricorrere di almeno due dei seguenti presupposti: che “la collaborazione abbia una durata complessivamente superiore a otto mesi nell'arco dell'anno solare”; che il suo corrispettivo “anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare”; che “il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente” (art. 69-*bis*, comma 1 aggiunto dall'art. 2, comma 24, l. n. 92/2012).

La prima ‘riqualificazione’ consiste nel considerare, “salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente”, quelle ‘Partite IVA’, “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa”, a meno che la prestazione lavorativa “sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell’esercizio concreto di attività” e sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233” (art. 69-*bis*, comma 2, aggiunto dall’art. 2, comma 24, l. n. 92/2012); ovvero “nell’esercizio di attività professionali per le quali l’ordinamento richiede l’iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni” (art. 69-*bis*, comma 3, aggiunto dall’art. 2, comma 24, l. n. 92/2012).

La seconda ‘riqualificazione’ risulta esito automatico della prima, visto che il realizzarsi della presunzione appena descritta “determina l’integrale applicazione della disciplina di cui al presente capo, ivi compresa la disposizione dell’articolo 69, comma 1” (art. 69-*bis*, comma 4, aggiunto da art. 2, comma 24, l. n. 92/2012), e che “l’individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato” (art. 2, comma 24, l. n. 92/2012). Nel caso delle Partite IVA, la mancanza del progetto è pressoché scontata.

Tra una ‘riqualificazione’ e l’altra ovvero “quando la prestazione lavorativa (...) si configura come collaborazione coordinata e continuativa, gli oneri contributivi derivanti dall’obbligo di iscrizione alla gestione separata dell’INPS (...) sono a carico per due terzi del committente e per un terzo del collaboratore, il quale, nel caso in cui la legge gli imponga l’assolvimento dei relativi obblighi di pagamento, ha il relativo diritto di rivalsa nei confronti del committente” (art. 69-*bis*, comma 5, aggiunto dall’art. 2, comma 24, l. n. 92/2012).

Al di là dei dettagli tecnici, l’analisi della normativa relativa al lavoro a progetto, conferma la centralità del progetto stesso, utilizzato come produttore di effetti, che consente al legislatore di esimersi dal concettualizzare la (*sub*)fattispecie di base alla quale esso risulta connesso ovvero la collabo-

razione coordinata e continuativa. Effetti che, nella versione originaria, sono coerentemente parametrati sulla ribadita appartenenza all'alveo del lavoro autonomo, anche se con aperture importanti verso le tutele tipiche del lavoro subordinato (gravidanza, malattia, infortuni), le quali, nella versione del 2012, pur senza contraddire formalmente quell'appartenenza, sono, invece, testualmente richiamate per quanto riguarda la remunerazione (retribuzione).

E se, per un verso, la riconduzione di tutele tipiche del lavoro subordinato (pur non nella loro integrità) alla diversa (*sub*)fattispecie delle collaborazioni coordinate continuative dimostra come esse tanto tipiche o esclusive poi non siano, per l'altro, l'idea stessa della 'riqualificazione' in termini di lavoro subordinato in assenza del progetto, elemento essenziale del relativo contratto, conferma, comunque, la forza attrattiva della fattispecie subordinazione e lo scarso investimento, da parte del legislatore, nella chiarificazione concettualizzante della (*sub*)fattispecie collaborazione coordinata e continuativa, dalla quale derivare autonomamente e non per relazione 'deviante', effetti legati ai bisogni reali del lavoratore o della lavoratrice che ne siano parte.

4. *Il "superamento del contratto a progetto", le "collaborazioni organizzate dal committente" e la prospettiva rimediale*

Il secondo approccio al rapporto tra (*sub*)fattispecie ed effetti si sostanzia, come accennato, nel "superamento del contratto a progetto" (così, testualmente, la rubrica dell'art. 52 d.lgs. n. 81/2015) e nella presupposizione della potenziale esistenza delle "collaborazioni organizzate dal committente" (così, altrettanto testualmente, l'art. 2 d.lgs. n. 81/2015)³³. A detta presupposizione

³³ Sulle "collaborazioni organizzate dal committente" v., almeno: CIUCCIOVINO, Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione, in *RIDL*, 2016, I, p. 321 ss.; FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, p. 53 ss.; FILI, *Le collaborazioni organizzate dal committente nel D.lgs. n. 81/2015*, in *LG*, 2015, p. 1091 ss.; MANGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 294/2016; MARAZZA, *Collaborazioni organizzate e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in *ADL*, 2016, p. 1168 ss.; MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, in *RIDL*, 2020, I, p. 73 ss.; MARTELLONI, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 cost.*, in *RIDL*, 2020, I, p. 399 ss.; NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità del punto di vista giuridico"*, in *ADL*, 2016, p. 47 ss.;

si collega l’attribuzione a quelle collaborazioni dello statuto protettivo massimo, costituito dalla “disciplina del rapporto di lavoro subordinato”. Il superamento si realizza, invece, attraverso l’abrogazione delle “disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-*bis* del decreto legislativo n. 276 del 2003” (art. 52, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) che fa “salvo quanto disposto dall’articolo 409 del codice di procedura civile” (art. 52, comma 2, d.lgs. n. 81/2015), a conferma che il bersaglio del legislatore del 2015 è rappresentato dal progetto e non dalla (*sub-sub*)fattispecie ‘collaborazione a progetto’³⁴ e che il legislatore stesso si concentra sulla *deviazione* da una (*sub*)fattispecie, la collaborazione coordinata e continuativa, la quale, almeno fino al 2017, non ritiene di dover definire.

Gli effetti della deviazione sono radicali e rispondono alla logica rimediale³⁵ nel senso, improprio³⁶, di prescindere dall’analisi dei bisogni reali e delle conseguenze che l’eterorganizzazione produce su quei lavoratori o lavoratrici rispetto alle modalità di svolgimento della prestazione nell’ambito di un ‘genuino’ contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

In realtà, nella versione originale della norma, l’interprete disponeva di due indicatori dell’eterorganizzazione *fattispecie concreta*, dai quali far discendere i diversi o ulteriori bisogni che potessero derivare dalla deviazione rispetto alla (*sub*)fattispecie collaborazione coordinata e continuativa: l’esclusiva

PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, p. 1257 ss.; PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, in *DRI*, 2020, p. 267 ss.; PROIA, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, p. 499 ss.; SANTAGATA DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2017, p. 397 ss.; SANTONI, *Il lavoro parasubordinato tra vecchi e nuovi modelli contrattuali*, in *MGL*, 2017, p. 718 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*, in *ADL*, 1134 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, in *DRI*, 2015, p. 978 ss.; TOSI, *L’art. 2, comma 1, d. Lgs. N. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, p. 1117 ss.; ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, 2016, p. 756 ss.; ZOPPOLI A., *La collaborazione etero-organizzata: fattispecie e disciplina, in questa Rivista*, 2016, p. 33 ss.; ID., *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, p. 703 ss.

³⁴ Sul tema, v. FOGLIA, *L’actio finium regundorum tra lavoro subordinato e lavoro autonomo nel Jobs act*, in *MGL*, 2015, p. 741 ss.

³⁵ Sulla quale, da ultimo e per tutti, ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, cit.

³⁶ Infatti, come sottolineato da TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, p. 367 ss., la logica rimediale presuppone un’analisi, da parte del giudice, dei reali bisogni e interessi del lavoratore.

personalità della prestazione, a fronte della prevalenza, ammessa, invece, per il lavoro autonomo, dall'art. 2222 cod. civ. (v. anche l'art. 2232 c.c.), e l'organizzazione delle modalità di esecuzione, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, da parte del committente, il quale, di contro, nel lavoro autonomo può solo pretendere il rispetto delle “condizioni stabilite dal contratto” (art. 2224 c.c.).

In concreto, il committente, che, coerentemente alla logica rimediale, per il legislatore rimane tale, anche se, a seguito della ‘deviazione’, è costretto ad applicare la disciplina del lavoro subordinato (ma questi sono gli effetti paradossali della logica rimediale intesa in senso improprio), non ha permesso al collaboratore di avvalersi di altri (nel caso delle professioni intellettuali, dopo averlo espressamente consentito nel contratto: arg. *ex* art. 2232 c.c.) e, invece di lasciare che quello autorganizzasse l'esecuzione della propria prestazione (d'opera o di servizio), lo ha organizzato, imponendo (anche o, meglio, persino) luogo e tempi della stessa. In cosa consista l'(etero)organizzazione e in cosa si differenzi dalle “condizioni stabilite dal contratto” di cui all'art. 2224 c.c. o dal coordinamento di cui all'art. 409 c.p.c. non è dato saperlo. Di certo, però, non è subordinazione, visto che il legislatore non utilizza questo termine né si serve della ‘riqualificazione’ come aveva fatto per il lavoro a progetto.

La contraddizione risulta evidente, così come contraddittorio appare l'utilizzo della logica rimediale *da parte del legislatore*, se, questa volta, la si intende nell'accezione propria di intervento del giudice, il quale, in assenza di tutela o ritenendo la tutela disponibile inadeguata, applica norme protettive rinvenibili o desumibili dall'ordinamento sebbene non riferite al caso concreto, non potendo, almeno negli ordinamenti di *civil law*, crearne di nuove. Il legislatore, di contro, dispone, *per definizione*, degli strumenti necessari a introdurre tutele adeguate alla fattispecie astratta una volta avuto il coraggio di configurarla, senza dover inseguire quella concreta come avviene nel caso delle “collaborazioni organizzate dal committente”, delle quali, semplicisticamente, presuppone l'esistenza.

D'altra parte, l'approccio all'eterorganizzazione come deviazione dalla (*sub*)fattispecie (collaborazione coordinata e continuativa) e non come (*sub*?)fattispecie autonoma meritevole di tipizzazione e di tutela rischia di costituire esclusivamente un modello di ricorso giudiziale per coloro che, dall'interno di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ‘genuino’, aspirino, per citare il legislatore più recente, ad “una forma di lavoro

con condizioni più prevedibili, sicure e stabili” (art. 10, comma 1, d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104, sul quale v. par. 5).

Lo stesso legislatore del 2015 sembra consapevole di questo rischio nel momento in cui quasi suggerisce alle parti individuali di “richiedere alle commissioni di cui all’articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, la certificazione dell’assenza dei requisiti di cui al comma 1” (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 81/2015), e alle “associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” di stipulare accordi collettivi che prevedano, per le collaborazioni coordinate e continuative, “discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”, escludendo, in presenza di simili accordi, l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 2, lett. a) d.lgs. n. 81/2015)³⁷. Non rendendosi conto, il legislatore, che, in quest’ultimo caso sta chiedendo alla parti sociali di accollarsi, nel particolare, lo stesso onere al quale, egli, nell’interesse generale, si sottrae.

Divenuto consapevole o reso avvertito della pochezza euristica e, dunque, protettiva dell’approccio adottato, soprattutto alla luce dell’abolizione della normativa sul lavoro a progetto, la quale, pur con tutte le sue manchevolezze e contraddizioni, ricollegava, comunque, ad un elemento essenziale astratto (il progetto, appunto), i previsti strumenti di tutela, il medesimo legislatore, nel 2017, ha deciso, come noto, di intervenire a monte. Da un lato, introducendo una serie di disposizioni protettive del lavoro autonomo nel suo complesso, applicabili, dunque, anche alle collaborazioni coordinate e continuative ‘genuine’ (Titolo I l. n. 81 del 2017)³⁸; dall’altro, come sottolineato in premessa, chiarendo un aspetto fondamentale di queste ultime ovvero che “la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle

³⁷ Sul punto, interessanti riflessioni in IMBERTI, *L’eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *DRI*, 2016, p. 393 ss.

³⁸ Sulla quale, v., almeno: GAROFALO D., *La ritrovata dignità del lavoro autonomo*, in *Labor*, 2019, p. 481 ss. e p. 602 ss.; PALLINI, *Gli incerti confini dell’ambito di applicazione dello statuto del lavoro autonomo*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*, p. 229 ss.; PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *LD*, 2017, p. 251 ss.; PERULLI, *Il jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, p. 173 ss.; FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018; SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, I, p. 369 ss.; VTDL, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale* (a cura di FERRARESI), n. 3/2018; ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*

modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa" (art. 409 n. 3 c.p.c. mod. dall'art. 15, comma 1, lett. a) l. n. 81/2017)³⁹.

L'intervento chiarificatore del 2017 sembrava aver messo un punto fermo non solo sulla (*sub*)fattispecie ma anche, e di conseguenza, sulle ipotesi di deviazione dalla stessa, dovendosi intendere che in presenza della determinazione mediante accordo delle modalità del coordinamento e di certificazione iniziale (ma anche *in itinere*) della sua genuinità e dell'autorganizzazione, l'eterorganizzazione, sia pur minimalisticamente sostanziata nella personalità esclusiva della prestazione e nell'organizzazione della stessa da parte del committente, persino avuto riguardo al luogo e ai tempi della stessa, fosse da escludersi o, viceversa, da affermarsi, con le note conseguenze in materia di effetti, qualora tutto ciò mancasse.

E, infatti, nel medesimo decreto del 2019 volto a garantire uno statuto protettivo ai *riders* (v. par. 4), il legislatore aveva confermato l'impianto dell'art. 2, comma 1, estendendone, anzi, l'applicazione ai casi in cui "le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali (art. 2 comma 1 d.lgs. n. 81/2015 mod art. 1, comma 1, lettera a) del decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101).

Nello stesso decreto n. 101/2019, d'altro canto, il legislatore aveva inteso ampliare le tutele delle collaborazioni coordinate e continuative, riconoscendo agli iscritti alla sola gestione separata INPS, non titolari di pensione, la corresponsione dell'indennità giornaliera di malattia, dell'indennità di degenza ospedaliera (aumentata del 100 per cento), del congedo di maternità e del congedo parentale, "fermi restando i requisiti reddituali vigenti", anche qualora risulti loro attribuita una sola "mensilità della contribuzione dovuta alla predetta gestione separata nei dodici mesi precedenti la data di inizio dell'evento o dell'inizio del periodo indennizzabile" (art. 2-*bis* d.lgs. n. 81/2015 introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b) d.l. n. 101/2019).

Non poca sorpresa avevano destato, quindi, le modifiche apportate dalla legge di conversione del d.l. n. 101/2019 che non solo hanno sostituito il requisito della prevalente personalità a quello della personalità esclusiva della prestazione, ma hanno anche eliminato l'unica indicazione legislativa esplicita in qualche modo chiarificatrice del significato concreto dell'organizzazione

³⁹ Sul punto, v. PISANI, *La nozione legale di coordinamento introdotta dall'articolo 15 della legge n. 81/2017*, in *DRI*, 2018, p. 823 ss.

da parte del committente ovvero l'eterodeterminazione del luogo e dei tempi di lavoro (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 mod. art. 1, comma 1, lettera a) del d.l. n. 101/2019, a sua volta mod. l. 2 novembre 2019, n. 128, di conversione)⁴⁰.

Di modo che, alla se non altro coerente riconduzione della deviazione eterorganizzativa ('rimediata' attraverso l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato) a caratteristiche eccentriche rispetto al lavoro autonomo, è subentrato un singolare riferimento ad un elemento tipico dell'autonomia, quello della possibile delega o sostituzione del prestatore d'opera o di servizi⁴¹, l'eventuale struttura organizzativa del quale diventa servente rispetto a quella del committente che ne organizza la prestazione. Con la conseguenza che, nel caso, la disciplina del lavoro subordinato si applicherebbe anche a “sostituti e ausiliari” del primo, i quali diventerebbero dipendenti del secondo, in uno schema giuridico molto lontano da quello originario della deviazione eterorganizzativa, il quale, quantomeno, conteneva qualche elemento della subordinazione⁴².

L'estensione stravolgente della 'deviazione eterorganizzativa' dalla (*sub*)fattispecie collaborazione coordinata e continuativa fino a ricomprendere, oltre a quelle esclusivamente personali, anche le prestazioni che lo siano in prevalenza, se, da un lato, determina un'estensione della tutela e, quindi, degli effetti, dall'altro, aumenta gli interrogativi sulla coerenza (e, dunque, ragionevolezza, sul piano costituzionale)⁴³ del collegamento con la (*sub*)fattispecie 'deviata', in una estremizzazione assoluta del ricorso alla logica rimediale, già discutibile nella sua versione meno spinta.

⁴⁰ V. anche FERRARO, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, 2020, I, p. 349 ss.; MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *RIDL*, 2020, I, p. 61 ss.

⁴¹ Pregnanti osservazioni sul tema in BORZAGA, *Storia di uno “sconfinamento”: l'emergere di dinamiche di potere nel lavoro autonomo*, in *LD*, 2021, p. 503 ss.

⁴² V. anche DE MARCO, GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in *DML*, 2021, p. 1 ss.

⁴³ Sulla prospettiva costituzionale, con riferimento ai temi in discussione, v. FERRARO, *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in *LG*, 2016, p. 221 ss.; PACCHIANA PARRAVICINI, *La subordinazione tra legislatore e giurisprudenza costituzionale*, in *MGL*, 2017, p. 473 ss.

5. *Falsi autonomi per legge: il cortocircuito tra fattispecie ed effetti nella vicenda dei rider*

Anche nel terzo approccio al rapporto tra fattispecie ed effetti, quello utilizzato per i *rider*⁴⁴, almeno nella versione proposta nel decreto n. 101/2019, nella quale, come visto, si erano estese le disposizioni dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 al lavoro mediante piattaforma, il legislatore, pur non prendendo una posizione netta in termini di (*sub*)fattispecie, si manteneva, tuttavia, coerente rispetto all'idea generale del rafforzamento degli effetti del proprio intervento, prefiggendosi di operare "al fine di promuovere un'occupazione sicura e dignitosa e nella prospettiva di accrescere e riordinare i livelli di tutela per i prestatori occupati con *rapporti di lavoro non subordinato*" e mirando a stabilire "livelli minimi di tutela per i lavoratori impiegati nelle attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 attraverso piattaforme anche digitali" (47-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. c) d.l. n. 101/2019).

In verità, all'assenza della subordinazione, elemento determinante per l'applicazione dei livelli minimi di tutela previsti dal legislatore, si affiancava, e tuttora si affianca, la prerogativa delle piattaforme che "organizzano le attività di consegna di beni, fissandone il prezzo", di determinare anche le "modalità di esecuzione della prestazione" del *rider* (art. 47-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. c) d.l. n. 101/2019).

A conferma dell'incertezza, ma anche del proficuo margine di manovra che può derivare, *in questo specifico caso*, dal *non posizionamento rispetto alla fattispecie*, il legislatore affermava che il corrispettivo "può essere determinato in base alle consegne effettuate purché in misura non prevalente", preci-

⁴⁴ Sulla vicenda dei quali v., almeno, BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L'attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all'affannosa ricerca di inedite categorie*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*, p. 67 ss.; CORDELLA, *Il lavoro dei rider: fenomenologia, inquadramento giuridico e diritti sindacali*, in VTDL, 2021, p. 927 ss.; GIUBBONI, *I riders delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in AIMO, FENOGLIO, Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Rocella*, ESI, 2021, p. 523 ss. In una prospettiva di sistema, v. GARILLI, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Rocella e nell'evoluzione ordinamentale*, in AIMO, FENOGLIO, Izzi, *op. cit.*, p. 503 ss.

sando che “il corrispettivo orario è riconosciuto a condizione che, per ciascuna ora lavorativa, il lavoratore accetti almeno una chiamata”, e vagheggiando, così, una sorta di cottimo misto del lavoratore non subordinato. Salvo augurarsi, al contempo, che i contratti collettivi definissero “schemi retributivi modulari e incentivanti che tengano conto delle modalità di esecuzione della prestazione e dei diversi modelli organizzativi”, senza, tuttavia, indicare i soggetti che avrebbero potuto/dovuto stipularli (art. 47-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 101/2019).

La conclamata assenza di subordinazione non impedisce, però, al legislatore di estendere ai *rider* la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, con determinazione del premio assicurativo in base al tasso di rischio corrispondente all’attività svolta; assumendo come retribuzione imponibile “la retribuzione convenzionale giornaliera di importo corrispondente alla misura del limite minimo di retribuzione giornaliera in vigore per tutte le contribuzioni dovute in materia di previdenza e assistenza sociale, rapportata ai giorni di effettiva attività, indipendentemente dal numero delle ore giornaliere lavorative”; addossando all’impresa che si avvale della piattaforma, anche digitale, tutti gli adempimenti del datore di lavoro nei confronti dell’INAIL ma, soprattutto, imponendo a quell’impresa il rispetto, “a propria cura e spese” del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (art. 47-*ter*, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c) d.l. n. 101/2019).

Il riferimento al tasso di rischio operato dal legislatore, in sé dettaglio tecnico relativamente significativo, dal punto di vista sistematico, costituisce, invece, a nostro avviso, un elemento fondamentale nella prospettiva del collegamento della tutela (effetti voluti dal legislatore) al bisogno concreto, senza dove ricorrere alla fattispecie astratta, volutamente lasciata incerta dallo stesso legislatore. Nella medesima prospettiva del nesso rischio-bisogno⁴⁵ si colloca,

⁴⁵ Per la valorizzazione del profilo del rischio quale nesso con le tutele, v. LOI, *Il lavoro autonomo nella prospettiva del rischio*, in CARABELLI, FASSINA, *op. cit.*, p. 15 ss., nonché ALES, *Genuine Autonomous Work: Towards a Tailor-made Social Protection*, in Addabbo, Ales, Curzi, Fabbri, Rymkevich, Senatori (eds.), *Defining and Protecting Autonomous Work. A Multidisciplinary Perspective*, Palgrave Macmillan, 2022, p. 109 ss. e ID., *Is the Classification of Work Relationships Still a Relevant Issue for Social Security? An Italian Point of View in the Era of Platform Work*, in BECKER, CHESALINA (eds.), *Social Law 4.0. New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age*, Nomos, 2020, p. 97 ss.

evidentemente, anche l'assunzione di responsabilità giuridica ed economica rispetto all'adempimento dell'obbligo di sicurezza, il quale, pur riferito espressamente al solo d.lgs. n. 81/2008, non può non comprendere la sua scaturigine ovvero l'art. 2087 c. c.⁴⁶.

Rispetto al quadro sufficientemente coerente appena descritto, in cui il legislatore rivisita l'automatismo fattispecie-effetti in termini di rischio-bisogno, sorprende ancora una volta l'intervento stravolgente della l. n. 128/2019, di conversione del d.l. n. 101/2019, la quale precisa, a nostro avviso inutilmente limitandolo, il campo di applicazione della disciplina protettiva dei *rider*, riconoscendola soltanto ai lavoratori autonomi. Il tutto fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 ovvero ferma restando la possibilità per il *rider*, assunto con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, di accedere, qualora risulti provata l'eteroorganizzazione, alla tutela del lavoro subordinato (art. 47-bis, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 101/2019 e mod. l. n. 128/2019).

Tuttavia, anche una volta specificato che i livelli minimi di tutela introdotti si applicano ai *rider* lavoratori autonomi, ivi inclusi, parrebbe di capire, quelli assunti con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa, il legislatore non interviene a modificare, come coerenza avrebbe voluto, il passaggio relativo alla definizione delle piattaforme digitali utilizzate dal committente che continuano ad essere “strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e *determinando le modalità di esecuzione della prestazione* (art. 47-bis, comma 2, d.lgs. n. 81/2015). Quest'ultima prerogativa, ovviamente, mal si coniuga con la precisazione dell'ambito di applicazione al solo lavoro autonomo anche nella sua versione di collaborazione coordinata e continuativa⁴⁷.

D'altro canto, il legislatore, anche più di recente, sembra aver intrapreso consapevolmente la via dell'auto-contraddizione, richiedendo che “i contratti individuali di lavoro” autonomo siano “provati per iscritto” e che i la-

⁴⁶ Sul tema specifico, v. CAFFIO, *La tutela della salute e della sicurezza nel lavoro tramite piattaforme digitali*, in *LG*, 2021, p. 339 ss.; PASCUCCI, *Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro ... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co.*, in *DSL*, 2019, p. 37 ss.; TULLINI, *Prevenzione e tutela della sicurezza sul lavoro nell'economia digitale*, in *RDSS*, 2021, p. 671 ss.

⁴⁷ Anche a questa vicenda potrebbero essere estese le considerazioni di BORZAGA, *Storia di uno “sconfinamento”*, cit. Più in generale v. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del Diritto del Lavoro*, Giappichelli, 2021.

voratori debbano ricevere entro la data di instaurazione del rapporto di lavoro le relative informazioni, incluse quelle inerenti alla tutela della salute e sicurezza, garantite dal committente (?) “a propria cura e spese” (art. 47-ter, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 mod. art. 5, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 104/2022).

Peraltro, la violazione degli obblighi d’informazione, oltre a far sorgere in capo al lavoratore il “diritto a un’indennità risarcitoria di entità non superiore ai compensi percepiti nell’ultimo anno, determinata equitativamente con riguardo alla gravità e alla durata delle violazioni e al comportamento delle parti” (art. 47-ter, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c) l. n. 128/2019), è valutata “come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro e delle connesse lesioni dei diritti”. (art. 47-ter, comma 3, d.lgs. n. 81/2015 come introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c), l. n. 128/2019).

Il che, alla luce di quanto si dirà più avanti rispetto alla nuova disciplina del diritto d’informazione ed al suo approccio al rapporto tra fattispecie ed effetti, potrebbe anche non essere determinante, se non fosse per la nettezza con la quale il legislatore indica “i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale” quale strumento di definizione dei “criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell’organizzazione del committente (art. 47-quater, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c), d.l. n. 101/2019 e mod. l. n. 128/2019)⁴⁸.

Il ruolo della contrattazione collettiva, peraltro, in apparenza meramente eventuale (“possono”), diventa decisivo alla luce della specificazione, introdotta ancora una volta dalla legge di conversione, secondo la quale, in difetto della stipula dei contratti, i *rider* autonomi “non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate” e deve essere loro garantito “un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale” (art. 47-quater, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dalla l. n. 128/2019).

⁴⁸ D’altro canto, la tendenza espansiva della tutela retributiva era già stata acutamente evidenziata da ZOPPOLI L., *L’“equo compenso” tra contratto collettivo e legge*, in CARABELLI, FASSINA *op. cit.*, p. 65 ss.

E se la garanzia di “un’indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli, determinata dai contratti di cui al comma 10, in difetto, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali” (art. 47-*quater*, comma 3, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dalla l. n. 128/2019) sembra recuperare in nesso rischio-bisogno che aveva caratterizzato il d.l. n. 101/2019, l’affermazione dell’applicazione, ai *rider* autonomi della “disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l’accesso alla piattaforma (art. 47-*quinquies*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dalla l. n. 128/2019), conferma che il legislatore è saldo sulla via dell’auto-contraddizione.

Conferma che viene anche, seppure *a contrario*, dalla disposizione che, recuperando appieno la dimensione dell’autonomia del *rider*, vieta “l’esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione” (art. 47-*quinquies*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dalla l. n. 128/2019).

Neutro appare, di contro, l’obbligo di trattamento conforme alla normativa vigente dei dati personali dei lavoratori che svolgono la loro attività attraverso le piattaforme digitali (art. 47-*sexies*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dalla l. n. 128/2019).

6. *La nuova disciplina del diritto d’informazione sugli elementi essenziali del rapporto e sulle condizioni di lavoro: l’irrelevanza della fattispecie quale criterio di attribuzione delle tutele*

Il quarto e anche il più recente approccio adottato dal legislatore al rapporto tra fattispecie ed effetti lo si rileva, non senza qualche sorpresa, nella nuova disciplina del diritto d’informazione sugli elementi essenziali del rapporto e sulle condizioni di lavoro, dettata dal già citato d.lgs. n. 104/2022⁴⁹. Esso consiste nel ritenere la fattispecie irrilevante quale criterio di attribuzione delle tutele (effetti).

Più in generale il d.lgs. n. 104/2022 si segnala all’attenzione dell’interprete per l’elencazione esplicita dei contratti di lavoro noti all’ordinamento

⁴⁹ Sulla quale v. ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022, cap. III.

(potremmo forse azzardare tipizzati), al di là, almeno pare, della dicotomia subordinazione – autonomia, visto che l’art. 1 individua e distingue il “contratto di lavoro subordinato” dal “contratto di lavoro somministrato” e dal “contratto di lavoro intermittente” (art. 1, comma 1, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 104/2022). Gli ultimi due, tradizionalmente fatti rientrare nell’alveo, appunto, della subordinazione, sembrano, invece, assumere una rilevanza autonoma, derivante, si potrebbe dire, dalle caratteristiche che li distinguono dalla subordinazione classica (‘trilateralità’ del rapporto e eventualità/discontinuità della prestazione).

Lo stesso può essere affermato con riferimento al “contratto di collaborazione coordinata e continuativa” e al “contratto di prestazione occasionale”⁵⁰ (art. 1, comma 1, lett. e) e f) d.lgs. n. 104/2022) espressamente distinti dai “rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro V del codice civile e quelli di lavoro autonomo di cui al decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36”⁵¹, ai quali il d.lgs. n. 104 del 2022 non trova applicazione. La distinzione rende ancor più rilevante la già segnalata applicazione ai contratti di lavoro (falso) autonomo dei *rider* delle disposizioni dello stesso decreto e potrebbe far addirittura propendere per una sopravvenuta ‘riqualificazione’ di quei contratti come di (falsa) collaborazione coordinata e continuativa, alla quale, invece, le disposizioni del d.lgs. n. 104 del 2022 trovano applicazione.

E se per il lavoro autonomo l’utilizzo dell’espressione ‘rapporto’ in vece di ‘contratto’ potrebbe essere considerato un *lapsus calami* del legislatore, a fronte dell’espresso riferimento codicistico al “contratto” (d’opera: art. 2222 c.c. rubrica), l’evocare come “rapporto” la “collaborazione con prestazione prevalentemente personale e continuativa organizzata dal committente di cui all’articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81” (art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 104 del 2022) costituisce, a nostro avviso, un ulteriore indizio di quanto l’eteroorganizzazione sia considerata, dallo stesso legislatore, una deviazione dalla (*sub*)fattispecie “collaborazione coordinata e continuativa”, al contrario di tutte le altre forme di lavoro sopra citate, alle quali il legislatore stesso conferisce la dignità di contratto ‘tipizzato’.

Tanto premesso circa la rilevanza del d.lgs. n. 104/2022 sul piano sistematico, è ora possibile concentrare l’attenzione, più nello specifico, sull’approccio

⁵⁰ Di cui all’art. 54-*bis* d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla l. 21 giugno 2017, n. 96.

⁵¹ Lavoro sportivo.

al rapporto tra fattispecie ed effetti in esso contenuto, il quale è improntato, come detto, all'irrelevanza della fattispecie stessa (subordinazione/autonomia in tutte le loro forme ed espressioni) ai fini del nesso con gli effetti (tutele) che il legislatore vuole produrre e garantire, sia pure al netto di qualche incertezza non determinante.

Se, infatti, da un lato, il legislatore stesso è molto preciso del delimitare l'ambito di applicazione generale del decreto, dall'altro, non sfugge a qualche imprecisione che, presumibilmente, ne complicherà l'applicazione. Ci si riferisce all'indicazione, quale destinatario degli obblighi di comunicazione al lavoratore, del solo "datore di lavoro pubblico e privato" (art. 1, comma 1, d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 mod. art. 4, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 104/2022), a fronte della più ampia formula "datore di lavoro o il *committente* pubblico e privato" impiegata, invece, dal legislatore per quanto concerne l'informazione, "trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico", al lavoratore circa "l'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori" (art. 1-bis, commi 1 e 2, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022).

Peraltro, in quest'ultimo caso, il legislatore specifica ulteriormente che "gli obblighi informativi (...) gravano *anche sul committente* nell'ambito dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile e di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81" (art. 1-bis, comma 7, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022).

La medesima precisazione ricorre anche per quanto riguarda l'illegittimità del divieto imposto al lavoratore di svolgere altra attività lavorativa, sebbene nell'ambito di determinati limiti (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 104/2022)⁵²,

⁵² Fatto salvo l'obbligo previsto dall'articolo 2105 c. c. e "qualora sussista una delle seguenti condizioni: a) un pregiudizio per la salute e la sicurezza, ivi compreso il rispetto della normativa in materia di durata dei riposi; b) la necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico; c) il caso in cui la diversa e ulteriore attività lavorativa sia in conflitto d'interessi con la principale, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 del codice civile" (art. 8, commi 1, e 2 d.lgs. n. 104/2022).

anche “qualora con riferimento alla tipologia del rapporto di lavoro l’organizzazione del lavoro sia interamente o in gran parte imprevedibile”, a meno che non ricorrano determinate condizioni (art. 9, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 104/2022)⁵³. Ma pure per ciò che concerne le informazioni⁵⁴, le quali devono essere fornite al lavoratore dal datore di lavoro/committente che abbia stabilito il numero delle ore minime retribuite garantite, “conformemente ai criteri individuati dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 9, comma 3, d.lgs. n. 104/2022).

E, ancora, il riferimento congiunto a datore di lavoro e committente, ricorre nel caso in cui “il lavoratore che abbia maturato un’anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso datore di lavoro o committente e che abbia completato l’eventuale periodo di prova” chieda, per iscritto, che gli venga riconosciuta “una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili, se disponibile” (art. 10, commi 1-3, d.lgs. n. 104/2022).

Ma anche e, forse, più significativamente, l’indifferenza della fattispecie rispetto agli effetti emerge con grande chiarezza e rilievo nella disciplina del “licenziamento” e dei “trattamenti pregiudizievoli del lavoratore conseguenti all’esercizio dei diritti” previsti dal d.lgs. n. 104 del 2022 e dal d.lgs. n. 152 del 1997, come modificato dal primo (art. 14, comma 1, d.lgs. n. 104/2022). Rispetto a quelli, infatti, in maniera del tutto innovativa, il legislatore, fatta salva, ove applicabile, la normativa ordinaria sul recesso dal contratto di lavoro subordinato (art. 2 e 5 legge 15 luglio 1966, n. 604), attribuisce ai “lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al licenziamento adottate nei loro confronti *dal datore di lavoro o dal committente*”

⁵³ Ovvero che “il lavoro si svolga entro ore e giorni di riferimento predeterminati ai sensi dell’articolo 1, comma 1, lettera p), numero 2), del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, come modificato dal presente decreto e il lavoratore sia informato dal suo datore di lavoro sull’incarico o la prestazione da eseguire, con il ragionevole periodo di preavviso di cui all’articolo 1, comma 1, lettera p), numero 3) del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152”. Il lavoratore, in carenza di una o entrambe le condizioni, “ha il diritto di rifiutare di assumere un incarico di lavoro o di rendere la prestazione, senza subire alcun pregiudizio anche di natura disciplinare” (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 104/2022).

⁵⁴ Sul numero delle ore minime retribuite garantite su base settimanale, nella misura indicata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; sulle maggiorazioni retributive, in misura percentuale rispetto alla retribuzione oraria base, spettanti per le ore lavorate in aggiunta alle ore minime retribuite garantite.

la facoltà di richiedere a questi ultimi “i motivi delle misure adottate”, che devono essere forniti dagli stessi, per iscritto, entro sette giorni dall’istanza (art. 14, comma 2, d.lgs. n. 104/2022).

A ciò si aggiunge che, “qualora il lavoratore faccia ricorso all’autorità giudiziaria competente”, lamentando la violazione di detto obbligo, “incombe *sul datore di lavoro o sul committente* l’onere di provare che i motivi adottati a fondamento del licenziamento o degli altri provvedimenti equivalenti adottati a carico del lavoratore” non siano riconducibili all’esercizio dei diritti previsti dal d.lgs. n. 104 del 2022 e dal d.lgs. n. 152 del 1997, come modificato dal primo (art. 14, comma 3, d.lgs. n. 104/2022).

Si tratta, evidentemente, di una vera e propria rivoluzione copernicana, sebbene collocata nella più improbabile delle sedi, teoricamente non deputata a incidere sul rapporto tra fattispecie ed effetti, che muta profondamente in nome di un approccio ispirato all’indifferenza dei secondi rispetto alla prima, evitando saggiamente la via dell’auto-contraddizione che ha ispirato la costruzione dello statuto protettivo del *rider* (falso) autonomo.

Peraltro, il d.lgs. n. 104/2022 contiene anche alcune disposizioni destinate a incidere significativamente sulla disciplina del lavoro agile, sebbene quest’ultimo, così come il lavoro prestato mediante piattaforma, non venga mai espressamente menzionato dal legislatore, evidentemente fermo nel considerarlo una semplice “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”.

La prima disposizione riguarda il contenuto delle informazioni che il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a comunicare al lavoratore, tra le quali spicca, per quel che qui rileva, il luogo di lavoro o, meglio, l’eventuale “mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante”, nel qual caso “il datore di lavoro comunica che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro” (art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 104/2022), come nel lavoro agile, all’esito dell’accordo individuale.

Altro elemento significativo dell’obbligo di informazione riguarda le modalità di esecuzione della prestazione qualora organizzata “mediante l’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” (art. 1, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 104/2022)⁵⁵,

⁵⁵ “Il datore di lavoro o il committente pubblico e privato è tenuto a informare il lavoratore dell’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati deputati a fornire in-

come ben potrebbe avvenire nel lavoro agile, soprattutto effettuato mediante strumenti informatici.

Peraltro, in questo caso, il lavoratore, “direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali”, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni concernenti i relativi obblighi. Il *datore di lavoro o il committente* sono tenuti a trasmettere i dati richiesti e a rispondere per iscritto entro trenta giorni. (art. 1-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022), nonché “a integrare l’informativa con le istruzioni per il lavoratore in merito alla sicurezza dei dati e l’aggiornamento del registro dei trattamenti riguardanti (...) le attività di sorveglianza e monitoraggio”.

Inoltre, “al fine di verificare che gli strumenti utilizzati per lo svolgimento della prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679 (...), il *datore di lavoro o il committente* effettuano un’analisi dei rischi e una valutazione d’impatto degli stessi trattamenti, procedendo a consultazione preventiva del Garante per la protezione dei dati personali ove sussistano i presupposti di cui all’articolo 36 del Regolamento medesimo” (art. 1-*bis*, comma 4, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022).

E se, per la modalità ‘ordinaria’ di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato (ovvero svolto esclusivamente all’interno dei locali aziendali), l’ob-

dicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell’incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell’assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l’adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Resta fermo quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300.” (art. 1-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022).

Inoltre, “ai fini dell’adempimento degli obblighi di cui al comma 1, il datore di lavoro o il committente è tenuto a fornire al lavoratore, unitamente alle informazioni di cui all’articolo 1, prima dell’inizio dell’attività lavorativa, le seguenti ulteriori informazioni: a) gli aspetti del rapporto di lavoro sui quali incide l’utilizzo dei sistemi di cui al comma 1; b) gli scopi e le finalità dei sistemi di cui al comma 1; c) la logica ed il funzionamento dei sistemi di cui al comma 1; d) le categorie di dati e i parametri principali utilizzati per programmare o addestrare i sistemi di cui al comma 1, inclusi i meccanismi di valutazione delle prestazioni; e) le misure di controllo adottate per le decisioni automatizzate, gli eventuali processi di correzione e il responsabile del sistema di gestione della qualità; f) il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza dei sistemi di cui al comma 1 e le metriche utilizzate per misurare tali parametri, nonché gli impatti potenzialmente discriminatori delle metriche stesse” (art. 1-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 104/2022).

bligo di informazione “è assolto mediante la consegna al lavoratore, all’atto dell’instaurazione del rapporto di lavoro e prima dell’inizio dell’attività lavorativa, alternativamente (...) del contratto individuale di lavoro redatto per iscritto (...) [o] della copia della comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro” (art. 1, comma 2, lett. a) e b), d.lgs. n. 152 del 1997 mod. art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 104 del 2022), per la modalità agile, alla luce di quanto ora previsto dall’art. 23 l. n. 81 del 2017⁵⁶, detto obbligo dovrà essere adempiuto in coincidenza della comunicazione in via telematica al Ministero del lavoro dei nominativi dei lavoratori e della la data di inizio delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo quanto disposto dal d.m. 22 agosto 2022, n. 149.

Da ultimo ma non per ultimo, almeno per il lavoro agile, nel ricorso al quale il legislatore non prevede alcun coinvolgimento delle dimensioni del ‘collettivo’⁵⁷, tutte le informazioni relative alle modalità di esecuzione della prestazione “organizzate mediante l’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati” devono essere comunicate anche “alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”⁵⁸. Inoltre, il Ministero del lavoro e l’Ispettorato Nazionale possono richiedere, al datore di lavoro o al committente, “la comunicazione delle medesime informazioni e dati e l’accesso agli stessi” (art. 1-bis, comma 6, d.lgs. n. 152/1997 mod. art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 104/2022).

Sul punto è dato, quindi, concludere che la nuova disciplina del diritto d’informazione sugli elementi essenziali del rapporto e sulle condizioni di lavoro, con il suo approccio fondato sull’irrilevanza della fattispecie quale criterio di attribuzione delle tutele, costituisce un momento di svolta, peraltro, il più recente, nel rapporto tra legislatore, fattispecie ed effetti, destinato a incidere profondamente non solo in generale ma anche, nello specifico, sulle riflessioni che seguiranno in materia di lavoro agile.

⁵⁶ Come modificato dall’art. 41-bis d.l. 21 giugno 2022, n. 73 convertito dalla l. 4 agosto 2022, n. 122.

⁵⁷ Interessanti considerazioni sul ricorso al modello partecipativo in DE LEONARDIS, *Il modello partecipativo: una sintesi tra libertà e tutela individuale dello smart worker*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 241 ss.

⁵⁸ Sul punto, *ante litteram*, v. DAGNINO, *Le tecnologie per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori tra garanzie e vincoli*, in LG, 2021, p. 591 ss.

7. *Subordinati per legge, autonomi per contratto? Il lavoro agile e la fattispecie negoziata*

Introdotta dall'art. 18 della l. n. 81 del 2017, al fine di “incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro”, il lavoro agile, come più volte ricordato, è considerato dal legislatore “una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi⁵⁹ e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro”⁶⁰. Il ricorso a strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa è meramente eventuale⁶¹, mentre è essenziale che la prestazione lavorativa venga

⁵⁹ V. MACCHIONE, *Il lavoro agile e l'organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 74 ss.

⁶⁰ O, per dirla con un'espressione tanto icastica quanto efficace: “di per sé, lo *smart working* non è che una modalità consensuale di svolgimento di un'attività esigibile in base ad un ordinario contratto di lavoro dipendente destinato ad attuarsi al di fuori della gabbia di una postazione materialmente occupabile in fasce orarie giornaliere e/o settimanali prefissate e collocata dentro il perimetro dell'impresa”: ROMAGNOLI, *Verso la normalizzazione del lavoro a distanza*, in *RTDPC*, 2021, p. 413 ss.

⁶¹ In ciò si rinviene la distinzione fondamentale rispetto al lavoro mediante piattaforma, nel quale il ricorso a strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa risulta, invece, tratto distintivo essenziale. Sul lavoro mediante piattaforma v., almeno, ALBI, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in *Labor*, 2019, p. 125 ss.; ALES, CURZI, FABBRI, RYMKEVICH, SENATORI, SOLINAS (eds.), *Working in Digital and Smart Organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, Palgrave Mcmillan, 2018; ALOISI, DE STEFANO, *Your Boss is an Algorithm: Artificial Intelligence, Platform Work and Labour*, Bloomsbury, 2022; CALVELLINI, TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, 2018, p. 403 ss.; DE STEFANO, *Lavoro “su piattaforma” e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, I, p. 241 ss.; CAPONETTI, *L'obbligazione di sicurezza al tempo di Industry 4.0*, in *DSL*, 2018, p. 42 ss.; DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, 2019; FABBOZZI, BINI, *Algoritmi, piattaforme digitali e diritto del lavoro*, in *AGE*, 2019, p. 357 ss.; FALSONE, *Lavorare tramite piattaforme digitali*, in *DLRI*, 2022, p. 247 ss.; FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei “nuovi” lavori*, in *Labor*, 2019, p. 23 ss.; GRAMANO, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig-economy*, in *ADL*, 2018, p. 732 ss.; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, p. 451 ss.; PASSALACQUA, *Rapporti di lavoro nella gig economy*, in VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti. Leggi collegate*, vol. III, UTET, 2020, p. 237 ss.; PERULLI, BELLOMO, *Platform work and work 4.0: new challenges for Labour Law*, Wolters Kluwer - CEDAM, 2021; PERUZZI, *Nuove tecnologie e salute dei lavoratori*, in *RGL*, 2021, I, p. 179 ss.; SENATORI, *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, in CASADEI, PIETROPAOLI (a cura di), *“Remoto” e “multilocale”: l'impatto della trasformazione digitale nei mondi del lavoro*, Wolters Kluwer, 2021, p. 91 ss.; TULLINI, *op. cit.*

Sul rapporto tra (diritto del) lavoro e nuove tecnologie, sempre attuale ROMAGNOLI, “Noi

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”.

Nell’ambito di questi vincoli, la modalità agile è disciplinata dall’accordo individuale, proprio per questo stipulato per iscritto sia ai fini della regolarità amministrativa che della prova (art. 19, comma 1, l. n. 81/2017), attraverso il quale sono determinati gli elementi essenziali della prestazione⁶², in larghissima parte strutturalmente comuni alla modalità ‘ordinaria’ del rapporto di lavoro subordinato, se si esclude, appunto il suo svolgersi nella modalità agile ovvero all’esterno dei locali aziendali⁶³. L’accordo deve, infatti, regolare l’esecuzione della prestazione lavorativa, “anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, agli strumenti utilizzati dal lavoratore e ai suoi tempi di riposo” (art. 19, comma 1, l. n. 81/2017). Di conseguenza, l’accordo disciplina l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione, nel rispetto, comunque, di quanto disposto dall’art. 4 St. lav. (art. 21, comma 1, l. n. 81/2017), individuando le condotte, connesse all’esecuzione della prestazione lavorativa agile, che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari (art. 21, comma 2, l. n. 81/2017).

Nella prospettiva della *comunanza strutturale* tra la modalità ‘ordinaria’ e quella agile, si colloca anche il divieto di discriminare la seconda rispetto alla prima⁶⁴, nell’esecuzione della quale si ha diritto ad un “trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato, in attuazione dei contratti collettivi di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime

e loro”: diritto del lavoro e nuove tecnologie, in RTDPC, 1986, p. 377 ss.; Più di recente: BORELLI, BRINO, FALERI, LAZZERONI, TEBANO, ZAPPALÀ, *Lavoro e tecnologie. Dizionario del diritto del lavoro che cambia*, Giappichelli, 2022; ICHINO, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in RIDL, 2017, I, p. 525 ss.; PERULLI, TREU (eds.), *The Future of Work. Labour Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Wolters Kluwer, 2021.

⁶² Oltre agli elementi essenziali, secondo espressa indicazione del legislatore, l’accordo individuale può prevedere il diritto del lavoratore agile “all’apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze” (art. 20, comma 2, l. n. 81/2017): v. GRECO, *L’apprendimento permanente e la certificazione delle competenze nel lavoro agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*, p. 581 ss.

⁶³ Sul punto v. *infra*.

⁶⁴ V. FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *op. cit.*, p. 563 ss.

mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda”⁶⁵ (art. 20, comma 1, l. n. 81/2017).

Gli elementi di comunanza strutturale si estendono, infine, alla “tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali” (art. 23, comma 2, l. n. 81/2017) e, persino, agli infortuni *in itinere* “occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali (...) 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” (art. 23, comma 3, l. n. 81/2017)⁶⁶.

Strutturalmente eccentrica rispetto agli elementi essenziali tipici della subordinazione, è, invece, l'individuazione “delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”, affidata anch'essa all'accordo individuale (art. 19, comma 1, l. n. 81/2017). Diritto che, ad avviso di molti⁶⁷, costituisce la chiave di volta della tutela che il legislatore intende apprestare al fine di garantire il rispetto dei “soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro

⁶⁵ Sull'approccio del d.lgs. 81/2015 v., per tutti, GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano*, Giappichelli, 2021.

⁶⁶ V., però, CAFFIO, *La tutela assicurativa per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali alla prova del lavoro agile*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁶⁷ V. ALLAMPRESE, *Del diritto alla disconnessione*, in VTDL, 2022, p. 149 ss.; BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 106 ss.; CALDERARA, *La disconnessione: evoluzioni e prospettive*, in MGL, 2022, p. 261 ss.; ID., *Diritto alla disconnessione e salute dei lavoratori*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 165 ss.; CATAUDELLA M. C., *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in MGL, p. 853 ss.; DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in DRI, 2017, p. 1024 ss.; ID., *Il diritto alla disconnessione nell'esperienza contrattuale-collettiva italiana*, in LDE, n. 2/2021; DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in LLI, n. 2/2017; FENOGLIO, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, in LDE, n. 4/2021; MAGAGNOLI, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in LLI, n. 2/2021; SENA, *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l'incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro*, in DML, 2018, p. 245 ss.; TIMELLINI, *La disconnessione bussata alla porta del legislatore*, in VTDL, 2019, p. 315 ss.; ID., *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, in LDE, n. 4/2021; ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in LLI, n. 2/2019; ID., *Il diritto alla disconnessione. Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita nella prospettiva giuslavoristica*, in LDE, n. 1/2022.

giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” e dei tempi di riposo del lavoratore.

Di recente, nell'ambito della normativa emergenziale ma con una disposizione di portata generale⁶⁸, il legislatore stesso ha espressamente condiviso quella posizione, invertendo, coerentemente, l'approccio adottato nella l. n. 81/2017 e riconoscendo, direttamente, al lavoratore agile il “diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati” ed affermando che l'esercizio di detto diritto, “necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi” (art. 2, comma 1-ter, d.l. 13 marzo 2021, n. 30, convertito dalla l. 6 maggio 2021, n. 61).

Strutturalmente specifica rispetto agli elementi essenziali tipici della subordinazione, è, poi, la disciplina dell'obbligo di sicurezza, in adempimento del quale il datore di lavoro “consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro” (art. 22, comma 1, l. n. 81 del 2017). Da parte sua, “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 aziendali” (art. 22, comma 2, l. n. 81/2017).

Con tutta evidenza, due sono gli elementi ricorrenti nelle disposizioni appena richiamate, siano esse strutturalmente comuni ad entrambe le modalità ('ordinaria' e agile) ovvero eccentriche o specifiche.

Il primo riguarda la centralità dell'accordo individuale e, dunque, della volontà delle parti, nel definire le *peculiarità funzionali* dell'esercizio dei poteri datoriali, nel rispetto delle comunanze strutturali. Centralità ribadita dalle norme in materia di durata della modalità agile, la quale può essere concordata dalle parti stesse come determinata o indeterminata, riservandosi, tuttavia, in tale ultimo caso, il legislatore di fissare un diritto di “recesso con un preavviso non inferiore a trenta giorni”⁶⁹; diritto che, “in presenza di un giu-

⁶⁸ Sul tema v. VERZARO, *Il lavoro agile oltre l'emergenza nel sistema delle fonti multilivello*, in LG, 2022, p. 466 ss.

⁶⁹ “Nel caso di lavoratori disabili ai sensi dell'articolo 1 della legge 12 marzo 1999, n. 68,

stificato motivo, ciascuno dei contraenti [può esercitare] prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato” (art. 19, comma 2, l. n. 81/2017).

Il secondo elemento ricorrente, connesso al primo, è l’essere la prestazione lavorativa svolta, in parte, all’esterno dei locali aziendali, non per la sua intrinseca natura, come potrebbe essere l’attività di assistenza clienti presso la loro sede o la riparazione di un traliccio, ma per scelta condivisa dalle parti nell’accordo individuale, rispetto ad attività che ben potrebbero e devono, in parte, essere svolte anche in quei locali.

Ancorata, per definizione, dal legislatore alla fattispecie subordinazione, la modalità agile, a nostro avviso, non ne mette in discussione l’essenza⁷⁰, in quanto la decisione di ridurre funzionalmente la quantità e la qualità dell’eterodirezione, quale elemento strutturale che permane, resta nella disponibilità di colui che è già datore di lavoro, il quale, non addivenendo all’accordo eventualmente proposto dal lavoratore (v., però, *infra*), rimane, strutturalmente e funzionalmente, libero di esercitare i poteri tipici dell’eteroorganizzazione in tutta la loro ampiezza, ovviamente nei limiti stabiliti dal legislatore per la modalità ‘ordinaria’. È la scelta, libera, di attivare la modalità agile, a richiedere, al titolare di quei poteri, in accordo con il lavoratore, una loro rivisitazione *funzionale allo svolgimento della prestazione resa in parte all’esterno dei locali aziendali*, “senza una postazione fissa” e solo eventualmente con il “ricorso a strumenti tecnologici”.

L’idea che l’accordo individuale, incidendo sulle modalità funzionali di esercizio dei poteri, possa ridurre il livello di tutela e, quindi, modificare il

il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un’adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore” (art. 19, comma 2, l. n. 81/2017).

⁷⁰ Sul punto la dottrina è divisa tra coloro che vedono nella modalità agile il tramonto della dicotomia lavoro subordinato – lavoro autonomo, coloro che ne sottolineano gli elementi di criticità e coloro che ne affermano la compatibilità, sia pure con necessità di aggiustamento, con la modalità ordinaria di svolgimento del lavoro subordinato. Nelle varie prospettive, v. almeno: BANO, *Quando lo sfruttamento è smart*, in *LD*, 2021, p. 303 ss.; DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, I, 2019, p. 3 ss.; DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione organizzativa*, in *ADL*, 2021, p. 549 ss.; ICHINO, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *LDE*, n. 1/2021; LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, 2019, I, p. 25 ss.; VIGNOLI, *L’impatto del lavoro agile sulle categorie concettuali della subordinazione e dell’autonomia*, in *LG*, 2021, p. 899 ss.

rapporto fattispecie-effetti tipico della subordinazione⁷¹, è contraddetta *ex professo* dal legislatore per quanto concerne il potere di controllo, il quale, come visto, deve essere, comunque, esercitato nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 St. lav. (art. 21, comma 1, l. n. 81/2017)⁷². D'altro canto appare chiaro che, nel momento in cui il datore 'rinuncia' all'esercizio tradizionale del potere di controllo, il corretto adempimento della prestazione dedotta in contratto non potrà che riguardare la congruità del risultato prodotto dal lavoratore rispetto a quanto concordato con il datore stesso, sempre nell'accordo individuale⁷³.

Anche il potere direttivo, per il fatto stesso di essere sottoposto, quanto alla modalità agile d'esercizio⁷⁴, all'accordo tra le parti, ma sempre nel rispetto delle limitazioni connesse allo *ius variandi* e all'applicazione del diritto antidiscriminatorio, comuni alla modalità 'ordinaria', non pare presentare problemi dal punto di vista della riduzione delle tutele⁷⁵.

Lo stesso può dirsi del potere disciplinare, per il quale, nella modalità agile, sempre che si raggiunga l'accordo tra le parti, possono aggiungersi, in via integrativa, quindi⁷⁶, "condotte, connesse all'esecuzione della prestazione

⁷¹ Sul punto, v. MONDA, *Il lavoro agile "ordinario" tra accordo individuale e (in)derogabilità della norma*, in *LDE*, 3/2021; PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, p. 345 ss.; VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, I, p. 253 ss.

⁷² Sul tema dei controlli, anche con specifico riferimento all'argomento in discussione, v. BELLAVISTA, *Il potere di controllo sul lavoratore e la tutela della riservatezza*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 621 ss.; NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, *ES*, 2018; PESSI A., *I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma*, in *MGL*, 2021, p. 896 ss.; RAIMONDI, *Potere di controllo, tutela della riservatezza e "lavoro agile"*, in *RGL*, 2019, I, p. 69 ss.; SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in *LG*, 2021, p. 19 ss.

⁷³ Sul tema, anche con riferimento alla modalità agile, v. SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, p. 923 ss. nonché STAMERRA, *Lo smart working tra rendimento e risultato*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 58 ss. Più in generale, v. ALES, *Is Performance Appraisal Compatible with the Employment Relationship? A Conclusive Plea in Favour of an Achievement-Oriented Approach to Work Organisation*, in ADDABBO, ALES, CURZI, FABBRI, RYMKEVICH, SENATORI (eds.), *Performance Appraisal in Modern Employment Relations. An Interdisciplinary Approach*, Palgrave Mcmillan, 2020, p. 255 ss.

⁷⁴ Così già PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in FIORILLO, PERULLI, *op. cit.*, p. 177 ss.

⁷⁵ Per interessanti riflessioni sul punto v. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, *ES*, 2020, cap. IV.

⁷⁶ Così già MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO, PERULLI, *op. cit.*, p. 213 ss.

lavorativa *all'esterno dei locali aziendali*, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari” (art. 21, comma 2, l. n. 81/2017), le quali, comunque, non possono sottrarsi all'applicazione dei principi e delle regole limitative già previsti per la modalità ordinaria (art. 2106 c.c. e art. 7 St lav.).

Se, dunque, di subordinazione “liberata”⁷⁷ o “autonomizzata”⁷⁸ potrà parlarsi, sarà esclusivamente per la decisione del datore di avvalersi della modalità agile, eventualmente proposta al o dal lavoratore, per le finalità previste dalla legge⁷⁹.

Problemi più complessi potrebbero derivare, sul piano concreto, circa l'effettivo rispetto dei “limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” nonché dei tempi di riposo del lavoratore⁸⁰. In questa prospettiva, sottoscrivendo l'accordo individuale, il lavoratore, a nostro avviso, accetta di accollarsi quella parte dell'obbligo di sicurezza che consiste nel rispetto dell'orario quanto a durata massima e riposi⁸¹, e che, in presenza del diritto alla disconnessione così come ora sancito dalla legge, non può più gravare sul datore, peraltro impossibilitato a controllare⁸², qualora il lavoro sia prestato in assenza

⁷⁷ Parafrasando BAVARO, *L'orario di lavoro agile “senza precisi vincoli”*, in *LDE*, n. 1/2022.

⁷⁸ Sul tema v. AIMO, FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, p. 25 ss.; FENOGLIO, *Autonomia dei lavoratori “nella” subordinazione*, oggi, in *RGL*, 2022, I, 3 ss. Estremamente critica TINTI, *Tiavestimenti. Potere e libertà nel lavoro agile*, in *LD*, 2022, p. 147 ss.

⁷⁹ PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, 111 ss., laddove per soggettivazione regolativa si intende “una forma di regolazione centrata sulla persona, in coerenza con il mutamento fondamentale che caratterizza il paradigma sociale neomoderno nel suo complesso”: PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul Diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022, p. 83.

⁸⁰ Il tema è ampiamente dibattuto in dottrina con esiti spesso diametralmente opposti: BAVARO, *L'orario di lavoro agile*, cit.; BELLOMO, *Forme di occupazione ‘digitale’ e disciplina dell'orario di lavoro*, in *AA.VV.*, *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, vol. II, Jovene, 2022, p. 1017 ss.; FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *RGL*, I, p. 625 ss.; PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *LLI*, 1/2022, il quale si ricollega a dibattiti antichi ma sempre attuali, come già dimostrato, in via di anticipazione, da GAETA, *Tempo e subordinazione: guida alla lettura dei classici*, in *LD*, 1998, p. 35 ss. Sul punto v. anche le interessanti riflessioni di GRAGNOLI, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, 2007, I, p. 439 ss.

⁸¹ In questa prospettiva potrebbe collocarsi e risolversi il dibattito sulla ‘porosità temporale’: GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *IJCLLR*, 2016, p. 280 ss. In senso quantomeno dubitativo v., però, v. ALESSI, *Lavoro agile e conciliazione: alcune osservazioni a margine della proposta di riforma dell'istituto del lavoro agile del Gruppo Frecciarossa*, in *LDE*, n. 4/2021.

⁸² Ma v. la posizione della Corte di giustizia UE, analizzata da LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, II, p. 428 ss.

di strumenti tecnologici, e potendo il lavoratore opporgli un legittimo rifiuto senza subire “ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi” (art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 30/2021 convertito dalla l. n. 61/2021). Questa interpretazione trova conferma nella già sottolineata trasformazione dell'accordo individuale da regola in eccezione, almeno per ciò che riguarda la disponibilità oraria del lavoratore, considerato che il diritto alla disconnessione si esercita “nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati”.

Ancor più complesso, in quanto chiaramente legato al rapporto tra fattispecie (lavoro subordinato) ed effetti, è il tema del rispetto dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro per ciò che esula la parte, appena affrontata, relativa all'orario⁸³. Come già visto, in questo ambito, il legislatore dedica alcune disposizioni specifiche che si distinguono profondamente dagli elementi essenziali strutturalmente comuni, tipici della subordinazione, sostanziandosi l'adempimento di detto obbligo nella “consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro” (art. 22, comma 1, l. n. 81/2017). Da parte sua, “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 aziendali” (art. 22, comma 2, l. n. 81/2017)⁸⁴.

Non è difficile notare come, da un lato, il legislatore faccia coincidere adempimento dell'obbligo di sicurezza e consegna dell'informativa che riassume gli esiti di una valutazione dei rischi generici e specifici ai quali il lavoratore agile potenzialmente va incontro; dall'altro, richieda al lavoratore una cooperazione rafforzata rispetto a quell'adempimento⁸⁵, peraltro, con

⁸³ Tema ampiamente arato dalla dottrina: DELOGU, *Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, in *DSL*, 2018, p. 37 ss.; LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in *MGL*, 2017, p. 844 ss.; MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in questa rivista, 2018, p. 17 ss.; PELUSI, *La disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile*, in *DRI*, 2017, p. 1041 ss.

⁸⁴ Sul tema, per tutti, PASCUCCI, *Sicurezza sul lavoro e cooperazione del lavoratore*, in *DLRI*, 2022, p. 421 ss.

⁸⁵ Sul punto, v. LAZZARI, *Gli obblighi di sicurezza del lavoratore, nel prisma del principio di autoreponsabilità*, in *DSL*, 2022, p. 1 ss.

esclusivo riferimento alle misure di prevenzione, senza richiamo a quelle di protezione, presumibilmente escluse per la prestazione eseguita al di fuori dei locali aziendali.

Già in altra sede abbiamo espresso notevoli perplessità circa la tenuta di una simile soluzione nel quadro giurisprudenziale esistente⁸⁶. Abbiamo anche sottolineato, però, come le parti sociali, nell’Attuazione del Patto per la fabbrica in materia di salute e sicurezza siglato il 12 dicembre 2018, riferendosi anche al lavoro agile, abbiano tenuto a precisare che “per i lavoratori impegnati in attività di lavoro in luoghi differenti da quelli soggetti alla disponibilità giuridica del datore di lavoro (e limitatamente a questa fase lavorativa) si applicano esclusivamente le disposizioni del d.lgs. n. 81 del 2008 relative agli obblighi informativi, formativi, di addestramento (artt. 36 e 37), di dotazione dei necessari dispositivi di protezione individuale e di garanzia della sicurezza delle attrezzature eventualmente messe a disposizione dal datore di lavoro (art. 18, comma 1, lett. d), della sorveglianza sanitaria”⁸⁷.

Di modo che, l’indicazione minimalista fornita dal legislatore nell’art. 22, comma 1 l. n. 81/2017, risulta congruamente ampliata, sia pure nella consapevolezza della difficoltà di superare normativamente *l’indisponibilità giuridica da parte del datore di lavoro dei luoghi dove si svolge la prestazione agile*⁸⁸.

La domanda che occorre porsi è, dunque, se una simile indisponibilità giustifichi un equilibrio tra fattispecie ed effetti diverso da quello tradizionalmente raggiunto per il lavoro subordinato prestatore in modalità ‘ordinaria’. La risposta parrebbe dover essere positiva, dato che l’indisponibilità si verifica in forza di una scelta libera da parte del lavoratore, consentita dal legislatore ed avallata del datore nell’accordo individuale, del luogo nel quale svolgere la prestazione. Il che non accade quando il lavoratore svolge la prestazione al di fuori dei locali dell’azienda ma in un luogo indicato dal datore, come, ad esempio, per gli appalti, le manutenzioni o l’assistenza ai clienti. Circostanze

⁸⁶ ALES, *L’occasione di lavoro all’epoca del lavoro ‘multi-locale’: quale sicurezza per il lavoratore agile?*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, ES, 2020, p. 75 ss.

⁸⁷ ALES, *La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quad. DLM*, 2021, p. 231 ss. V. anche TURRIN, *Oltre la parità: la formazione e il carico di lavoro del lavoratore agile quali presidio prevenzionistico e garanzia di un effettivo work-life balance*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 109 ss.

⁸⁸ Il tema del luogo e della sua disponibilità risulta, evidentemente centrale. V., in generale, OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018. Nello specifico: D’ONGHIA, *Lavoro agile e luogo del lavoro: cosa ci ha insegnato la pandemia?*, in *LDE*, n. 1/2022.

nelle quali l'indisponibilità giuridica non esclude la responsabilità del datore stesso o anche, congiuntamente, dell'appaltante/cliente nella disponibilità dei quali i luoghi dovessero risultare⁸⁹.

Una simile conclusione sembra, tuttavia, poter essere messa in discussione nei casi in cui il legislatore riconosca il diritto del lavoratore al lavoro agile, al di fuori dell'accordo individuale e, quindi, senza che il datore abbia avuto modo di ponderare, anche e soprattutto dal punto di vista dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, le conseguenze del nuovo assetto organizzativo che il legislatore gli impone.

Nella legislazione 'pandemica', il diritto al lavoro agile è stato riconosciuto in almeno quattro casi: nei primi due, fino alla cessazione dello stato di emergenza⁹⁰, nel terzo e quarto, a termine⁹¹.

Nel primo caso, come visto (par. 1), il diritto "a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione" è riconosciuto "ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore"

⁸⁹ ALES, *La sicurezza sul lavoro nei teatri lavorativi complessi*, in *RGL*, 2017, I, p. 570 ss.

⁹⁰ Le disposizioni di cui all'art. 90, comma 1, primo e secondo periodo, D.L. 19 maggio 2020, n. 34 conv. l. 17 luglio 2020, n. 77 sono state prorogate dall'art. 1, comma 3, D.L. 30 luglio 2020, n. 83, rispettivamente al 14 settembre 2020 e al 15 ottobre 2020; al 31 luglio 2022 dall'art. 10, comma 2, D.L. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla L. 19 maggio 2022, n. 52; al 31 dicembre 2022 dall'art. 23-bis, comma 2, D.L. 9 agosto 2022, n. 115, convertito dalla l. 21 settembre 2022, n. 142.

⁹¹ Le disposizioni di cui all'art. 26, comma 2-bis, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, introdotto dall'art. 26, comma 1-bis, l. 13 ottobre 2020, n. 126 di conversione del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, sono state prorogate dal 1° gennaio 2021 al 28 febbraio 2021 dall'art. 1, comma 481, l. 30 dicembre 2020, n. 178; lo stesso art. 1, comma 481, l. 30 dicembre 2020, n. 178, come modificata dal d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito dalla l. 21 maggio 2021, n. 69, ha disposto, dapprima, che l'art. 26, comma 2-bis, si applicasse dal 1° gennaio 2021 al 30 giugno 2021, poi, come modificato dal d.l. 6 agosto 2021, n. 111, convertito dalla l. 24 settembre 2021, n. 133, ha prorogato fino al 31 marzo 2022; ulteriormente, l'art. 10, comma 1-ter d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio 2022, n. 52, ne ha disposto la proroga fino al 30 giugno 2022; da ultimo, al momento, l'art. 10, comma 1-ter d.l. 24 marzo 2022, n. 24, convertito dalla l. 19 maggio 2022, n. 52, come modificato dal D.L. 9 agosto 2022, n. 115, convertito dalla l. 21 settembre 2022, n. 142 ne ha disposto la proroga al 31 dicembre 2022.

(art. 90, comma 1, primo periodo d.l. n. 34/2020 convertito dalla l. n. 77/2020)⁹².

Nel secondo caso, lo stesso diritto è riconosciuto, con le medesime modalità del primo, “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” (art. 90, comma 1, secondo periodo d.l. n. 34/2020).

Nel terzo caso, il legislatore (in un primo momento dal 16 ottobre al 31 dicembre 2020), ha, alquanto laconicamente, affermato che i lavoratori dipendenti pubblici e privati “fragili”⁹³ ovvero “in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 svolgono *di norma* la prestazione lavorativa in modalità agile, anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti, o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto” (art. 26, comma 2-bis, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, introdotto dall’art. 26, comma 1-bis, d.l. 13 ottobre 2020, n. 126 convertito dalla d.l. 14 agosto 2020, n. 104).

Nel quarto caso le misure appena richiamate si applicano ai lavoratori e alle lavoratrici affetti da patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità individuate con decreto del Ministro della salute, di concerto con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali e per la pubblica amministrazione del 4 febbraio 2022 (art. 17, comma 2 d.l. 24 dicembre 2021, n. 221 convertito dalla legge 18 febbraio 2022, n. 11 la cui

⁹² Sul punto, v. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 151 ss.; PASQUALETTO, *Le sospensioni dal lavoro per i lavoratori genitori nelle tre ondate di normativa emergenziale*, in *LG*, 2021, p. 785 ss.

⁹³ Sul punto v. BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, n.1/2022 nonché CARACCILO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 127 ss.

applicazione è stata estesa al 31 marzo 2023 dall'art. 1, comma 306 l. 29 dicembre 2022, n. 197). E se, nel periodo pandemico più duro, all'imposizione del lavoro agile al datore faceva da contraltare una "presunzione" di svolgimento domestico dello stesso, alla quale si sarebbe potuto ricollegare un ridimensionamento dei rischi per la salute (fisica ma non certo psicosociale)⁹⁴ e per sicurezza del lavoratore, una volta venute meno le restrizioni alla mobilità delle persone, anche meramente potenziali, vista la cessazione dello stato di emergenza, risulta difficile non riflettere sulla portata dirompente delle disposizioni appena citate sul piano sistematico.

Tuttavia, nel caso del diritto al lavoro agile, la riflessione, di qualsiasi segno, non può avere come effetto l'aggravio della responsabilità del datore di lavoro, quanto, piuttosto, un suo ulteriore ridimensionamento, in assenza, come detto, di qualsiasi possibile ponderazione datoriale circa l'adozione di quella modalità, considerata l'irrilevanza dell'accordo individuale. A meno che, in via interpretativa, non si ritenga quest'ultimo comunque indispensabile, non in quanto atto d'assenso ma quale strumento necessario di regolazione della modalità agile, per quanto riguarda le differenze rispetto all'"ordinaria". Se, infatti, nel caso del lavoro agile 'semplificato', l'assenza di accordo, pur consentita dal legislatore, si sostanzia in una determinazione unilaterale del datore (tanto che si potrebbe parlare di una responsabilità amplificata dello stesso rispetto agli adempimenti minimalistici richiesti dal legislatore, così come, peraltro, convenuto dalle parti sociali: v. *supra*), nel diritto al lavoro agile, la semplificazione, ovvero l'eliminazione dell'accordo, operando, soprattutto, se non esclusivamente, in favore del lavoratore, potrebbe comportare la necessità dell'accordo stesso appunto quale strumento di regolazione dello svolgimento della prestazione subordinata in quella modalità.

Torna, dunque e conclusivamente in rilievo l'accordo individuale, il quale, anche laddove il ricorso alla modalità agile venga riconosciuto come un diritto del lavoratore che versi in particolari condizioni personali (genitorialità, maggiore esposizione al rischio di contagio e fragilità) e, quindi, senza necessità di contemplarlo, svolge un ruolo centrale nella declinazione

⁹⁴ BENINCASA, FERRARA, *Smart working e rischi psico-sociali: una prospettiva di analisi interdisciplinare*, in BROLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 146 ss. La "presunzione" di svolgimento domestico del lavoro agile rischia di avvicinare quest'ultimo al telelavoro, senza, tuttavia, recuperarne le tutele tipiche. Sul telelavoro, v. GAETA, PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, risalente ma sempre attuale.

funzionale degli elementi tipici della fattispecie lavoro subordinato rispetto alla sua modalità ‘ordinaria’.

In realtà, quindi, il quinto approccio al rapporto fattispecie–effetti può essere sintetizzato nello *slogan* che costituisce il titolo di questo paragrafo ovvero “subordinati per legge, ‘autonomi’ per contratto”, dovendosi considerare, per tutto quanto detto finora, che con l’introduzione della modalità agile il lavoratore abbia voluto costruire una cornice normativa entro la quale le parti possano negoziare *gli elementi funzionali* della fattispecie per adattarla a forme di svolgimento della prestazione subordinata prive di luogo ed orari necessariamente predefiniti, consentendo al lavoratore di spostare su di sé parte delle obbligazioni datoriali in cambio di un grado variabile di autorganizzazione.

Risulta evidente che ad un maggior grado di autonomia, concordato tra le parti⁹⁵, corrisponderà anche un livello più elevato di responsabilizzazione del lavoratore, il quale, tuttavia, in termini di effetti, non subisce un nocimento tale da mettere in discussione la struttura della fattispecie ‘ordinaria’ della subordinazione⁹⁶, i cui elementi cardine di tutela rimangono intatti sia pure con il distinguo operato per quanto riguarda l’obbligo di sicurezza e i *caveat* sopra proposti relativamente all’atteggiamento che la giurisprudenza civile e penale vorrà assumere nei confronti del diverso equilibrio determinato dall’indisponibilità del luogo di lavoro da parte del datore.

D’altro canto, che il legislatore consideri la modalità agile, primariamente, oggetto di libera determinazione tra le parti è testimoniato dall’enfasi posta su alcuni elementi ‘esterni’ alla fattispecie nei quali si sostanzia il sistema delle priorità, disciplinato, ora, dall’art. 18, commi 3-*bis* e 3-*ter*, l. n. 81/2017. Il suo presupposto è, infatti, che vi siano datori di lavoro intenzionati a stipulare accordi di lavoro agile. Nel qual caso, essi sono tenuti “a riconoscere priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile formulate dalle lavoratrici e dai lavoratori con figli fino a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104. La stessa priorità è riconosciuta da parte del datore di lavoro alle richieste dei lavoratori con

⁹⁵ Sul punto, v. BOSCATI, *L’inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia individuale*, in MARTONE, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁹⁶ ZOPPOLI L., *Lavoro digitale, libertà negoziale, responsabilità: ancora dentro il canone giuridico della subordinazione*, in AA.VV., *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, vol. II, cit. p. 1485 ss.

disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che siano *caregivers* ai sensi dell'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205" (art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81 del 2017).

D'altronde, laddove sia il lavoratore a richiedere di fruire del lavoro agile, qualunque sanzione disciplinare, demansionamento, trasferimento o "ogni altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro" nonché, ovviamente il licenziamento, sarebbero considerati atti ritorsivi o discriminatori e, dunque, nulli (art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81 del 2017).

Peraltro, il legislatore, aggiunge che "il rifiuto, l'opposizione o l'ostacolo alla fruizione del lavoro agile", nei casi appena citati, "ove rilevati nei due anni antecedenti alla richiesta della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-*bis* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 o di analoghe certificazioni previste dalle regioni e dalle province autonome nei rispettivi ordinamenti, impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni" (art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 81 del 2017).

Si tratta di una disposizione dall'elevato valore sistematico, dato che, qualora il ricorso alla modalità agile sia richiesto dal lavoratore e non costituisca, quindi, un'iniziativa del datore, essa parrebbe configurare un 'quasi diritto' a detta modalità, non potendosi il datore rifiutare senza andare incontro all'esclusione dalla certificazione di genere, foriera di conseguenze non di poco momento⁹⁷. Qualora si considerasse tale, varrebbero, in materia di obbligo di sicurezza le considerazioni già svolte.

8. Conclusioni

Volendo trarre delle sintetiche conclusioni dall'analisi sinora condotta sul rapporto tra fattispecie, effetti e legislatore "*millennial*" non si può che sottolineare l'elevato grado di confusione derivante dalla compresenza di approcci molto diversi, se non diametralmente opposti: da quello rimediabile 'estremo', utilizzato per le "collaborazioni organizzate dal committente"; a quello auto-contraddittorio, adottato per i *riders*; a quello chiarificatore

⁹⁷ Sulle quali v. VALLAURI, *Prime osservazioni critiche sulla legge n. 162/2021*, Italian Equality Network.

concettualizzante, scelto per le collaborazioni coordinate e continuative; a quello indifferente alla fattispecie stessa, tipico della nuova normativa sulla trasparenza; a quello, infine, dell'autodeterminazione controllata delle parti che caratterizza la modalità agile di “esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”. Ovviamente, omettendo di inserire nell'elenco gli approcci oggetto di ripensamento, come nel caso delle due versioni del lavoro a progetto (2003 e 2012), dell'eteroorganizzazione e della falsa autonomia nella loro versione originale.

Appare, dunque, indispensabile un intervento da parte del legislatore, non necessariamente in favore di un unico approccio ma finalizzato a garantire al sistema un certo grado di coerenza interna, risultando il compito superiore alle forze della giurisprudenza, prigioniera del labirinto normativo⁹⁸, e della dottrina che, pur scrutandolo dall'alto, per non finire come Icaro, non può che invocare Dedalo, legislatore-costruttore.

In questa prospettiva, dei tanti proposti, l'approccio più convincente nella *costruzione* della fattispecie sembra essere quello adottato dalla nuova normativa sulla trasparenza⁹⁹, ispirato al triplice nesso rischio-bisogno-tutele che si sostanzia nel rifiuto dell'esclusione aprioristica di taluni effetti (tutele) rispetto a determinate fattispecie. In questa stessa prospettiva, non può non sottolinearsi l'efficacia dell'approccio scelto per governare le specificità proprie della modalità agile, in particolare l'indisponibilità del luogo della prestazione, con la sua “liberazione” concordata e controllata del lavoro subordinato, che tale rimane, però, ai fini dell'individuazione dello statuto protettivo applicabile, funzionalmente adattato a quelle specificità. Ciò a con-

⁹⁸ Come dimostrato da Cass. 1663/2020, rispetto alla quale la dottrina ha assunto posizioni varie e spesso critiche: BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *LLI*, n. 2/2020; CARINCI M.T., *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *RIDL*, I, 2020, I, p. 49 ss.; ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, in *RIDL*, 2020, II, 90 ss.; MGL, *Numero straordinario*, 2020; PALLINI, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *LLI*, n. 2/2020; PERSIANI, *Ancora sul concetto di coordinamento*, in *RIDL*, 2020, I, p. 337 ss.; ROMEL, *I rider in cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *RIDL*, 2020, I, p. 89 ss. Per un'interessante riflessione sull'approccio giurisprudenziale alla questione qualificatoria, v. AMENDOLA, *Subordinazione e autonomia: il sindacato di legittimità*, in *ADL*, 2018, p. 1000 ss.

⁹⁹ In questo senso, v. già ALES, *Genuine Autonomous Work: Towards a Tailor-made Social Protection*, cit., nonché ID., *Is the Classification of Work Relationships Still a Relevant Issue for Social Security? An Italian Point of View in the Era of Platform Work*, in BECKER, CHESALINA (eds.), *Social Law 4.0. New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age*, Nomos, 2020, p. 97 ss.

ferma della perdurante capacità della subordinazione di soddisfare le esigenze di tutela, vecchie e nuove, del lavoro a distanza, come in tempi non sospetti già sottolineato con lungimiranza¹⁰⁰ e, quindi, più in generale, della fattispecie, almeno qualora costruita dal legislatore in maniera puntuale ma flessibile, a svolgere la sua funzione di tecnica di tutela, così come di recente ribadito dalla più attenta dottrina¹⁰¹.

¹⁰⁰ GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, 1993. Più di recente, v. anche GAETA, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in *LLI*, n. 2/2020.

¹⁰¹ ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, cit.

Abstract

Il saggio si propone di analizzare il nesso tra fattispecie ed effetti alla luce degli interventi legislativi che si sono succeduti nell'ultimo ventennio sulla qualificazione dei rapporti di lavoro, nella prospettiva di verificare le possibilità di adeguamento funzionale della subordinazione alla modalità agile di svolgimento della prestazione lavorativa per il tramite dell'accordo individuale richiesto dalla l. n. 81 del 2017 ma tutt'ora sospeso all'esito della Pandemia.

This contribution aims at investigating the nexus between contractual typus and its effects in the light of the legislative interventions that have been adopted within the last two decades on the qualification of work relationships, in the view of verifying the possibilities of functional adaptation of subordination to the agile mode of performing work through the individual agreement, as required by Act n. 81 of 2017, although currently still suspended as a consequence of the Pandemic.

Keywords

Qualificazione del rapporto, approccio rimediabile, rider, trasparenza, lavoro agile.

Classification of the relationship, remedial approach, riders, transparency, agile work.

Michele Tiraboschi

Il lavoro agile tra innovazioni tecnologiche e dinamiche sociali. Contributo e limiti del punto di vista giuridico

Sommario: **1.** Un fenomeno ancora difficile da inquadrare. **2.** Il lavoro agile tra tempi di vita e tempi di lavoro. **3.** Oltre il mercato del tempo di lavoro? **4.** La dimensione istituzionale e l'impatto sulla contrattazione collettiva come "strumento" di governo congiunto del mercato del lavoro. **5.** Problemi e prospettive del lavoro agile in chiave giuridica.

1. Un fenomeno ancora difficile da inquadrare

È affermazione comune che la pandemia e la conseguente emergenza di sanità pubblica abbiano impresso una brusca accelerazione a diversi processi, da tempo in atto, di trasformazione della economia e della nostra società. Tra questi il lavoro agile o *smart working* è, senza dubbio, un caso paradigmatico. E lo è, principalmente, per l'estrema difficoltà di inquadrare il fenomeno, solo apparentemente di valenza organizzativa e di natura tecnologica, dentro precise dinamiche sociali e direi anche antropologiche.

Se si concorda con Jürgen Habermas, che il diritto è una categoria di mediazione sociale tra i fatti e le norme, nella regolazione del fenomeno pensano, oggi, non solo sovrastrutture giuridiche plasmate attorno a una precisa idea di lavoro, maturata nel corso del Novecento industriale, ma anche una produzione giuridica (di fonte legale e anche contrattuale) fortemente condizionata dalla formazione di quel "potere comunicativo" che l'espressione inevitabilmente ingenera, nel vissuto quotidiano delle persone e delle stesse organizzazioni, tanto in positivo che in negativo. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, alla violenta polemica relativa alle più recenti restrizioni all'impiego del lavoro agile nella pubblica amministrazione, dove il nodo del contendere, raramente esplicitato nella comunicazione pubblica e nel dibatt-

tito scientifico, nasce da una diversa percezione della realtà del fenomeno “*smart working*” da parte del decisore politico, necessariamente attento (anche) alla efficienza e al buon andamento delle amministrazioni, da un lato, e dei dipendenti pubblici, maggiormente sensibili invece ai vantaggi personali conseguiti con un più o meno comodo “lavoro da casa” in termini di conciliazione vita lavoro, dall’altro lato.

Sta di fatto che la recente diffusione del lavoro da remoto di tipo emergenziale, non da tutti intesa nei termini di una effettiva “grande sperimentazione di massa” di quello che dovrebbe essere in termini manageriali lo *smart working*, ha portato, in poco tempo – non solo i ricercatori, ma anche gli operatori del mercato del lavoro, i sindacalisti, i decisori politici e, più in generale, l’opinione pubblica – a dividersi, in termini quasi manichei, tra due contrapposti schieramenti. Da una parte chi, sostenuto dagli organi di informazione di massa e dalla forza persuasiva delle società di consulenza e di tecnologia, si colloca apertamente a favore, senza se e senza ma, di questa innovazione che garantirebbe di per sé maggiore produttività per le imprese e maggiore benessere per i lavoratori. Dall’altra parte chi invece, anche a prescindere dalle numerose criticità emerse durante lo stato di emergenza nazionale e dal ricorso (ampiamente improvvisato) allo strumento in chiave di mero “distanziamento sociale”, manifesta più o meno apertamente, anche solo a livello di percezioni, profonde riserve e preoccupazioni sulle ricadute nel medio e lungo periodo in ragione di numerose esternalità negative, in termini economici e sociali, e anche criticità con riferimento, in particolare, alla forza lavoro femminile e ai lavoratori a basso reddito.

2. *Il lavoro agile tra tempi di vita e tempi di lavoro*

Chi conosce le complesse dinamiche che hanno accompagnato la nascita del moderno diritto del lavoro, come regolazione giuridica del lavoro salariato e del relativo mercato del tempo di lavoro, non può essere sorpreso dalla presenza di opinioni così radicali e contrastanti. Come innovazione che incide profondamente sui tempi (e sui luoghi) sociali di vita e di lavoro, frantumandoli, il lavoro agile ripropone infatti problematiche che ciclicamente emergono nel dibattito pubblico sui temi del lavoro e nel rapporto con quella innovazione tecnologica che ne scandisce incessantemente l’evoluzione nella

non risolta tensione, di cui parlava tra gli altri Mario Grandi, tra lavoro-oggetto (di scambio) e lavoro-soggetto (persona).

Pensiamo allo slogan che ha caratterizzato le battaglie sindacali del Novecento industriale, ancora oggi non sopite, del “lavorare meno (a parità di salario) per lavorare tutti” che è, per certi versi, niente altro che l’altro lato della medaglia dello *smart working*. E pensiamo anche, in analogia con altre “rivoluzioni annunciate” del recente passato, alla diffusione del lavoro a tempo parziale che ha accompagnato la progressiva femminilizzazione del mercato del lavoro e che, nel tempo, ha tuttavia dimostrato limiti ed evidenti criticità che ne hanno impedito il pieno e definitivo sviluppo per la popolazione femminile proprio per il non lineare intreccio, rispetto alla responsabilità di fatto dei carichi familiari, tra vita privata e lavoro produttivo, come dimostrano le oggettive penalizzazioni per le donne in termini di carriera e trattamenti retributivi. Con la non banale differenza che mentre il lavoro a tempo parziale cercava ancora di tenere nettamente separati – proprio perché – strumento contrattuale incentrato sulla esatta contabilizzazione e collocazione delle ore di lavoro – il tempo dedicato al lavoro produttivo e il tempo di vita, lo *smart working* accentua questa tensione superando (almeno in teoria) il concetto di orario di lavoro e dunque, in definitiva, il mercato del tempo di lavoro su cui è stata fondata la disciplina giuridica del lavoro alle dipendenze altrui. Questo però senza che sia intervenuto, nel frattempo, un ripensamento complessivo della radicale contrapposizione che esiste, per il pensiero giuridico contemporaneo, tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo che è poi alla base della differenziazione ontologica tra quello che è inteso come il “lavoro vero” (per il mercato) e il “non lavoro”, o anche lavoro senza un mercato, come nel caso, oggi, del lavoro di cura e non più solo del lavoro domestico e casalingo.

In termini di processi normativi, reali e sociali, la conseguenza di questa tendenza è allora scontata, perché delle due l’una: o la legge e soprattutto la contrattazione collettiva torneranno a occuparsi, nei prossimi anni, della esatta determinazione e delimitazione del tempo della prestazione resa da remoto dal lavoratore, rendendo così rigido uno strumento che oggi appare flessibile ed elastico, ma pur sempre costruito dentro logiche di subordinazione giuridica del lavoratore rispetto al datore di lavoro, a differenza di quanto avveniva col telelavoro (ammesso pure in forma autonoma e parasubordinata), oppure, inevitabilmente, vita privata e vita lavorativa tenderanno a confondersi portando nell’una i problemi dell’altra. Non più dunque, come avviene

prevalentemente oggi, portando i problemi e le tensioni del lavoro nella sfera privata e familiare, ma anche il contrario; e cioè portando inevitabilmente la vita privata, i suoi tempi e i suoi spazi, dentro il tempo di esecuzione materiale della prestazione lavorativa. E così è stato durante la pandemia, soprattutto per la forza lavoro femminile, dove il luogo di lavoro è coinciso, nella stragrande maggioranza dei casi, con l'abitazione privata del prestatore di lavoro, venendosi così inevitabilmente a sommare ai carichi familiari e al lavoro di cura.

Non va sottovalutata allora, da questo punto di vista e senza poter entrare in questa sede nel merito della questione, l'osservazione forse più significativa, ma anche più discutibile sul piano giuridico e da discutere per maturare uno sviluppo consapevole dello strumento, contenuta nella relazione finale del gruppo di studio che ha condotto alla stipulazione, il 7 dicembre del 2021, del protocollo sul lavoro agile per il settore privato. Mi riferisco al passaggio della relazione dove si sottolinea, anche per lo *smart working*, la “necessità” – dedotta da una lettura della prima e invero ancora approssimativa contrattazione collettiva aziendale emersa in materia, piuttosto che da puntuali indicazioni legislative – “di misurare e determinare la durata dell’orario di lavoro”.

3. Oltre il mercato del tempo di lavoro?

L'idea di superare il mercato del tempo di lavoro e (ri)pensare le esperienze lavorative in termini di progetti, obiettivi e risultati, in funzione di precise competenze e professionalità di un lavoratore collaboratore e non mero salariato, non è certo nuova. Di essa si trova chiara traccia non solo nella disposizione di apertura della disciplina giuridica del lavoro agile (art. 18, co. 1, l. n. 81/2017), ma già nel *Libro Bianco sulla modernizzazione del mercato del lavoro* dell'ottobre 2001. Con una differenza di fondo non banale. Nella impostazione del Libro Bianco e nella sua sfortunata attuazione legislativa, con gli articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276 del 2003, il lavorare a progetto e per obiettivi era infatti incardinato nell'ambito di forme giuridiche ed organizzative proprie del lavoro autonomo e del lavoro professionale, secondo logiche di autonomia e piena libertà (e anche responsabilità o rischio) contrattuale, che è altra cosa rispetto al semplice accordo individuale di mera adesione a una modalità agile di lavoro che resta collocata dentro una fatti-

specie contrattuale di lavoro dipendente ancora governata dalle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo e dalla piena assunzione del rischio di impresa da parte del datore di lavoro.

Il dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge n. 81 del 2017 mostra, anche nel raffronto con il testo originario della proposta di legge presentata dal Ministro del lavoro *pro tempore*, tutte le ambiguità di una opzione qualificatoria tuttora ancorata allo schema del lavoro subordinato ma che, nel maldestro tentativo di sbarazzarsi sul piano di una semplice "innovazione" lessicale dei numerosi nodi giuridici irrisolti del "vecchio" telelavoro, nega in prima battuta la necessità di misurare la durata della prestazione di lavoro per poi comunque precisare, nello stesso frammento normativo (il comma 1 dell'art. 18 della l. n. 81/2017), che un orario di lavoro deve comunque esserci. Di modo che il lavoro agile o *smart working*, fattispecie non prevista in altri ordinamenti giuridici che ancora parlano di telelavoro o lavoro da remoto, legittima forme di organizzazione del lavoro "per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario", che tuttavia devono risultare rispettose non solo dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro, previsti da norme di legge e di contratto collettivo su base settimanale e secondo una media calcolata su un arco temporale di quattro (o anche sei o dodici) mesi, ma persino di inediti vincoli di durata giornaliera della prestazione di lavoro che, fermo restando il diritto a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore, erano stati ampiamente superati nel nostro ordinamento giuridico con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 66 del 2003 in attuazione della normativa comunitaria di riferimento.

Non è certo possibile entrare, in questa sede, in una complessa e problematica valutazione circa l'adeguatezza o meno di una categoria giuridica tipica dell'ordine economico e sociale del Novecento industriale, come quella del "lavoro subordinato", per inquadrare in termini formali le diverse forme di lavoro da remoto (e certamente di telelavoro evoluto) nell'era della c.d. digitalizzazione. Sta di fatto che il lavoro agile non si limita a stravolgere mestieri e professionalità e le stesse coordinate spazio-temporali che hanno accompagnato la costruzione giuridica dei mercati del lavoro alla stregua di mercati del tempo di lavoro (l'ora-lavoro, la retribuzione oraria, gli straordinari, ecc.). Ad essere messe in discussione sono non solo prassi aziendali e regole di legge, ma prima ancora categorie concettuali (il "posto" di lavoro, il "luogo" di lavoro, le "mansioni") e aggregazioni sociali (non solo le aziende e gli uffici, ma anche le abitazioni, le aree urbane, le aree industriali

delle città e i distretti industriali) che si collocano ben oltre la classica concezione dei rapporti di lavoro ereditata dal Novecento e dall'industrialismo.

Non sarà la fine della fabbrica e dei luoghi di lavoro; almeno non lo sarà per alcuni mestieri, settori e comparti produttivi. Ma certamente la diffusione dello *smart working* è un chiaro segnale della progressiva disgregazione della grande invenzione del capitalismo moderno, quella appunto della costruzione capitalistica del mercato del tempo di lavoro e dell'istituto giuridico dell'orario di lavoro che è il pilastro della costruzione marxiana del valore (di scambio) del lavoro modernamente inteso. Troppo facile allora giocare sugli equivoci terminologici, differenziando nominalmente il lavoro agile dal telelavoro, e pretendere di cancellare con una legge (quella sul lavoro agile del 2017) quegli ineludibili nodi culturali e sociali, prima ancora che giuridici e sindacali (pensiamo alle – complesse questioni di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori da remoto e al nodo della misurazione o meno del tempo di lavoro), che sono ancora tutti sul tavolo e che, come noto, in passato e non solo in ragione del tipo di tecnologie effettivamente disponibili, hanno drasticamente contenuto la diffusione del telelavoro nel nostro Paese.

Vero è, piuttosto, che la prospettiva organizzativa e la dimensione regolatoria non sono di per sé sufficienti per comprendere problematiche e sfide che ruotano attorno a una precisa idea giuridica di “lavoro” e di “valore di scambio del lavoro” che vanno oltre la mera ripartizione di diritti, obblighi e responsabilità tra le parti di un singolo contratto di lavoro. Salvo non pensare, come propone la parte più conservatrice del sindacato e come di fatto avvenuto in larga parte dei contratti collettivi in materia che sono stati oggetto di monitoraggio, di trasporre meccanicamente, nel lavoro svolto da casa o da remoto, logiche e regole che hanno sin qui retto il lavoro negli uffici e nelle fabbriche del Novecento (vedi il corposo approfondimento monografico contenuto nella parte III del VII Rapporto ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2020)*, ADAPT University Press, 2021, pp. 315-396). Con il che i decantati vantaggi e le opportunità dello *smart working* verrebbero largamente meno e, anzi, finirebbero con buona probabilità per rendere ancora più problematica e conflittuale, una volta persi l'autorità e il potere di controllo garantiti dalla posizione di “capo della impresa”, la conformazione della prestazione di lavoro agli obiettivi aziendali. Senza peraltro negare il rischio opposto e cioè un aumento, facilitato dalle tecnologie oggi a disposizione, delle forme occulte e più pervasive di controllo e persino di autocontrollo e, anche, dello stesso potere datoriale in quella che è stata de-

finita la dematerializzazione del dominio (vedi il contributo di Angelo Abignente che precede) rispetto a relazioni di lavoro che perdono la loro identità e connotazione, o forza, collettiva.

4. *La dimensione istituzionale e l'impatto sulla contrattazione collettiva come "strumento" di governo congiunto del mercato del lavoro*

Come la buona letteratura sociologica, soprattutto di marca francese, ha da tempo segnalato, il problema dello *smart working* implica dunque altre dimensioni di analisi accanto e prima di quella più propriamente giuslavoristica (Largier, 2001). E sono dimensioni importanti, anche per gli attori del sistema di relazioni industriali, perché sono quelle che poi consentono di inquadrare correttamente, in termini istituzionali, un fenomeno ancora in divenire e concorrere con ciò a trovare soluzioni durature e sostenibili ai problemi sollevati dalle ricadute contrattuali ed organizzative della prestazione lavorativa che sono solo la manifestazione terminale di complesse dinamiche sociali e anche antropologiche ancora tutte da esplorare.

Ci vogliamo riferire, da un lato, alla emersione, agevolata dallo *smart working*, di una idea del lavoro non solo come fattore di scambio economico (l'ora-lavoro) ma anche come progetto di vita ed espressione della propria soggettività, che è poi la vera chiave di volta per aggredire, fuori da vecchie logiche manageriali di comando e controllo, il nodo della misurazione del valore (non solo economico e/o di scambio) del lavoro per una determinata società. E ci riferiamo poi, dall'altro lato, a un preciso progetto politico di società entro cui collocare i processi economici e le relative scelte organizzative e manageriali. Perché immaginare e poi progettare concretamente buona parte della vita lavorativa delle persone fuori dalle fabbriche e dagli uffici significa ripensare non solo gli spazi aziendali ma anche i centri delle città e le loro periferie, i trasporti, la scuola e i luoghi di formazione dei nostri giovani, la stessa concezione delle nostre case e dei luoghi di aggregazione sociale. Solo una volta chiarito il modello di società desiderato sarà dunque possibile affrontare il nodo delle tutele e dei sistemi di protezione sociale di un lavoro liberato dai vincoli di luogo e di tempo ma inevitabilmente anche di mansione.

In questi termini – e solo in questi termini – si può allora convenire con quanto da tempo sostenuto dai responsabili dell'Osservatorio *Smart Wor-*

king del Politecnico di Milano, là dove rilevano che alla base del *gap* italiano rispetto agli altri Paesi europei nella diffusione del lavoro da remoto vi sia una normativa pesante e restrittiva, una visione miope e rigida nelle relazioni industriali e una cultura del lavoro pesantemente gerarchica. Fattori questi non certo imputabili alla legge del 2017 di disciplina giuridica del lavoro agile, quanto alla intera normativa italiana del lavoro incentrata ancora sulla categoria della subordinazione e su una concezione (e relativa misurazione) della prestazione di lavoro scandita da orari, mansioni, livelli, inquadramenti e organigrammi aziendali.

Nel superare la standardizzazione della regolazione dei rapporti di lavoro propria del Novecento industriale la logica sottesa allo *smart working* indubbiamente sollecita una maggiore e sfidante individualizzazione del rapporto tra lavoratore e impresa che tuttavia, anche quando condivisa da un movimento sindacale chiamato oggi ad accettare logiche meritocratiche, impone alla impresa e alla direzione del personale un maggiore sforzo organizzativo e gestionale (anche in chiave di ingaggio psicologico del lavoratore) perché – è – proprio lo schema giuridico del lavoro agile a valorizzare e in un certo senso far “esplosione” la pluralità di bisogni, interessi, desideri e ambizioni di ogni singolo lavoratore.

Si tratta insomma di fenomeni che, come già intuito dai primi teorici della società post-industriale a partire da Alain Touraine, superano non solo l'attuale sistema professionale dei contratti collettivi nazionali di lavoro, ma anche la stessa dimensione dei negoziati istituzionali e standardizzati tra classi sociali contrapposte, come “strumento” di governo congiunto del mercato del lavoro nei termini puntualmente segnalati dalla c.d. Scuola di Oxford, per sviluppare aspirazioni professionali sempre più fortemente intrecciate a quelle che lo stesso Alain Touraine chiamava “strategie personali”. Strategie che certamente possono ancora combinarsi o manifestarsi anche in forma aggregata e di coalizione e che, tuttavia, mirano a migliorare la posizione delle persone in un determinato contesto organizzativo o anche in un determinato mercato del lavoro. Questo però secondo logiche e aspettative che è dubbio possano essere ricondotte al concetto giuridico di interesse collettivo, almeno come sin qui inteso dalla riflessione giuslavoristica, aprendo al tempo stesso innovativi spazi per un recupero di autonomia negoziale a livello individuale nella direzione cioè di una possibile maggiore autodeterminazione del prestatore di lavoro.

Di grande interesse, in questa prospettiva, è il recente sviluppo di forme

di rappresentanza del lavoro professionale (ex l. n. 4/2013) che si collocano volutamente fuori dalla tradizionale dimensione di tutela nel rapporto di lavoro per spostare l'attenzione sulle barriere di accesso a mercati del lavoro non solo transizionali ma anche maggiormente incentrati sulla validazione e certificazione delle competenze professionali. Ma se anche questa strada fosse ritenuta non praticabile, almeno nel medio periodo, resta il fatto che il lavoro agile correttamente inteso sfida la contrattazione collettiva (nazionale) come istituzione diretta alla costruzione sociale del mercato del lavoro e rispetto al quale il lavoro perde necessariamente la sua soggettività per diventare un semplice mezzo di produzione. Quel lavoro "astrattamente umano" – per dirla con Karl Marx – e cioè niente altro che quel "tempo di lavoro necessario nelle condizioni normali della produzione". Come già segnalato in altri interventi (vedi il contributo di Raffaele De Luca Tamajo che precede), il lavoro agile impone inevitabilmente, almeno nella sua manifestazione più matura e autentica, una nuova concezione della obbligazione lavorativa e di fissazione dei relativi parametri giuridici di misurazione del valore economico e di scambio del lavoro umano.

5. *Problemi e prospettive del lavoro agile in chiave giuridica*

Non si possono negare oggettivi ritardi culturali del nostro Paese rispetto al superamento di logiche di organizzazione del lavoro di stampo verticistico ancora oggi fortemente strutturate, a livello di strumentazione giuridica e sul lato della verifica dell'adempimento della prestazione di lavoro, in termini di esaltazione dei poteri di comando e controllo che, non va dimenticato, sono stati recentemente liberalizzati, su espressa richiesta delle rappresentanze del mondo delle imprese, con i decreti di attuazione del c.d. *Jobs Act*. Una conferma, in questo senso, può essere indirettamente tratta dalla radicale opposizione del mondo datoriale a recenti proposte legislative in materia di autocertificazione delle assenze per malattie brevi che, in linea con la filosofia del lavoro agile, risultano improntate a relazioni di lavoro di carattere maggiormente fiduciario e collaborativo con la conseguente piena responsabilizzazione del prestatore di lavoro.

Se così è non si comprende allora perché il legislatore italiano abbia inteso incardinare lo schema del lavoro agile nell'alveo delle sole prestazioni di lavoro dipendente che, per definizione normativa, sono appunto incentrate

su dinamiche di comando e controllo. Il tutto con una impostazione che ha finito non solo col rigettare fermamente, in sede di dibattito parlamentare, le proposte di estensione del lavoro agile all'area del lavoro autonomo, ma anche per rendere più rigida la nuova fattispecie rispetto al “vecchio” telelavoro (pensiamo alle deroghe di cui all'art. 17, co. 5, lett. c), del d.lgs. n. 66/2003 in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale), che pure, come da tempo efficacemente argomentato in letteratura, altro non rappresenta se non una modalità di organizzazione di qualunque forma di lavoro sia in forma subordinata che in forma autonoma o parasubordinata e persino in forma di impresa.

Sempre in questa prospettiva di analisi, volta a sottolineare i vincoli di una cultura giuridica del lavoro ancora gerarchica e fordista, stride non poco la previsione della legge n. 81 del 2017, secondo cui l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali. Il carattere fiduciario e cooperativo che dovrebbe presidiare prestazioni di lavoro rese per il tramite di nuove tecnologie e in funzione di obiettivi condivisi, per di più senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, se non esclude in astratto l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, rende certamente superflua, se non intimamente contraddittoria, la previsione di forme di controllo sulla esecuzione della prestazione piuttosto che sui risultati conseguiti dal lavoratore.

Quanto poi ai vincoli normativi che frenerebbero – almeno a detta degli ingegneri e degli esperti gestionali coinvolti nello sviluppo dello *smart working* a livello aziendale – la modernizzazione dei rapporti di lavoro e il pieno dispiegarsi della nuova Rivoluzione industriale in atto, non si tratta di difendere di per sé, e in termini di principio, previsioni normative del passato per il solo fatto di essere caratterizzate da un contenuto inderogabile. Vero è piuttosto che molti dei vincoli normativi all'impiego di nuove tecnologie siano ancora oggi da imputare, più che al legislatore nazionale, alle fonti comunitarie che presidiano la materia. Ciò vale, a ben vedere, per taluni aspetti centrali e qualificanti dell'intervento del diritto del lavoro come i profili della *privacy* e dei controlli e soprattutto quelli di salute e sicurezza in ambienti di lavoro – sempre più estesi e anche dilatati in modo virtuale – che impattano anche sulle discipline in materia di tempi di lavoro e di assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali.

Con riferimento al quadro legale e contrattuale si può se mai affermare,

alla luce del ragionamento sin qui svolto e anche in considerazione della esperienza del passato, come il legislatore e il sistema di contrattazione collettiva del nostro Paese siano giunti ancora una volta in ritardo all'appuntamento con l'innovazione. Non si tratta però, a ben vedere, di profili puramente tecnici o di dettaglio nei testi di legge e di contratto collettivo. Il ritardo, piuttosto, è da ricondurre alla lenta se non contraddittoria maturazione di quelle dinamiche sociali e culturali che condizionano l'idea e il valore del lavoro per una economia e per una società nel suo complesso e, conseguentemente, la costruzione di un ordine giuridico come fattore di mediazione tra i fatti e le norme.

Vero è del resto, come si è avuto già modo di sostenere in sede di primo commento della legge n. 81 del 2017 (Tiraboschi, 2017), che la disciplina italiana del lavoro agile non solo intercetta una parte molto limitata del cambiamento tecnologico in atto, ma neppure contribuisce a comporre quel complesso puzzle del lavoro e della impresa in trasformazione che, di riforma in riforma, vede continuamente aggiungersi e poi improvvisamente sottrarsi tasselli normativi (lavoro coordinato, lavoro a progetto, lavoro etero-organizzato, telelavoro, lavoro agile, ecc.) destinati a non convergere ancora dentro un disegno unitario, di regolazione di un lavoro senza aggettivi, e tanto meno a superare una serie di equivoci che il diritto del lavoro si trascina fin dalle sue origini nell'irrisolto rapporto tra lavoro-oggetto e lavoro-persona. A partire da quella frattura, sempre più insostenibile, tra una razionalità socio-economica (mercato) e una razionalità giuridica (tutela) del lavoro modernamente inteso, che – come ci ha provato a spiegare Gaetano Vardaro (1986) – trova il suo punto di origine nell'aver inseguito gli economisti i due paradigmi contrapposti del lavoro rispetto al dominio della tecnica (e cioè lavoro manuale *versus* lavoro intellettuale), là dove i giuristi si sono invece concentrati sulla contrapposizione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, riconoscendo al primo l'indipendenza data dalla professionalità e attribuendo al secondo la dipendenza data dalla necessità messa a disposizione delle proprie energie lavorative (anche quando dotate di professionalità e di agilità esecutiva) in funzione del tempo della prestazione di lavoro.

Abstract

Il saggio inquadra il lavoro agile nella complessità di un fenomeno che non è solo organizzativo e tecnologico ma ha profonde implicazioni sociali e culturali. Per l'incidenza sui tempi e luoghi di lavoro, il lavoro agile ripropone la tensione tra lavoro-oggetto e lavoro-soggetto che si manifesta innanzitutto nel superamento dell'orario di lavoro e nella ridefinizione dell'esperienza lavorativa in termini di progetti, obiettivi e risultati. In gioco è la disgregazione della costruzione capitalistica del mercato del tempo di lavoro, mediata dalla contrattazione collettiva intesa non solo come fonte normativa ma come istituzione sociale chiamata, nel rapporto tra classi contrapposte, al governo congiunto del mercato del lavoro. Il lavoro agile sfida questa impostazione tradizionale, ponendo in discussione i criteri di misurazione della prestazione lavorativa e di delimitazione del tempo di lavoro nella direzione di una sempre più marcata personalizzazione e individualizzazione dei rapporti di lavoro che, tra le altre cose, si riflettono nei processi formazione dell'interesse collettivo.

This paper examines remote work considering its organizational and technological effects, as well as the social and cultural implications resulting from this way of working. Because of its impact on the job location and working time, remote work brings back to the fore the tension between 'work-subject' and 'work-object', which can be seen in the attempt to move beyond working hours and to assess work activity in terms of projects, objectives and results. The risk is to challenge the capitalist construction of working time, mediated by collective bargaining and understood not only as a source of regulation but also as a social institution called upon to jointly govern the labour market in the relationship between opposing classes. Remote work challenges this traditional approach, questioning the tools for measuring performance and calculating working time. This is particularly true in the context of an increasingly marked individualisation of employment relationships which, among other things, is reflected in the process of generating collective interest.

Keywords

Lavoro, innovazione tecnologica, tempo di lavoro, tempo di vita, vulnerabilità.

Work, technological innovation, worktime, lifetime, vulnerability.

Mariagrazia Militello
Lavoro agile e conciliazione.
La quadratura del cerchio

Sommario: **1.** Quale conciliazione per il lavoro agile. **2.** Gli strumenti flessibili del *work-life balance*. Il lavoro a distanza e la lente dell'orario di lavoro scelto. **3.** Il lavoro agile e il lavoro agile "pandemico". La conciliazione vuota e il suo fallimento.

1. Quale conciliazione per il lavoro agile

Una corretta ricostruzione della nozione di conciliazione o, più correttamente, di equilibrio tra vita e lavoro¹, costituisce, per diversi motivi, un passaggio ineludibile per accertare l'idoneità del lavoro agile a perseguire la finalità conciliativa dichiarata.

Anzitutto perché la conciliazione è una nozione polisenso che non si autodefinisce attraverso un mero rinvio; per cui dire che una determinata modalità di lavoro persegue obiettivi di conciliazione, senza chiarire o aver bene presente a quale conciliazione ci si riferisce, non vuol dir nulla o quasi; in secondo luogo perché, di contro, il nostro ordinamento ha incorporato negli anni una nozione di conciliazione ben precisa, parziale se vogliamo, perché a sua volta costruita su un'organizzazione del lavoro che non ha mai considerato le esigenze personali del lavoratore e della lavoratrice all'interno

¹ Il passaggio dalla nozione di "conciliazione" a quella di "equilibrio" sia nei documenti sovranazionali sia nel linguaggio giuridico e politico non è privo né di significato né di risvolti. Tuttavia, tale passaggio non si è consumato del tutto; prova ne sia il fatto che la stessa direttiva n. 1158/2019 UE, che reca in rubrica il riferimento all'equilibrio, poi utilizza indifferentemente anche il termine conciliazione. In più, il legislatore italiano rinvia ancora alla conciliazione quando individua gli obiettivi del lavoro agile. Per tali ragioni, nelle prossime pagine si utilizzeranno entrambi i termini.

delle dinamiche contrattuali, con l'unica eccezione dei congedi che però sono regolati in maniera sbilanciata, a causa e, al contempo, come effetto di una ripartizione sessuata del lavoro produttivo e riproduttivo, su cui però non posso soffermarmi².

Per queste ragioni, quindi, prima di verificare se e come la disciplina del lavoro agile persegua l'obiettivo di conciliazione, è necessario intendersi bene su quale debba essere l'obiettivo da perseguire e solo dopo metterlo a confronto con quello che il legislatore si è dato nel dettare la disciplina.

Non è possibile, in questo contesto, soffermarsi né sull'evoluzione della nozione di conciliazione rintracciabile nei diversi provvedimenti adottati dalle istituzioni europee a partire dagli anni '90, né d'altra parte, su ciascuna delle numerose questioni che riguardano il rapporto tra i tempi sociali evocate dal tema dell'equilibrio vita lavoro³.

Sarà necessario, invece, nell'economia di questo scritto, spendere qualche parola sulla specifica nozione di *work-life balance* accolta dalla direttiva europea sull'equilibrio tra attività professionale e vita privata – la dir. n. 1158 del 2019 – atteso il rilievo interpretativo che essa ha anche sulle norme di disciplina del lavoro agile.

Rispetto al quadro esistente, la direttiva citata compie una netta evoluzione, a partire dall'adozione di un approccio ampio e integrato al tema dell'equilibrio tra vita familiare e attività professionale che non si arresta alla regolazione di un singolo istituto, ma si spinge a disegnare una nozione più ampia rispetto a quella di conciliazione, tuttavia qualificata da quel diritto alla cura e all'assistenza, di rilievo costituzionale, che acquista una posizione privilegiata su uno dei piatti della bilancia della relazione vita/lavoro.

Il culmine di questo cambio di prospettiva è rappresentato dall'introduzione di una regolazione innovativa sul fronte dell'organizzazione del lavoro che si è tradotta nella previsione di un diritto dei genitori e dei prestatori di assistenza di richiedere modalità di lavoro flessibili, malgrado il

² Cfr. SCARPONI, *Il lavoro delle donne fra produzione e riproduzione: profili costituzionali e citizenship*, in *LD*, 2001, p. 97 ss.; ALES, voce *Maternità e congedi parentali*, in *ED, Annali*, vol. IX, Giuffrè, 2016, p. 531 ss.

³ In argomento, cfr., tra gli altri e senza alcuna pretesa di completezza, i lavori monografici di RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, 2005; BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, 2008.

risultato finale sia mitigato dai numerosi compromessi resisi necessari per la sua approvazione⁴ (su cui, cfr. *infra*).

L'equilibrio tra vita e lavoro viene indicato dalla direttiva come un necessario fine intermedio – dunque, non autonomo – direttamente funzionale al perseguimento dell'obiettivo della parità di genere e indirettamente destinato a intervenire su numerose altre questioni ad esso legate, come la decrescita del tasso di natalità, l'invecchiamento della popolazione, la femminilizzazione delle povertà⁵.

Questo legame strumentale – inedito nei termini indicati – caratterizza la nozione stessa di equilibrio che è *selettiva* e *finalizzata*⁶, ma, soprattutto, rende imprescindibile il fatto che la regolazione degli istituti conciliativi sia orientata a garantire un'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza fra uomini e donne, dischiudendo un nuovo orizzonte di senso che è, per quanto riguarda la “conciliazione”, la chiave interpretativa della normativa sul lavoro agile.

Al contrario, sul fronte della organizzazione del lavoro, la necessità di realizzare modelli che si fondino sul diritto al *work-life balance* – come anche affermato dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 2016 dedicata alla creazione di condizioni di mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio richiamata in occasione della regolazione del lavoro agile nel pubblico impiego⁷ – rinvia in generale ad una nozione assai ampia cioè ad un concetto di “qualità della vita” che fa riferimento al benessere complessivo degli individui in una società, identificando diverse dimensioni dell'esistenza umana come essenziali per una vita umana completa (punto 59).

Una conciliazione che comprende ma non si esaurisce con la cura⁸, come quella evocata dall'art. 1 co. 1 del d.lgs. n. 81/2017 per cui il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato è pro-

⁴ Sul punto, cfr. CHEREGATO, *A work-life balance for all? Assessing the inclusiveness of EU Directive 2019/1158*, in *IJCL*, 2020, p. 67 ss.

⁵ Sul punto, cfr. ZANFRINI (a cura di), *La rivoluzione incompiuta. Il lavoro delle donne tra retorica della femminilità e nuove disuguaglianze*, Edizioni Lavoro, 2005.

⁶ Così TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E “Massimo D'Antona”*.INT - 419/2020.

⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016, n. C 204/76 sulla creazione di condizioni del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale.

⁸ CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, 2018, I, p. 115 ss.

mosso “allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro...”.

Quindi una conciliazione dei tempi di vita e di lavoro – senza aggettivi, come è stato detto⁹ – intesa quale generico miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori e delle lavoratrici che sembrerebbe dover o poter discendere quasi automaticamente dall'utilizzo del lavoro in modalità agile, insieme all'incremento della competitività. Il lavoratore e la lavoratrice non vincolati ad orario e luogo di lavoro sarebbero più liberi di organizzare la propria vita conciliandola con il lavoro e, appagati dal miglioramento della qualità della vita, sarebbero più produttivi; il che garantirebbe un incremento della competitività, attraverso la classica formula *win win* che non scontenta nessuno.

Questo approccio, il cui esito è comunque tutt'altro che scontato, deve tuttavia necessariamente fare i conti con le implicazioni della nozione di *work-life balance* diversa e più qualificata ormai chiaramente delineata dalla direttiva¹⁰.

E d'altronde, come è pure stato detto, anche la conciliazione evocata dal decreto legislativo n. 81/2017, pur non condizionata espressamente a compiti di cura, deve includere il diritto alla cura che, diversamente dal diritto, pur sacrosanto ma non costituzionalizzato, a fare sport o ad andare al cinema o ad un concerto, non può semplicemente essere evocato come una profezia che si auto avvera, né può risultare automaticamente dalla gestione autonoma dei tempi, perché richiede di assumere la prospettiva dei diritti – della persona che cura e della persona che viene curata – e quella del diritto antidiscriminatorio che, nella dinamica della tutela del lavoro di cura, svolge un ruolo fondamentale.

⁹ TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit.

¹⁰ Si tratta, peraltro, di un diritto sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea all'art. 33, su cui anche in senso critico, cfr., *ex aliis*, BARBERA, *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order*, in HERVEY - KENNER (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights - A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003, p. 142; COSTELLO, *Family and Professional Life*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, 2014, p. 921; FENOGLIO, *Art. 33. Vita familiare e vita professionale*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 631 ss.

2. *Gli strumenti flessibili del work-life balance. Il lavoro a distanza e la lente dell'orario di lavoro scelto*

La direttiva, come anticipato, indica dunque tra gli strumenti idonei a favorire il *work-life balance*, le modalità di lavoro flessibili. Tra questi, è compreso “laddove possibile, il lavoro a distanza”¹¹, a cui il legislatore sembra assegnare un posto di rilievo, manifestando, al contempo, una esplicita contrarietà nei confronti delle modalità di lavoro che comportano una riduzione dell'orario di lavoro, come il part-time non a caso nemmeno preso in considerazione¹², il cui uso prolungato potrebbe tradursi in una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e, quindi, nella riduzione o annullamento dei diritti pensionistici¹³.

L'indicazione sull'utilizzo delle modalità di lavoro flessibili – compreso il lavoro a distanza – è, poi, accompagnata dalla previsione di una clausola di garanzia su durata limitata e reversibilità, che comporta il diritto del lavoratore e della lavoratrice non solo di ritornare all'organizzazione della vita professionale originale al termine del periodo reciprocamente convenuto, ma anche di poter chiedere di farlo quanto prima, se necessario a causa di un cambiamento delle circostanze¹⁴. Tale regola sembra rispondere a due diverse esigenze: quella di assegnare, da una parte, un peso qualificato alle esigenze del lavoratore e della lavoratrice rispetto alla gestione dei tempi; e di evitare, dall'altra, gli effetti negativi (su salute e prospettive di carriera) di un lavoro svolto esclusivamente o per tanto tempo in un luogo diverso dai locali aziendali¹⁵. Questa dinamica, però, non tiene conto dei casi in cui la modalità di

¹¹ I lavoratori “affinché siano incoraggiati a rimanere a far parte della forza lavoro, dovrebbero poter adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali. A tal fine, prestando attenzione alle esigenze dei lavoratori, questi hanno il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili al fine di adeguare l'organizzazione della vita professionale, anche, laddove possibile, mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro, allo scopo di fornire assistenza” (considerando n. 34).

¹² Cfr. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e conciliazione*, in ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, SARACINI, SCHUSTER, *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell'Unione europea e nazionale*, Atti del seminario tenutasi a Roma in sede Cgil, il 30 gennaio 2020, dattiloscritto.

¹³ Cfr. *Considerando* n. 35.

¹⁴ Art. 9, co. 3, *considerando* n. 36 dir. n. 1158/2019.

¹⁵ “(...) La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, (...)” (art. 18, co. 1, d.lgs. n. 81/2017).

lavoro a distanza (o agile, nel caso dell'ordinamento italiano) sia definita in fase di assunzione, ossia quando il rapporto di lavoro sia costituito *ab initio* nella modalità a distanza.

Nel quadro così descritto – atteso cioè il significato assegnato alla nozione di *work-life balance* dalla direttiva (§ 1) e l'indicazione del lavoro a distanza tra gli strumenti idonei a perseguire l'obiettivo della condivisione del lavoro di cura necessaria per favorire un corretto equilibrio tra attività professionale e vita familiare – il fulcro della regolazione delle modalità di lavoro flessibili sembra essere rappresentato dall'orario di lavoro scelto¹⁶, come risulta anche dalla formulazione dell'art. 9 della direttiva, in base al quale “gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che i lavoratori con figli fino a una determinata età (...) e i prestatori di assistenza abbiano il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (...)”.

E proprio il riferimento all'orario di lavoro scelto può rivelarsi un'utile chiave di lettura per la misurazione dell'effettiva capacità del lavoro agile a farsi strumento di conciliazione, anche, per certi versi soprattutto, per l'indubbio impatto che l'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro hanno sugli squilibri di genere¹⁷, su cui a sua volta l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare ha un peso determinante¹⁸.

Si tratta, però, di un aspetto delicato, poiché il rapporto tra lavoro agile e orario di lavoro si muove su un crinale scivoloso, soggetto a molteplici smottamenti, il più pericoloso dei quali è senz'altro rappresentato dalla commistione dei tempi, il c.d. *work-life blending* che, nella forma più banale, si annida nelle pieghe di una gestione autonoma dei tempi risultato dell'innovazione tecnologica, il c.d. “autonomy paradox”¹⁹; e che però, nella sua forma

¹⁶ Sia consentito in proposito un rinvio a MILITELLO, *Work-life balance. Parità nel lavoro e condivisione della cura*, in GUASTAFERRO, TEBANO (a cura di), *Cura lavoro diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, Quaderno di questa rivista, 2022, 10.

¹⁷ Cfr. ZBYSZEWSKA, *Gendering European working time regimes. The working time directive and the case of Poland*, Cambridge University Press, 2016.

¹⁸ “L'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta tuttavia una sfida considerevole per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, in particolare a causa della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano, il che ha un impatto negativo sull'occupazione femminile. Uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro è la difficoltà di conciliare l'attività professionale con gli impegni familiari (...)” *Considerando* n. 10.

¹⁹ Eurofound, 2020, *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age. New forms of employment series, Publications Office of the European Union*, Luxembourg.

più insidiosa, viene descritto come l'auspicabile evoluzione del *work-life balance*, in verità pericolosa non solo sul piano della salute e della sicurezza del lavoratore ma anche su quello dell'adempimento della prestazione, atteso che la commistione tra lavoro e cura è una commistione tra due tempi di lavoro, produttivo e riproduttivo, e va tenuta ben distinta dalla, pur dannosa, commistione tra tempo di lavoro e tempo libero.

Indubbiamente, sul problema della gestione dei tempi incide in maniera determinante l'assenza di rinvii alla contrattazione collettiva²⁰ che, per inciso, rappresenta anche un limite della direttiva e, soprattutto, il riferimento all'accordo individuale quale fonte di regolazione principale – quando non unica – di un rapporto caratterizzato da uno squilibrio contrattuale che, nel caso dei lavoratori e delle lavoratrici che abbiano esigenze di cura e assistenza, è ulteriormente aggravato dalla diffusa e, a volte, malcelata convinzione secondo la quale lavorare da casa senza vincoli di orario²¹ garantirebbe quasi automaticamente la possibilità di conciliare gli impegni di cura con il lavoro²², rendendo superflui gli adattamenti invece necessari.

Ora, è evidente che se si adotta questa prospettiva, si rischia di definire il lavoro agile utile alla conciliazione unicamente per sottrazione di vincoli e privazione di diritti, rischiando di confondere la libertà contrattuale con l'autodeterminazione²³ e alimentando, di fatto, l'equivoco per cui la libertà di gestione del proprio tempo consentirebbe in automatico e senza alcun ulteriore intervento, di conciliare i tempi di vita e i tempi di lavoro; convincimento questo a sua volta sostenuto da una nozione ambigua di concilia-

²⁰ Con riguardo al ruolo della contrattazione il Protocollo sul lavoro agile del dicembre 2021 ha sottolineato la volontà di “valorizzare la contrattazione collettiva quale fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile”. Sottolinea questo aspetto FENOGLIO, *Tempo e subordinazione: riflessioni attorno al lavoro agile*, in *LLI*, 2022, n. 1, p. 198.

²¹ Per una precisazione relativa alla misurazione dell'orario di lavoro nel lavoro agile cfr. LECCESE, *La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide*, in *LLI*, 2022, n. 1, p. 1 ss.

²² Un esempio di tale prospettiva lo ha fornito con chiarezza lo stesso Governo in occasione della regolazione del congedo straordinario per genitori di figli in quarantena, affetti da Covid o in DaD, subordinandone la concessione, tra l'altro, al fatto che l'altro genitore non lavorasse in modalità agile; compiendo un errore di valutazione fortunatamente poi corretto (cfr. art. 9, co. 5 del d.l. n. 146/2021 convertito nella Legge 17 dicembre 2021, n. 215). Parlano in proposito della “teorizzazione del doppio carico di lavoro” GUAGLIANONE, PARISI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, in www.labourlawcommunity.org.

²³ Sulla distinzione tra libertà contrattuale e autodeterminazione sia consentito un rinvio a MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, p. 62 ss.

zione che condivide con la nozione di flessibilità gli aspetti della libertà, dell'autodeterminazione, della volontarietà nella gestione dei tempi e che, sommata alla smaterializzazione del luogo in cui si lavora, si traduce nella definitiva cancellazione dei confini tra tempo di lavoro e tempo di cura, con i rischi in termini di accentuazione delle discriminazioni già esistenti e divisione sessuata del lavoro che ne conseguono, a tacere di quelli connessi ad altri aspetti quali la salute e la sicurezza, su cui non mi soffermo²⁴.

Per tali ragioni, attribuire al significante “conciliazione” indicato quale obiettivo del lavoro agile il corretto significato di equilibrio vita/lavoro necessariamente fondato sulla condivisione del lavoro di cura e assistenza²⁵ è un passaggio imprescindibile se si intende fare del lavoro a distanza uno strumento reale di equilibrio, ripensando, non invalidando, i presupposti della distinzione tra lavoro e vita privata, sotto il profilo della tutela del lavoro.

Tale ridefinizione dei tempi dovrebbe essere condotta con l'obiettivo di garantire la primazia dell'elemento volontaristico con riguardo alla scelta dei “programmi negoziali” flessibili, imponendo, al contempo, il rispetto della vita privata; attraverso, in altre parole, il riconoscimento di una libertà di scelta che però sia “vincolata” alla tutela dei livelli essenziali di sicurezza nel lavoro e alla corretta definizione dei confini tra i tempi della vita²⁶.

In un'ottica di valorizzazione dell'obiettivo dell'equilibrio dei tempi, e al fine di arginare il rischio di una loro pericolosa sovrapposizione, l'assenza di vincoli di orario dovrebbe tradursi in positivo, come suggerito dalla direttiva, nell'attribuzione al lavoratore e alla lavoratrice portatore e portatrice di un interesse qualificato alla cura, di un diritto potestativo alla definizione dei tempi di lavoro²⁷, nella chiara indicazione di regole e aspettative recipro-

²⁴ Con riguardo ai riflessi della misurazione del tempo sulla tutela della salute dei lavoratori cfr. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in *DLM*, 2018, p. 17; LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020, II, p. 428 ss.

²⁵ Con riguardo ovviamente alla conciliazione tra lavoro produttivo e lavoro riproduttivo, atteso che la conciliazione indicata dal legislatore italiano come obiettivo del lavoro agile rinvia ad un concetto più ampio di cui si è detto all'inizio.

²⁶ Cfr. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”, in NLCC*, 2018, p. 657, il quale parla di “blindatura” dei tempi di riposo (e più complessivamente di vita) con riguardo al diritto alla disconnessione.

²⁷ È questa l'indicazione che proviene dalla direttiva, nonostante, come noto, il legislatore non abbia potuto introdurre un diritto soggettivo a causa delle resistenze già registrate sul punto in occasione del tentativo di modifica della direttiva sull'orario di lavoro. Per un'ampia ricostruzione cfr. GOTTARDI, *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per*

che, nell'adeguamento dell'organizzazione del lavoro, del carico di lavoro e nella contestuale attenuazione del controllo diretto sul tempo del lavoratore da parte del datore di lavoro, nonché nella definizione di un diritto alla disconnessione chiaro e corredato delle garanzie necessarie, obblighi e relative sanzioni²⁸; tutte previsioni che allo stato mal si conciliano con un accordo individuale, in cui gli unici margini immaginati a favore del lavoratore con compiti di cura si limitano all'autogestione dei tempi.

3. *Il lavoro agile e il lavoro agile “pandemico”. La conciliazione “vuota” e il suo fallimento*

Con riguardo, nello specifico, alla regolazione del lavoro agile, in generale, come già anticipato (§1), l'art. 18 del d.lgs. n. 81/2017 individua una conciliazione non selettiva né caratterizzata dalla tutela degli oneri di cura e assistenza, se non per il fatto di comprenderli obbligatoriamente all'interno del generico obiettivo conciliativo.

L'unico caso in cui il legislatore, invece, qualifica la conciliazione attribuendole un significato molto selettivo è quando prevede di assegnare una priorità alle richieste di svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile delle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità (art. 18, co. 3 *bis* d. lgs. 81/2017²⁹). In questa disposizione

mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano, in VENEZIANI, BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009, p. 317 ss.

²⁸ Di recente, il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione con la quale ha invitato la Commissione ad adottare una direttiva che riconosca il “diritto fondamentale” alla disconnessione a tutti i lavoratori in tutti i settori, indipendentemente dal loro *status* e dalle loro modalità di lavoro. Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo n. 2019/2181(INL) a cui è allegata una proposta di direttiva, su cui v. ALLAMPRESE, *Il dibattito europeo sul diritto alla disconnessione*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, Futura, 2021, p. 125.

Sul fronte nazionale, come noto, il d.lgs. 81/2017 rinvia all'accordo individuale per la definizione delle modalità del diritto alla disconnessione (art. 19, co. 1). Più di recente, il Protocollo sul lavoro agile citato *supra* ribadisce l'importanza del diritto alla disconnessione affermando che “La prestazione di lavoro in modalità agile può essere articolata in fasce orarie, individuando, in ogni caso, in attuazione di quanto previsto dalle disposizioni normative vigenti, la fascia di disconnessione nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa. Vanno adottate specifiche misure tecniche e/o organizzative per garantire la fascia di disconnessione” (art. 3, co. 2).

²⁹ Comma inserito dall'art. 1, co. 486 della legge 30 dicembre 2018, n. 145, a decorrere dal 1° gennaio 2019.

non solo non c'è alcuna traccia di quell'idea di equa ripartizione delle responsabilità posta alla base della nozione di equilibrio tra vita e lavoro, sovrachinata da una idea stereotipata della conciliazione; ma c'è anche – sembra – il riflesso pratico del convincimento per cui la possibilità di lavorare da casa equivarrebbe a non lavorare ai fini del corretto adempimento degli obblighi di cura³⁰; approccio questo che rende il rischio della commistione di cui dicevo prima più che mai attuale. Per non parlare della mancata attenzione alle famiglie allargate, omogenitoriali, totalmente obliterate dalla prospettiva regolativa, che meriterebbero una trattazione autonoma e un approfondimento adeguato che in questa sede non è possibile svolgere.

Una disposizione di questo tipo chiarisce perfettamente la nozione di conciliazione che sottende all'obiettivo invece generico indicato all'art. 18. E non si tratta nemmeno di estendere la priorità ad entrambi i genitori, come pure è stato prospettato in una recente proposta di modifica della disciplina³¹; sarebbe comunque necessario eliminare il riferimento temporale che nasconde l'implicito preconcepito secondo il quale a fruire della modalità agile di svolgimento del lavoro dovrebbe essere comunque preferibilmente la madre, negando peraltro un approccio integrato agli strumenti di conciliazione (perché magari non pensare ad una priorità garantita al padre durante il congedo di maternità?).

Dal canto loro, nemmeno i pur numerosi contratti collettivi che, nel settore privato, hanno introdotto una regolazione minima del lavoro agile, si sono premurati di aggiungere alcunché al significato assegnato alla conciliazione dalle scarse indicazioni legislative, se non, in qualche caso, la previsione del diritto alla disconnessione³², accogliendo anch'essi una nozione di conciliazione che resta generica.

Quella che emerge dalle disposizioni legislative e contrattuali non è, dunque, la conciliazione descritta dalla direttiva e se si intende realmente attribuire al lavoro agile la funzione dichiarata di “agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro” è necessario adottare un approccio integrato

³⁰ Sul punto diffusamente TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit.

³¹ Cfr. la proposta di riforma dell'istituto del lavoro agile del Gruppo Frecciarossa, su cui v. ALESSI, *Lavoro agile e conciliazione: alcune osservazioni a margine della proposta di riforma dell'istituto del lavoro agile del Gruppo Frecciarossa*; DEL CONTE, *La proposta di riforma del lavoro agile del gruppo Frecciarossa: novità e tendenze del sistema*, entrambi in *DLE*, 2021.

³² Cfr. CASANO, *Lavoro agile e conciliazione: una prima verifica alla luce delle soluzioni contrattuali nelle aziende di credito e assicurative*, in *LG*, 2021, p. 700 ss.

al tema dell'equilibrio vita lavoro che richiede l'utilizzo di più di uno strumento³³ e intervenire su quegli aspetti dell'organizzazione del lavoro e dell'orario di lavoro che hanno una diretta incidenza sulla distribuzione delle responsabilità familiari e, di conseguenza, sulla concreta possibilità delle donne di partecipare al mercato del lavoro.

Negli ultimi anni, il lavoro a distanza – o *working from home* o *home-based work*³⁴ – pandemico o emergenziale ha rappresentato un banco di prova³⁵ fondamentale per comprendere e imparare ciò che lo *smart-working* non può e non deve essere, quantomeno non laddove sia presentato come uno strumento di *work-life balance*.

Di fatto, al fine di perseguire l'obiettivo della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori e la continuità dell'attività lavorativa, lo *smart-working* emergenziale è stato imposto unilateralmente, senza spazi per una modulazione delle modalità di svolgimento, risolvendosi per lo più nel trasferimento a casa del lavoro normalmente svolto in ufficio, in molti casi senza gli strumenti necessari e senza alcuna preparazione e/o formazione.

In questo contesto, nella pratica, gli obiettivi di conciliazione sono stati del tutto disattesi; anzi, sono stati sacrificati³⁶, nonostante la trama di regolazione di quel sistema di diritti e preferenze accordate ai genitori nel caso di figli in quarantena, positivi al Covid o in DAD, lasci trasparire l'intento (o, peggio, la pretesa) di perseguire una conciliazione che però, ancora una volta, si è rivelata generica e, in quanto tale, vuota³⁷. Lavorare da casa durante il pe-

³³ Come giustamente è stato osservato, lo svolgimento del lavoro agile non può escludere l'utilizzo dei congedi. Così ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Vita e Pensiero, 2021, p. 48.

³⁴ È questa la denominazione assegnata al lavoro agile svolto durante la pandemia da diversi CCNL; cfr. CASANO, *Lavoro agile e conciliazione*, cit., spec. p. 706 ss.

Parla poi di "telelavoro a domicilio" BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GC.com*, 2020, spec. n. 1, p. 72.

³⁵ BROLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, vol. I, *Covid-19 e rapporto di lavoro*, a cura di FILI, Adapt University Press, 2021, p. 169.

³⁶ Secondo l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), le disuguaglianze tra donne e uomini nel mondo del lavoro che sono state esacerbate durante la pandemia di COVID-19 persisteranno nel prossimo futuro (brief dell'OIL *Building Forward fairer: women's rights to work and at work at the core of the COVID-19 recovery*).

³⁷ In una prospettiva che si colloca a metà strada tra la necessaria tutela della salute e la conciliazione, è stato introdotto, con il decreto *Rilancio*, il diritto per i genitori lavoratori di-

riodo pandemico ha dato vita alla peggiore esperienza di *work-life blending* che si potesse immaginare, e che, in maniera prevedibile, ha fortemente penalizzato le donne proprio a causa della impossibilità di conciliare vita e lavoro³⁸.

La inidoneità del lavoro agile a rappresentare uno strumento di conciliazione automatico è, dunque, un dato emerso con chiarezza dalla esperienza pandemica; e non si tratta di una evidenza che riguarda il solo lavoro agile emergenziale. In generale, ragionare di misure automaticamente idonee alla conciliazione significa creare strumenti di segregazione e di perpetuazione di differenze già esistenti. Una conciliazione vuota, senza aggettivi, non fa altro che riprodurre nel lavoro le divisioni stereotipate che riguardano la cura³⁹.

È questo un assetto che non può reggere più, non alla luce della nozione di *work life balance* faticosamente affermatasi a livello sovranazionale che impone: a) di chiarire quale conciliazione il lavoro agile debba avere come obiettivo; e b) di intervenire, di conseguenza, in maniera integrata sull'organizzazione del lavoro.

Quanto al primo profilo, a questo punto dovrebbe essere chiaro che il *work life balance* delineato dalla direttiva n. 1158/2019 richiede l'adozione di misure capaci di favorire la necessaria condivisione dei compiti di assistenza e, quindi, impone di superare quella visione parziale di conciliazione in base alla quale, nei fatti, tutti gli strumenti di flessibilità, ancorché non espressamente, sono di fatto destinati solo alle donne o solo dalle donne utilizzati.

Il secondo, complementare al primo, riguarda l'organizzazione del lavoro

pendenti del settore privato con almeno un figlio di età minore di anni 14, a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, anche in assenza di accordi individuali, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa (art. 90, co. 1 d.l. 19 maggio 2020, n. 34 convertito, con modificazioni, nella l. 17 luglio 2020, n. 77 ma anche d.l. 8 settembre 2020, n. 111).

³⁸ Secondo i dati Istat, su 101mila nuovi disoccupati, 99mila sono donne e una delle cause è rappresentata proprio dalla difficoltà di conciliare. ROMAGNOLI, *Il tuffo nello smart working senza saper nuotare*, in *Eguaglianza & Libertà*, 2021 <http://www.eguaglianzaeliberta.it>.

³⁹ Sulle barriere “interne” ed “esterne” che alimentano gli stereotipi di genere da cui dipendono le differenze di scelta professionale e il diverso grado di investimento nel lavoro e nella famiglia di uomini e donne cfr. FITZGERALD, FASSINGER, BETZ, *Theoretical advances in the study of women's career development*, in WALSH, OSIPOW, *Handbook of vocational psychology. Theory research and practice*, Mahwah, N.J., Erlbaum, 1995; BONICA, CARDANO (a cura di), *Punti di svolta. Analisi del mutamento biografico*, il Mulino, 2008, pp. 100-102.

e dell'orario di lavoro che non può semplicemente essere senza vincoli; al contrario deve essere scelto, adattabile e flessibile a partire da una richiesta qualificata del lavoratore o della lavoratrice. Richiesta che, pur non integrando un vero e proprio diritto potestativo, oggi può avere un peso specifico maggiore rispetto al passato in ragione della sindacabilità giudiziale delle eventuali risposte negative fornite dal datore di lavoro⁴⁰.

L'attuazione della direttiva n. 1158/2019 avrebbe potuto rappresentare un'ottima occasione per mettere a punto una regolazione che definisse i contorni di uno strumento realmente conciliativo; ma anche in questo caso il decreto legislativo approvato in via definitiva dal Cdm il 22 giugno scorso sembra avere del tutto ignorato la parte relativa alle modalità di lavoro flessibili.

Dato questo contesto e dato che, come argomentato, il lavoro agile di per sé non garantisce l'equilibrio tra attività professionale e vita privata, il compito – disatteso fin qui dal legislatore – di renderlo uno strumento di *work life balance* che, in quanto tale, sia fondato sull'idea dell'equa condivisione delle responsabilità di cura e concepito come uno degli strumenti, non lo strumento, da utilizzare nell'ambito di un approccio integrato, potrebbe essere portato avanti dall'autonomia collettiva, qualora quest'ultima, che pure non ha in passato “prestato sufficiente attenzione al tema”⁴¹, si dimostrasse d'ora in avanti più lungimirante rispetto al legislatore⁴².

Tuttavia, nonostante i segnali provenienti dal legislatore interno non siano incoraggianti, e quelli che arrivano dalla contrattazione collettiva non siano univoci, il tema ha già dimostrato di essere tanto cruciale quanto ineludibile⁴³. E non si tratta più soltanto della regolazione di un singolo isti-

⁴⁰ Cfr. IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, in *LD*, 2020, p. 333.

⁴¹ Così ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE*, cit., p. 50. L'Autrice indica anche le possibili strade che la contrattazione collettiva potrebbe seguire valorizzando le esigenze del lavoratore o della lavoratrice (spec. p. 44).

⁴² FERRARA, *Lavoro femminile e diversity management tra mediazione sindacale e nuove opportunità del lavoro agile*, in *Il lavoro femminile in Friuli Venezia Giulia, Rapporto 2019*, a cura della Consigliera regionale di parità, Franco Angeli, 2019.

⁴³ Numerose sono già le pronunce in cui i giudici di merito si sono espressi sul carattere discriminatorio nei confronti di genitori di un'organizzazioni del lavoro e dell'orario di lavoro che non tenga conto dei carichi di cura. Cfr. Trib. Firenze 22 ottobre 2019, con nota di IZZI in *RIDL*, 2020, p. 665 ss.; decr. Trib. Bologna, 31 dicembre 2021 con nota di SCARPONI in <https://www.italianequalitynetwork.it/>.

tuto⁴⁴, ma della assai più ampia questione della organizzazione del lavoro che deve sempre più essere orientata alla tutela delle esigenze personali dei lavoratori e delle lavoratrici.

La maggiore e migliore partecipazione delle donne nel mercato del lavoro non può più essere affidata – non soltanto almeno – ad un cambiamento culturale, come da più parti ancora suggerito⁴⁵; la parità nel lavoro richiede una più equa condivisione del lavoro di cura che non può più essere auspicata ma deve essere favorita – se non imposta – a livello normativo; quantomeno finché la suddivisione dei ruoli all'interno della famiglia non avrà più alcun impatto sul lavoro e potrà tornare ad essere un affare di famiglia.

⁴⁴ Sul linguaggio più aperto usato dalla direttiva e sul cambiamento culturale verso cui spinge cfr. IZZI, *Il work-life balance al maschile*, cit.

⁴⁵ Cfr. il PNRR e, in particolare, la Missione 1 su Digitalizzazione, innovatività, competitività, cultura e turismo dove, con riguardo alle misure dedicate alla Pubblica Amministrazione e allo smart-working si auspica che quest'ultimo sia utilizzato anche dagli uomini, poiché i benefici in termini di conciliazione vita-lavoro "saranno, tanto più efficaci per ridurre le disuguaglianze di genere, quanto più accompagnati da modelli culturali che spingono gli uomini a fruire di queste forme di flessibilità per assumersi un maggiore ruolo nei compiti domestici".

Abstract

L'A. analizza la normativa sul lavoro agile alla luce della nozione di equilibrio tra attività professionale e vita privata disegnata dalla direttiva 1158/2019/UE. L'analisi svolta mette anche in evidenza le criticità della regolazione contenuta nel d.lgs. n. 81/2017, il cui dichiarato obiettivo di conciliare i tempi di vita e di lavoro si scontra con regole teoriche incapaci di garantire una organizzazione del lavoro in grado di favorire un'equa ripartizione delle responsabilità di cura e assistenza, assicurando così il perseguimento dell'obiettivo della parità, come dimostrato dall'uso del lavoro agile emergenziale durante la crisi pandemica.

The Author analyzes the legislation on smart working in the light of the notion of balance between professional activity and private life designed by Directive 1158/2019/EU. The analysis also highlights the critical issues of the regulation contained in legislative decree no. 81/2017, whose declared objective of reconciliation collides with theoretical rules unable to guarantee a work organization promoting an equal sharing of care responsibilities, thus ensuring the pursuit of goal of gender equality, as demonstrated by the use of smart working during the pandemic emergency.

Keywords

Lavoro agile, flessibilità, equilibrio vita-lavoro, responsabilità di cura, parità di genere.

Smart-working, flexibility, work-life balance, care responsibilities, gender equality.

Fortunato Gambardella

Lavoro agile e amministrazione digitale: il ruolo del responsabile per la transizione al digitale

Sommario: **1.** *Smart-working* e amministrazione digitale. **2.** Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: profili ricostruttivi dalla legislazione recente. **3.** Il processo di trasformazione digitale della pubblica amministrazione tra *governance* centrale e periferica. **4.** Per una valorizzazione del ruolo del Responsabile della transizione digitale nella costruzione del modello di lavoro agile per la pubblica amministrazione.

I. *Smart-working e amministrazione digitale*

Il tema dell'incentivazione del lavoro agile, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, ha radici risalenti, che prescindono dal contemporaneo contesto di emergenza sanitaria nel quale la prestazione lavorativa da remoto ha rappresentato una delle tante leve utilizzate dal decisore pubblico per perseguire ineludibili obiettivi di contenimento epidemico.

Lo *smart-working*, com'è noto, rappresenta infatti qualcosa di profondamente diverso dall'*home-working* emergenziale¹. Contempla un modo di intendere la prestazione di lavoro che attinge ad un modello sociale e culturale che guarda ai risultati dell'attività lavorativa e valuta la prestazione sulla base delle reali *performance* raggiunte. In questi termini, il fenomeno intercetta una traccia che la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione coltiva con crescente consapevolezza da più di un decennio, quantomeno dal 2009, con il decreto legislativo delegato n. 150.

¹ SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione*, in *LPA*, 2020, 3. Vedi anche DELLA RATTA, RINALDI, GALLO, SABBATINI, *Il lavoro da remoto. Potenzialità e fatica durante la pandemia da Covid-19*, in *RIS*, 2021, p. 487. Per una riflessione di prospettiva: ROMAGNOLI, *Verso la normalizzazione del lavoro a distanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2021, p. 413.

Una traccia che, a sua volta, presenta snodi critici che si articolano su piani multipli, che guardano ai temi della flessibilità dei modelli organizzativi, dell'autonomia nell'organizzazione del lavoro, della responsabilizzazione sui risultati, del benessere del lavoratore in termini di conciliazione con la personale vita privata², dell'utilità per l'amministrazione nell'esercizio della funzione e nella prestazione dei servizi³, senza trascurare la necessità di costruire una cultura organizzativa fondata sulla collaborazione e sulla riprogettazione di competenze e comportamenti.

Un quadro critico articolato, al quale fa da sfondo il tema dell'idoneità degli strumenti, in dotazione della pubblica amministrazione, per rendere adeguata e proficua la prestazione lavorativa in forma agile, a partire dalla necessità di promuovere il migliore impiego delle tecnologie digitali⁴.

2. *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: profili ricostruttivi dalla legislazione recente*

Per quanto concerne il quadro normativo di riferimento in tema di lavoro agile nella pubblica amministrazione, le fonti cronologicamente più prossime sono rintracciabili: nella riforma Madia (l. 124/2015), cui si correla la direttiva del PCdM n. 3 del 2017; e nella legge n. 81 del 2017 sull'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

Più di recente, c'è ovviamente tutta la disciplina emergenziale, articolata su più fonti e intesa per definizione a dettare regole di tipo provvisorio, che svelano un andamento a fisarmonica conseguente alle alterne fasi di restrizione ed estensione del rischio epidemico. In questo quadro, ad esempio, il DPCM 23 settembre 2021 ha stabilito che, a decorrere dal 15 ottobre 2021, nelle amministrazioni pubbliche, la modalità ordinaria di svolgimento della

² Sul radicamento costituzionale dell'esigenza di conciliare la vita privata con il lavoro, TIMPELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, 2018, p. 230.

³ Sull'idoneità, in questi termini, del modello di *smart-working* nostrano critico CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, *Rivista AIC*, 2021, p. 425: "lo *smart working* si è rivelato una misura di auto-organizzazione tesa a proteggere i lavoratori prima ancora che a garantire il servizio". Specifici rischi per l'utenza sono evidenziati da RUSSO, *Lavoro agile nella P.A. tra fase emergenziale e cambiamento strutturale*, in *www.giustiziacivile.com*, 19 ottobre 2020.

⁴ Per un quadro esaustivo delle "considerevoli ripercussioni" che la corretta implementazione dell'uso delle tecnologie digitali può avere sul rapporto di lavoro, CAPUTI JAMBRENGHI, *Spunti di riflessione su digitalizzazione della P.A. e rapporto di lavoro*, in *LG*, 2021, p. 802.

prestazione lavorativa dovesse tornare ad essere quella in presenza, seppure in modalità graduale e comunque nel rispetto delle misure sanitarie di contenimento del rischio di contagio da SARS-CoV-2 impartite dalle competenti autorità. Eppure, al cospetto della nuova emergenza epidemica presentatasi nell'ultimo scorcio dell'anno 2021, una circolare congiunta a firma dei Ministri del Lavoro e della Pubblica amministrazione ha dovuto tornare a ribadire “la necessità di utilizzare ogni strumento utile a diminuire le possibilità del diffondersi del virus, ivi incluso il ricorso al lavoro agile”, lasciando in ogni caso un'ampia flessibilità agli apparati pubblici nella programmazione dello *smart-working* con rotazione del personale e assicurando la necessaria prevalenza del lavoro in presenza.

Al netto delle contingenti oscillazioni, la traccia che segue l'ordinamento ha una direzione precisa: restituire lo *smart-working* nel comparto pubblico alla sua previgente connotazione non emergenziale⁵, nell'ambito di una generale ristrutturazione del modello. Un *restyling* che punta sostanzialmente su due leve: la contrattazione collettiva nazionale⁶ e l'autonomia delle singole amministrazioni.

Sotto entrambi i profili, in ogni caso, c'è da attendere. Da un alto, si tratta di attendere l'esito della negoziazione collettiva; dall'altro, c'è da aspettare che le amministrazioni esercitino la loro autonomia nella sede specificamente individuata, ovvero il cd. PIAO (Piano integrato di attività e organizzazione), di cui diremo a breve.

Nelle more, la disciplina di cornice dello *smart-working* pubblicistico è affidata alle Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche, adottate ai sensi dell'articolo 1, co. 6, del riferito decreto 8 ottobre 2021 del Ministro per la pubblica amministrazione, il cui iter di approvazione è in fase conclusiva, a valle del proficuo confronto con le organizzazioni sindacali e del parere favorevole della Conferenza Unificata Stato-Regioni-Autonomie locali.

⁵ ZOPPOLI L., *Tra linee guide, protocolli e circolari il lavoro agile resta un incrocio*, in *RGL giurisprudenza online*, 2022, 1: “prima di tornare alle originarie ambiguità, il lavoro agile ha vissuto una vera e propria stagione brada: cioè all'insegna delle prassi più varie seppure ammantate di una messe corposa di regole primarie, secondarie e... ‘bonarie’, non sempre portatrici di nuovi apprezzabili equilibri”.

⁶ Sul ruolo fondamentale che può assumere, in questa materia, la contrattazione collettiva, si rinvia a ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2021, p. 312.

Le Linee guida, in particolare, si propongono di fornire indicazioni per la definizione di una disciplina che: garantisca condizioni di lavoro trasparenti; favorisca la produttività e l'orientamento ai risultati; concili le esigenze delle lavoratrici e dei lavoratori con le esigenze organizzative delle pubbliche amministrazioni. Il tutto nel tentativo di tenere insieme i due grandi obiettivi di missione: da un lato, il miglioramento dei servizi pubblici; dall'altro, garantire il punto ottimale di equilibrio fra vita professionale e vita privata nella sfera soggettiva del lavoratore.

In questa prospettiva, le linee guida toccano tasti sensibili connessi alla modalità di svolgimento della prestazione agile, che vanno dal diritto alla disconnessione al diritto alla formazione specifica, passando per le istanze di protezione dei dati personali, il regime dei permessi e delle assenze, fino alla compatibilità con ogni altro istituto del rapporto di lavoro.

In questo quadro, a regime, un ruolo centrale sarà dunque assolto dal PIAO (Piano integrato di attività e organizzazione). Il PIAO deve essere adottato entro il 31 gennaio di ciascun anno e pubblicato sul sito dell'ente per poi essere inviato al Dipartimento della funzione pubblica.

Si tratta di un documento di programmazione unico che accorperà, tra gli altri, i piani della *performance*, del lavoro agile, della parità di genere, dell'anticorruzione.

Il PIAO a sua volta sostituisce, dunque, inglobandone i contenuti, un altro documento di recente introduzione. Il riferimento è al cd. POLA (Piano organizzativo del lavoro agile, a sua volta allegato al Piano della *Performance*), introdotto dalla legge di conversione del c.d. "decreto rilancio", n. 77 del 2020⁷. Quella legge ha previsto che, entro il 31 gennaio di ogni anno, il Piano dovesse essere redatto dalle Amministrazioni Pubbliche al fine di individuare tanto le attività che possono essere svolte non necessariamente in presenza quanto le modalità attuative del lavoro agile⁸.

Peraltro, nel Decreto Rilancio si prevede che: almeno il 15% dei dipendenti possa avvalersi della modalità *smart* (tetto che nella disciplina previgente era fissato addirittura al 60%); i dipendenti che ne usufruiscono non debbano subire penalizzazioni nella professionalità e progressione di carriera; le PA

⁷ ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del P.O.L.A.*, in *LPA*, 2021, p. 3.

⁸ Critico sul ricorso allo strumento, CIMINO, *Procedimento e organizzazione della pubblica amministrazione (Speciale Covid-19, analisi della normativa)*, in *GDA*, 2020, p. 613.

debbano definire le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti.

Posto dunque che il disegno di riforma non è nel senso del superamento della dimensione prescrittiva del POLA ma del superamento della sua considerazione come documento autonomo, bisogna chiedersi quali soggetti partecipino all'individuazione dei contenuti del POLA, per come ora destinati a confluire nel nuovo Piano integrato di attività e organizzazione.

Da questo punto di vista, soccorrono le Linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) già per tempo pubblicate sul sito del Dipartimento della funzione pubblica. Si legge infatti nel documento che un ruolo fondamentale nella definizione dei contenuti del POLA debba essere svolto dai dirigenti quali promotori dell'innovazione dei sistemi organizzativi.

A livello di unità organizzativa di coordinamento poi un ruolo centrale rivestono le Direzioni competenti per la gestione del personale che possono fungere da cabina di regia del processo di cambiamento.

Da ultimo si chiarisce che le amministrazioni si possano avvalere anche della collaborazione dei Comitati unici di garanzia (CUG), degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV) e dei Responsabili della Transizione al Digitale (RTD).

3. *Il processo di trasformazione digitale della pubblica amministrazione tra governance centrale e periferica*

Il riferimento al Responsabile della Transizione al Digitale ci introduce al secondo tema di questa breve riflessione: il processo di trasformazione digitale della pubblica amministrazione⁹. Siamo, come è noto, di fronte ad un percorso avviato ormai da tempo e dall'*iter* tortuoso.

⁹ Sulle "cause dell'attuale limitata risposta del settore pubblico rispetto alle promesse di trasformazione digitale ... a fronte di pur ingenti investimenti in infrastrutture tecnologiche", PARRELLA, *Formare la pubblica amministrazione il Rapporto SNA 2017-2020*, in *GDA*, 2021, p. 457. Vedi anche DI MARTINO, *Telelavoro. La nuova onda*, in *EL*, 2020, p. 172, il quale rileva che il processo di trasformazione che abbandoni tipi di organizzazione del lavoro più tradizionali trova resistenze nel settore pubblico "specie in quei Paesi dove la pubblica amministrazione è riluttante ad abbandonare, se non in principio, certo di fatto, un tipo di organizzazione del lavoro ancora troppo verticale, centralizzata e rigida".

Al netto delle esperienze avviate nell'ultimo scorcio del secolo scorso in punto di informatizzazione amministrativa e teleamministrazione¹⁰, nella legislazione più prossima, il riferimento normativo principale riporta ovviamente all'approvazione del Codice dell'amministrazione digitale del 2005 (d.lgs. n. 82/2005), il cui testo è stato più volte modificato. Gli emendamenti di maggiore incisività sono intervenuti con il d.lgs. n. 179/2016 in attuazione di una specifica delega contenuta nella legge Madia (l. n. 124/2015) con l'obiettivo di dar corpo ad una Carta della cittadinanza digitale che permetta l'accesso diretto di cittadini e imprese ai dati e servizi delle pubbliche amministrazioni.

La materia è in ogni caso a regolamentazione diffusa, tanta parte della relativa disciplina transita infatti negli atti di pianificazione e programmazione che l'amministrazione si è data e periodicamente aggiorna nella prospettiva della più completa attuazione della attesa rivoluzione digitale.

Di recente il processo ha peraltro conosciuto nuovo impulso con la nomina, come è noto, nella compagine del sessantasettesimo Governo della Repubblica, di un Ministro senza portafoglio per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale.

Il tema della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni assume peraltro una valenza centrale, com'è noto, nell'ambito del Piano nazionale di ripresa e resilienza adottato in attuazione del programma europeo *Next Generation EU*¹¹. La digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA è infatti una delle tre componenti della Missione n. 1 del Piano denominata Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura¹².

Tra i primi atti del citato Governo, si segnala inoltre l'emanazione del decreto-legge 1 marzo 2021 n. 22 che, oltre a riordinare le attribuzioni di alcuni ministeri, è intervenuto anche sulle funzioni del Governo in materia di innovazione tecnologica e transizione digitale, prevedendo che il Presidente del Consiglio promuova, indirizzi e coordini l'azione del Governo in diverse materie, tra cui: la strategia italiana per la banda ultra larga; la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e delle imprese; le infrastrutture digitali materiali e immateriali.

¹⁰ Sul tema, DUNI, *Teleamministrazione*, in *EGT*, vol. XXX, *ad vocem*, 1993; MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Jovene, 1993.

¹¹ SGUEO, *La transizione digitale*, in *GDA*, 2021, p. 746.

¹² CAPUTI JAMBRENGHI, *Spunti di riflessione*, cit., p. 801.

Si tratta di un'iniziativa di riforma che ha trovato ulteriore sostanza nella istituzione del Comitato interministeriale per la transizione digitale, presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri o, in sua vece, dal Ministro delegato per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale.

Completa, in ogni caso, il quadro della governance centrale della transizione digitale amministrativa l'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), ovvero l'organismo tecnico del Governo che ha il compito di garantire, sulla base degli indirizzi del Presidente del Consiglio, la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda Digitale Italiana¹³.

Tra i compiti dell'AgID, c'è poi la redazione del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione, che fissa gli obiettivi e individua i principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni (art. 14-*bis* CAD). Il Piano è approvato dal Presidente del Consiglio o dal ministro delegato per l'informatizzazione.

Nel luglio 2020 è stato peraltro varato il Piano triennale per l'informatica della pubblica amministrazione 2020-2022, che prosegue e integra le linee di azione dei Piani del 2017 e del 2019.

Fin qui per quanto riguarda l'implementazione dall'alto della *digital transformation*. Ma c'è anche una implementazione dal basso, dal particolare delle singole pubbliche amministrazioni.

Il discorso riguarda specificamente l'istituto del Responsabile per la transizione al digitale (RTD). Si tratta di una figura dirigenziale, interna a tutte le pubbliche amministrazioni, prevista dal Codice dell'Amministrazione Digitale, nell'ambito del quale è stata introdotta con i decreti legislativi n. 179 del 26 agosto 2016 e n. 217 del 13 dicembre 2017.

Non si tratta in realtà di una novità assoluta. Già nella sua versione originaria (ovvero nel testo del 2005), l'articolo 17 del CAD parlava di "Strutture per l'organizzazione, l'innovazione e le tecnologie", stabilendo che tutte le pubbliche amministrazioni centrali dovessero individuare un "centro di competenza" cui affidare "l'attuazione delle linee strategiche per la riorganizzazione e la digitalizzazione definite dal Governo".

In attuazione delle linee d'azione previste dal Piano triennale 2019-2021, l'AgID ha promosso la costituzione di una Conferenza dei Responsabili per la Transizione al Digitale, definita dalla stessa Agenzia come uno

¹³ Più in generale l'AGID promuove sia l'innovazione digitale del sistema Paese, sia la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni anche nel rapporto con cittadini e imprese.

“strumento di dialogo, raccordo e supporto verso i RTD delle amministrazioni italiane al fine di promuovere la trasformazione digitale inclusiva delle PA”. Tale Conferenza è organizzata con un assetto variabile: viene cioè convocata per gruppi di amministrazioni o per temi specifici e vi possono partecipare anche rappresentanti del mondo delle imprese, dell’università e della ricerca e della società civile.

4. *Per una valorizzazione del ruolo del Responsabile della Transizione al Digitale nella costruzione del modello di lavoro agile per la pubblica amministrazione*

Chiarito dunque, per quanto a spanne, a che punto si trovi il nostro ordinamento sia in tema di regolamentazione del lavoro agile in ambito pubblicistico che in fatto di attuazione del processo di trasformazione digitale della pubblica amministrazione, è tempo di svolgere qualche breve riflessione di sintesi delle coordinate descritte.

E ripartiamo dallo *smart-working*. Perché, tra i fattori che caratterizzano questo modello organizzativo e ne garantiscono la riuscita, almeno due assumono un ruolo determinante: l’esistenza di una adeguata cultura organizzativa¹⁴; la proficua applicazione delle tecnologie digitali. Sono elementi che procedono in simbiosi, in una logica di “*change management*”, da intendersi come gestione del cambiamento organizzativo che fa perno sul migliore impiego delle opportunità rese disponibili dalle nuove tecnologie¹⁵.

In quest’ottica, è assolutamente intuitivo come le tecnologie digitali siano indispensabili per progettare il nuovo modo di essere della prestazione lavorativa, consentendo l’articolazione di spazi di lavoro digitali, idonei a favorire la comunicazione, la collaborazione e la socializzazione indipendentemente da orari e luoghi di lavoro.

¹⁴ DI CARLUCCIO, *Il Lavoro agile emergenziale nelle P.A.*, in www.giustiziacivile.com, 24 luglio 2020.

¹⁵ PIRAS, *Il tortuoso cammino verso un’amministrazione nativa digitale*, in *DIEI*, 2020, p. 43, sottolinea che “parlare di *change management* – nelle amministrazioni pubbliche (...) implica prestare attenzione a come esse hanno governato il cambiamento; a se e come hanno saputo organizzarsi per modificare o riformare le strutture organizzative, i procedimenti e i processi che ne caratterizzano l’azione, superando la staticità organizzativa e adattando il proprio apparato e i procedimenti ai cambiamenti esterni, anche riconducibili all’innovazione tecnologica”.

Nei fatti, dunque il *link* tra i due argomenti proposti (*smart-working* e digitalizzazione della pubblica amministrazione) è molto solido. Il problema è che la connessione è invece effimera negli istituti dell'ordinamento giuridico. Il problema sta principalmente sul fronte della costruzione dell'amministrazione digitale.

Nel sommario *excursus* da cui siamo partiti, abbiamo potuto notare come le politiche pubbliche in materia di transizione digitale si sviluppino lungo due tracce: la traccia dall'alto, verticistica e di coordinamento, che vede protagonisti i soggetti della governance di livello centrale (Presidenza del Consiglio, Ministro, Agenzia); la traccia dal basso, diffusa e frammentaria, che vede impegnati in prima linea i riferiti Responsabili della transizione al digitale.

Se guardiamo ai dati della legislazione, tuttavia, mentre è dato riscontrare particolare cura nella definizione delle prerogative e degli spazi di espressione dei soggetti della *governance*¹⁶ centrale, anche con il rischio di frequenti sovrapposizioni di competenze, la stessa attenzione non sembra riservata ai soggetti che devono far funzionare la transizione al digitale a livello periferico.

Se vogliamo attingere al linguaggio informatico, seppure ad un livello basico, questo *bug* potrebbe non essere trascurabile. La cultura digitale, che è l'elemento trainante del processo di transizione, richiede un livello di sedimentazione che deve necessariamente localizzarsi sul piano atomistico della singola amministrazione.

Ma, per trainare questo processo, le armi messe a disposizione del Responsabile della transizione al digitale sembrano in realtà piuttosto spuntate. Le funzioni del Responsabile sono elencate dal comma 1 dall'articolo 17 del CAD, che attribuisce all'Ufficio una serie di compiti. Solo per citarne alcuni: coordinamento strategico dello sviluppo dei sistemi informativi di telecomunicazione e fonia; cooperazione alla revisione della riorganizzazione dell'amministrazione; indirizzo, coordinamento e monitoraggio della pianificazione prevista per lo sviluppo e la gestione dei sistemi informativi di telecomunicazione e fonia; promozione delle iniziative attinenti all'attuazione delle direttive impartite dal Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie. Si tratta di compiti generici più

¹⁶ Sul tema della *governance* della transizione al digitale della pubblica amministrazione italiana, di particolare interesse le riflessioni critiche di CARLONI, *Algoritmi su Carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *DP*, 2019, p. 371 ss.

che competenze puntuali. Più che al cospetto di un organo responsabile, sembra di trovarsi al cospetto di un consulente cui sia affidata la funzione di sollecitare un processo nel quale le decisioni finali sono prese da altri.

La categoria dei responsabili è nota all'amministrazione pubblica. A partire dall'introduzione nel 1990 del responsabile del procedimento, la figura del responsabile nell'amministrazione ha avuto un successo straordinario: dal responsabile per la Trasparenza al responsabile per la prevenzione della corruzione passando per il responsabile per l'esercizio dei poteri sostitutivi in caso di inerzia, il catalogo è ampio. La fenomenologia peraltro è varia. A seconda delle competenze assegnate, ci sono responsabili che sono evidentemente più responsabili degli altri.

In questo caso, siamo di fronte, come detto, ad un responsabile che esercita funzioni generiche per il cui lavoro però passa l'effettività di un obiettivo ambiziosissimo e irrinunciabile per una pubblica amministrazione che voglia confrontarsi con il contemporaneo.

E proprio la dimensione della regolamentazione dello *smart-working* ci offre un osservatorio importante per saggiare quanto, a fronte di rilevanti ambizioni di sistema, le armi in mano al Responsabile della transizione al digitale si dimostrino solo potenzialmente incisive.

Le ambizioni sono tradizionalmente nei Piani e, se leggiamo il Piano triennale per l'informatica per la P.A. 2020-2022, scopriamo che il documento affida alla rete dei Responsabili della transizione al digitale il compito di "definire un *maturity model* per il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni". Un modello che individui i cambiamenti organizzativi e gli adeguamenti tecnologici necessari anche alla luce del nuovo contesto connesso all'emergenza pandemica.

Per quanto scritto nel Piano, in realtà, non è chiaro se l'elaborazione di questo modello debba essere affidata in via uniforme alla riferita Conferenza dei Responsabili della transizione al digitale ovvero se l'atteso *maturity model* sia conseguenza degli *input* diffusi derivanti dal lavoro periferico dei singoli responsabili nell'ambito di un processo di emersione che sarebbe al limite dell'eterogenesi dei fini.

Sta di fatto che, quale che sia l'idea sottesa al piano, poi lo spazio per esprimere questo *maturity model* manca o, nella migliore delle ipotesi, è del tutto eventuale.

Già la Circolare n. 3/2018 del dipartimento della Funzione Pubblica chiariva che l'elenco delle funzioni del Responsabile della transizione al di-

gitale, riportato nell'art. 17 del CAD, debba ritenersi esemplificativo e non esaustivo. Nella circolare si legge che “al fine di garantire la piena operatività dell'Ufficio, si raccomanda di prevedere, nell'atto di conferimento dell'incarico o di nomina (nel caso di incarico in essere) oltre che i compiti espressamente previsti, anche quelli sotto indicati in ragione della trasversalità della figura”. Anche qui però non è che si tratti di poteri decisori in senso stretto: il potere del Responsabile della transizione al digitale di costituire tavoli di coordinamento con gli altri dirigenti dell'amministrazione e/o referenti nominati da questi ultimi; il potere del Responsabile di proporre l'adozione di circolari e atti di indirizzo sulle materie di propria competenza (ad esempio, in materia di approvvigionamento di beni e servizi ICT); la predisposizione di una relazione annuale sull'attività svolta dall'Ufficio da trasmettere al vertice politico o amministrativo che ha nominato il Responsabile.

Si tratta comunque di competenze raccomandate, che segnano il tentativo di irrobustire l'armamentario ma la cui considerazione e specificazione resta affidata all'azione illuminata delle singole amministrazioni.

Ed è un profilo critico che appare, nel suo nitore, proprio laddove si tratta della definizione in sede amministrativa delle regole del lavoro agile.

Torna d'attualità quanto già sottolineato con riguardo alle Linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) del 2020 e che adesso immaginiamo debbano essere utilizzate per la redazione del già riferito PIAO per la parte relativa al lavoro agile. Torna d'attualità, in particolare, l'istruzione secondo cui, nella redazione del Piano, le amministrazioni si possano avvalere anche della collaborazione, tra gli altri, dei Responsabili della Transizione al Digitale (RTD).

Se è questo lo spazio per l'elaborazione del riferito *maturity model*, lo spazio ancora una volta appare semplicemente raccomandato laddove strutturare, preferibilmente ad un livello propriamente normativo, una doverosa interlocuzione sarebbe stata soluzione sicuramente più adeguata e coerente con le ambizioni di una matura transizione al digitale.

Concludendo, serve una costruzione normativa più sofisticata dell'istituto, che permetta al Responsabile della transizione al digitale di usufruire di canali di espressione stabili e non eventuali, che gli consentano una collaborazione effettiva¹⁷ nella elaborazione amministrativa dei tanti tasselli di un puzzle ambizioso e complicato qual è la digitalizzazione delle pubbliche

¹⁷ Sulle praticabili prospettive di valorizzazione del ruolo del RTD, CONTALDO, *Il Re-*

amministrazioni. Un *puzzle* che sicuramente passa anche per lo *smart-working* se non altro (ma c'è molto altro) quale grande palestra per la formazione¹⁸ sul campo di una categoria di dipendenti che, magari lo sarà in futuro ma, al momento, non è di certo affollata da nativi digitali.

sponsabile per la transizione al digitale anche alla luce degli ultimi piani triennali per l'informatica nella P.A., in *RARI*, 2018, p. 393.

¹⁸ BUTERA, *Le competenze digitali per progettare un nuovo modello di lavoro*, in *SD*, 2021, p. 203, rileva che “la formazione alle competenze digitali deve promuovere e integrare oltre alle conoscenze sulle tecnologie digitali anche capacità di dominio, capacità sociali e culturali: questo richiede una formazione diffusa, continua e innovativa”.

Abstract

Le tecnologie digitali sono ovviamente indispensabili per progettare il modo di essere della prestazione lavorativa in smart-working. Nel settore pubblico, il tema dell'implementazione del lavoro agile si confronta con il processo di costruzione dell'amministrazione digitale. Si tratta di un processo che si sviluppa lungo due tracce: la traccia dall'alto, verticistica e di coordinamento, che vede protagonisti i soggetti della governance di livello centrale (Presidenza del Consiglio, Ministro, Agenzia); la traccia dal basso, diffusa e frammentaria, che vede impegnati in prima linea i Responsabili della transizione al digitale, i cui strumenti operativi appaiono tuttavia limitati. La regolamentazione dello smart-working ci offre un osservatorio per saggiare quanto, a fronte di rilevanti ambizioni di sistema, le armi in mano al Responsabile della transizione al digitale si dimostrino solo potenzialmente incisive.

Digital technologies are of course indispensable to design the ways of facilitating work performance in remote working contexts. In the public sector, the issue of implementing agile work is confronted with the process of building digital administration. It is a process that develops along two tracks: the top-down, vertical and coordination track, which sees the protagonists of central-level governance (Presidency of the Council, Minister, Agency); and the bottom-up, widespread and fragmented track, which sees those responsible for the transition to digital engaged at the forefront, whose operational tools appear to be limited. The regulation of remote working offers us an observatory to test how, in the face of significant system ambitions, the weapons in the hands of those Responsible for the transition to digital are only potentially incisive.

Keywords

Lavoro agile, digitalizzazione della pubblica amministrazione, piano organizzativo del lavoro agile, Agenzia per l'Italia digitale, Responsabile della transizione al digitale.

Agile work, digitisation of public administration, agile work organisational plan, Agency for digital Italy, Responsible for the transition to digital.

Pasquale Monda

Il lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche: scenari e prospettive dopo la pandemia*

Sommario: **1.** Lavoro agile e settore pubblico: lezioni dalla pandemia. **2.** Il lavoro agile nel ciclo delle performance: un'inclusione che parte dalla programmazione. **3.** *Segue.* La disciplina legale sul PIAO: dubbi e recenti sviluppi. **4.** Funzionalità organizzativa vs impostazione restrittiva: un binomio (im)possibile? **5.** La problematica relazione tra accordo individuale e gestione della prestazione agile. **6.** *Segue.* Autonomia individuale, obiettivi e *performance* individuale. **7.** Gli assetti regolativi del lavoro agile nel pubblico: gli scenari aperti dalla contrattazione collettiva.

1. *Lavoro agile e settore pubblico: lezioni dalla pandemia*

Nel settore pubblico, per ricostruire gli sviluppi del lavoro agile, è utile partire da una domanda: cosa resta della fase emergenziale?

Di sicuro non le regole: cessato lo stato di emergenza sanitaria, infatti, il d.l. 24 marzo 2022 n. 24, conv. con l. 19 maggio 2022 n. 52 ha prorogato al 31 agosto 2022 il “regime semplificato” del lavoro agile operante nel solo privato¹. La previsione non lascia spazio a dubbi, perché, se in quest'ultimo ambito il lavoro agile ha continuato a operare in forma unilaterale, nel pubblico si è ribadita la scelta dell'art. 11-*bis* d.l. 52/2021 e si è tornati alla disciplina ordinaria fondata sull'accordo. Più che nelle norme, dunque, il principale portato dell'esperienza pandemica va rinvenuto in una consape-

* Il contributo si colloca nell'ambito del PRIN 2017EC9CPX “Dis/Connection: Labor and Rights in the Internet Revolution” a cui partecipano unità di ricerca delle Università di Bologna, Napoli Federico II, Udine, Venezia Ca' Foscari.

¹ A precisarlo è l'art. 10, co. 2-*bis*, che menziona i soli commi 3 e 4 dell'art. 90 d.l. n. 34/2020.

volezza di fondo: il lavoro agile, per essere un valido tassello della c.d. *amministrazione digitale*², va integrato in dinamiche micro-organizzative adattate alle sue caratteristiche. L'affermazione, in apparenza scontata, cela la grande sfida emersa nell'ultimo biennio: adeguare cultura e tecniche gestionali, per utilizzare al meglio le potenzialità di uno strumento nuovo rispetto al consueto modo di intendere e gestire il lavoro³.

Per rendersene conto, è utile considerare che, introdotto nel 2017 sulla scia di talune esperienze collettive, il lavoro agile ha ricevuto un'accoglienza fredda ed è stato ritenuto uno "strumento di nicchia"⁴: principalmente nelle amministrazioni, al netto di qualche rara sperimentazione, è rimasto confinato in un irraggiungibile "iperuranio". Con la pandemia, è noto⁵, cambia tutto. Il digitale ha "potentemente investito la prestazione lavorativa dei dipendenti pubblici" e il lavoro agile ha lasciato il "mondo delle idee" per divenire realtà. Le ragioni sanitarie – si è scritto – hanno proiettato le amministrazioni "nell'infosfera"⁶ e, senza nessun preavviso, hanno imposto di confrontarsi con gli

² Sulle implicazioni di tale espressione v. DUNI, *Amministrazione Digitale*, in *ED*, Annali, I, 2007, pp. 13-15 e LOSANO, *La lunga marcia dell'informatica nelle istituzioni italiane*, in CAVALLI PERIN, GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, 2020, pp. XXIII-XXXIV.

³ Analogamente SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, p. 21.

⁴ CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, p. 215.

⁵ Tra i numerosi autori che si sono confrontati con il tema, v. ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020, p. 131 ss.; BROLO, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Vol. I, Sez. II, Adapt University Press, 2020, p. 1 ss.; CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT - 427/2020*; FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT - 426/2020*; MONDA, *Il lavoro agile "emergenziale" tra identità giuridica e problemi applicativi*, in *Quaderni di questa rivista*, 2021, p. 285 ss.; ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'"ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *LPA*, 2021, p. 3 ss. V. anche RUSSO, *Emergenza lavoro agile nella P.A.*; BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di Emergenza*; CAIROLI, *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al COVID-19: prime osservazioni*; SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *giustiziacivile.com, Emergenza Covid-19, Speciale Uniti per l'Italia*, 2020, rispettivamente a p. 55 ss., p. 67 ss., p. 87 ss., p. 169 ss.

⁶ ZOPPOLI L., *Lavoro agile, persone e amministrazioni: le sfide post-pandemia*, in corso di pubblicazione.

adeguamenti organizzativi richiesti da tale passo: un adeguamento al quale le amministrazioni non erano pronte, ma che il repentino quanto radicale mutare della realtà lavorativa ha reso imprescindibile⁷.

Adesso che il buio dell'emergenza sanitaria inizia lentamente a diradarsi, la sfida cui è chiamato il settore pubblico sta nel proseguire lungo la strada del connubio tra innovazione digitale e organizzativa. Un connubio complicato, ma da realizzare con estrema determinazione: la posta in gioco è alta e, ancora una volta, incrocia la costruzione di enti pubblici capaci, attraverso la tecnologia, di ampliare la propria azione verso nuovi servizi e nuove forme di esercizio dei propri compiti.

2. *Il lavoro agile nel ciclo delle performance: un'inclusione che parte dalla programmazione*

La “questione organizzativa” del lavoro agile – si diceva – è emersa nel pieno della fase emergenziale. Non stupisce, pertanto, come già in questo frangente si sia tentato di proiettare la scoperta di una sua “sinergia possibile”, quella con il buon andamento, nel post-pandemia. A tanto era finalizzato il comma 4-*bis* dell'art. 263 d.l. n. 34/2020, che introduceva il Piano organizzativo del lavoro agile (di seguito POLA) e, novellando l'art. 14 della l. n. 124/2015, ne faceva un tassello della disciplina “ordinaria” sulla “conciliazione tra tempi di vita e di lavoro”. Potrebbe obiettarsi che il POLA nasceva da una “norma emergenziale”, ma non era un caso: il comma 4-*bis* intendeva predisporre i mezzi per affrontare l'uscita dal “Covid-diritto”, che, al tempo della sua entrata in vigore, risultava imminente⁸.

Senza dilungarsi oltre in tali aspetti, occorre concentrare l'attenzione su ciò che il POLA ambiva a essere: uno strumento “magari non rivoluzionario”, ma di grande interesse nell'intrecciare la gestione del lavoro agile con l'efficacia e l'efficienza dei servizi. Più precisamente, se dalle riforme degli anni '90 la tecnologia diventa un tassello delle dinamiche giuridico-organizzative mediante cui assicurare il buon andamento, ai già numerosi esempi

⁷ Sulle soluzioni per improntare la disciplina emergenziale del lavoro agile a un più virtuoso equilibrio tra le ragioni sanitarie e le ragioni organizzativo-istituzionali dell'amministrazione, sia consentito rinviare, per ogni approfondimento, a MONDA, *op. cit.*, pp. 292-293.

⁸ V. ancora MONDA, *op. cit.*, p. 292.

di tale approccio⁹ si aggiungeva il POLA, che includeva il lavoro agile nei circuiti c.d. *goal oriented* dell'amministrazione. Un'aspirazione ambiziosa e per la cui realizzazione l'ordinamento operava in una duplice, benché parallela, direzione: con il POLA si adattava il modello organizzativo dell'amministrazione al lavoro agile; con il Piano delle *performance*, di cui il POLA costituiva una "sezione", si progettavano gli obiettivi per integrare lo stesso lavoro agile nel ciclo della *performance*.

I problemi di implementazione ci sono stati¹⁰: alle numerose proroghe del regime emergenziale, che tante incertezze hanno generato, si sono aggiunte le elevate quote di utilizzo del lavoro agile imposte dal comma 4-*bis* dell'art. 14 l. n. 124/2015 e, solo in seguito, sensibilmente ridotte dal d.l. n. 56/2021¹¹. Tuttavia, malgrado simili ostacoli, le esperienze positive non sono mancate e testimoniano l'impegno di molte amministrazioni nel procedere in modo realmente costruttivo¹².

Nonostante le premesse, anche il POLA, a poco più di un anno dalla sua adozione, ha dovuto "fare i conti" con il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (di seguito PIAO), introdotto dal d.l. n. 81/2021 al fine di collegare tutti i circuiti gestionali delle amministrazioni e, al contempo, semplificarne lo svolgimento. Per comprendere i termini della questione, è sufficiente precisare che nel PIAO "confluiscono" – si approfondirà dopo in che termini – tutti i documenti programmatici delle amministrazioni: a confermarlo, senza lasciare dubbi, è il comma 5 dell'art. 6, il quale, nel rimettere a uno specifico DPR l'abrogazione degli "adempimenti" correlati ai suddetti

⁹ Si pensi all'art. 12 il d.lgs. n. 82/2005 su cui v. ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, pp. 315-318.

¹⁰ Sul punto cfr. NICOSIA, *Il piano organizzativo del lavoro agile: tutele e cautele nelle PA*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, Futura, 2021, p. 141 ss.; ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *LPA*, 2021, p. 3 ss.; ZUCARO, *La riorganizzazione del lavoro pubblico. Alla ricerca di una prestazione smart digitale ed efficiente*, in *LDE*, 2021, n. 4. E, limitatamente alle Università, cfr. TOPO, PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull'università*, in *LPA*, 2021, p. 295 ss.

¹¹ Dopo il d.l. n. 56/2021 le percentuali di lavoratori da adibire in modalità agile, riportate nel comma 4-*bis* dell'art. 263 d.l. n. 34/2020, passano da almeno il 60%, qualora il POLA sia adottato, e almeno il 30%, per la diversa ipotesi in cui il POLA dovesse mancare, al 15% per entrambe le circostanze.

¹² Ancora rispetto alle sole Università, cfr. gli interventi al convegno su "L'evoluzione del lavoro agile nelle Università tra POLA e indicatori" organizzato presso la sede del CODAU il 29 aprile 2021 e disponibili in <https://www.codau.it>.

documenti, discorre di “piani assorbiti” nel “nuovo” atto unico di programmazione. E che anche il POLA sia coinvolto in tale “semplificazione” è confermato dall’essere il lavoro agile incluso in uno degli assi strategici del PIAO: ossia la gestione del personale.

3. Segue. *La disciplina legale sul PIAO: dubbi e recenti sviluppi*

Le aspettative riposte nel PIAO, dunque, sono molto alte: tale documento è destinato a governare tutti i processi socio-organizzativi dell’ente pubblico. Un obiettivo ambizioso, ma la cui fase di primo avvio è risultata assai complessa: il termine per predisporlo è stato prorogato al 30 giugno 2022 e sia il DPR sulle abrogazioni sia il DM sul Piano-Tipo sono stati varati ben oltre l’originaria indicazione normativa¹³. Si tratta di ritardi significativi e per effetto dei quali le incertezze dell’art. 6 d.l. n. 81/2021 stanno solo ora iniziando a diradarsi: incertezze di portata generale, ma, per le ricadute sul lavoro agile, da tenere in debita considerazione.

Proviamo a spiegare meglio.

Come rilevato anche dal Consiglio di Stato¹⁴, il comma 5 del citato art. 6 dispone “l’abrogazione degli adempimenti connessi ai piani assorbiti” nel PIAO, astenendosi da ogni altra precisazione. Non è chiaro, pertanto, se la norma, discorrendo di “abrogazione degli adempimenti”, intenda “snellire” i previgenti atti programmatici, incluso il POLA, e farne una sezione (di qui l’espressione “assorbiti”) del “nuovo” atto programmatico. Una lettura possibile, ma non univoca; la disposizione, infatti, non impedisce di riferire l’abrogazione a *tutti* gli “adempimenti” per adottare i medesimi atti programmatici e, in ultima istanza, a questi stessi atti, imponendo di rinvenire nella formula “assorbiti” un riferimento all’inclusione delle loro funzioni nel Piano dell’art. 6 d.l. n. 81/2021: l’esperienza dei POLA verrebbe, così, completamente accantonata.

A fronte di quanto appena detto, il comma 2 della disposizione in esame, attribuendo al PIAO il compito di integrare *tutti* i micro-circuiti gestionali dell’amministrazione e di proiettarli verso il c.d. “valore pubblico”, lo rende

¹³ Il DPR e il DM citati nel testo sono stati adottati il 24 giugno 2022 e non entro il termine del 31 marzo 2022 indicato dai commi 5 e 6 dell’art. 6 d.l. n. 80/2021.

¹⁴ Il riferimento è al parere n. 00506 del 2 marzo 2022.

difficilmente compatibile con l'essere mera "somma" di documenti già in vigore: questi andrebbero messi da parte, per lasciare spazio a un approccio nuovo, più che nei fini, nel percorso giuridico-organizzativo.

Ragionando in tali termini – è evidente – l'abrogazione della quale si è parlato andrebbe ricostruita nella seconda accezione proposta. Tuttavia, diversamente dal ciclo della *performance* e dalla prevenzione della corruzione, per cui si rimanda ai "criteri direttivi" già varati dall'ordinamento, l'art. 6 nulla dice rispetto alle altre "sezioni" del PIAO, sollevando un problema di primo piano: rimangono indefinite le tecniche per tradurne le novità in contenuti organizzativi reali e inclini ad assicurare la qualità del risultato. Una strada possibile potrebbe essere quella del Piano-tipo, che, dovendo definire le *modalità di adozione* del PIAO, sembrerebbe poter colmare le lacune legislative. La norma, però, al Piano-tipo riconosce un ruolo di mero "supporto", facendone – per riprendere ancora il Consiglio di Stato – un atto "di indirizzo non vincolante" e generando un pericoloso "cortocircuito": se dalle metodologie in parola dipende la capacità del PIAO di assicurare il buon andamento, le stesse dovrebbero vincolare tutte le amministrazioni e non limitarsi a "supportarle".

Il quadro brevemente ricostruito ha riflessi significativi sul lavoro agile, non precisandosi se i "criteri direttivi" dell'art. 14 l. n. 124/2015, in fase di progettazione del PIAO, debbano essere rispettati. Non a caso, un certo dibattito sul punto si è prontamente sviluppato all'indomani del d.l. n. 81/2021¹⁵: la cautela nell'accantonare il richiamato art. 14, soprattutto in mancanza di nitide alternative, è stata subito rimarcata. Ben si comprendono, allora, le speranze affidate al binomio DPR sulle abrogazioni – DM sul Piano-tipo: occorre verificare, adesso, se le stesse siano state soddisfatte.

Cominciando dal DPR, il suo art. 1 abroga l'intero art. 14, co. 1, l. n. 124/2015 e, con esso, tanto il sistema delle quote quanto le misure per recordare lavoro agile e buon andamento.

Quanto alle tecniche per colmare i vuoti di siffatta abrogazione, il DM sul Piano-tipo affronta, anzitutto, i problemi di efficacia derivanti dal comma 6 dell'art. 6 e si "dichiara" regolamento: viene raccolto, così, un suggerimento avanzato dal Consiglio di Stato sulla base di un'"interpretazione conforme alla dislocazione ordinata delle fonti" e volto a risolvere le incertezze prima

¹⁵ V. ZOPPOLI L., *Lavoro agile, persone*, cit., SPINELLI, *Il lavoro agile post pandemico nelle pubbliche amministrazioni*, in *LDE*, 2021, n. 4.

ricostruite. Sui contenuti, il decreto recupera molte delle misure già adottate per il POLA: il riferimento è alle condizioni abilitanti, agli obiettivi da destinare al lavoro agile e ai criteri per misurarne l'impatto sull'andamento dei servizi. Dunque, efficacia vincolante e contenuti del Piano-tipo, se letti in connessione, sembrano ridimensionare i rischi più temuti da chi si è confrontato con l'art. 6 d.l. n. 81/2021 e fanno comprendere perché le nebbie dell'incertezza – lo si diceva poc'anzi – stanno solo ora iniziando a diradarsi. Qualche dubbio – si è osservato a caldo – residua: si pensi al silenzio sull'adozione delle misure introdotte dal citato art. 14 per non penalizzare chi presta lavoro agile e per garantirgli adeguati percorsi formativi. Ma sono dubbi “fronteggiabili” con la disciplina ordinaria, è il caso delle discriminazioni collegate al lavoro agile e vietate dall'art. 20, co. 1, l. n. 81/2017, o con misure organizzative di taglio più generale, il riferimento è alla formazione da pianificare per tutto il personale nel PIAO.

4. *Funzionalità organizzativa vs impostazione restrittiva: un binomio (im)possibile?*

Soprattutto con gli sviluppi normativi da ultimo esaminati, affiora una “debole coerenza”, consapevole o meno che sia, nella disciplina del lavoro agile per le amministrazioni: se il PIAO intende valorizzarne la sinergia con il buon andamento, il ritorno alle regole ordinarie riporta al centro della scena l'accordo individuale, la cui rilevanza nel definire gli assetti della prestazione “esterna” e nel renderla funzionale al risultato viene evidenziato da tempo¹⁶.

Prima di dilungarsi sul punto, va rimarcato un significativo attrito con la cruciale anima organizzativa del lavoro agile, che deriva dai drastici limiti al suo utilizzo.

A inaugurare tale impostazione, guardando al post-pandemia pur se con misure transitorie, è il DM sul rientro in presenza¹⁷, che qualifica il lavoro agile come modalità di svolgimento *non ordinaria* della prestazione: un'*eccezione*, cioè, alla regola *generale* del lavoro in presenza. Si tratta di una ricostruzione dall'incerto fondamento normativo; non rinvenibile nella l. n.

¹⁶ ZOPPOLI L., MONDA, *op. cit.*, pp. 331-333.

¹⁷ Il Decreto Ministeriale menzionato nel testo è quello dell'8 ottobre 2021.

81/2017, che rimette alle parti la scelta sull'*an* del lavoro da remoto, e nemmeno nella disciplina emergenziale, ancora in vigore quando il DM in parola è stato adottato, che prospettava una soluzione opposta: a valle di una complessa evoluzione, che qui non è possibile ricostruire, il lavoro a distanza veniva considerato una forma di svolgimento *ordinario* della prestazione. L'approccio restrittivo, a ben vedere, discende dal DPCM del 23 settembre 2021, che reputa *necessario* “per consentire alle pubbliche amministrazioni di dare il massimo supporto alla ripresa delle attività produttive e alle famiglie, tornare al lavoro in presenza come modalità ordinaria della prestazione lavorativa”: l'esigenza è valorizzare prestazioni di qualità ed evitare, in una fase storica segnata dall'attuazione del PNRR, pericolose disfunzioni. Le motivazioni sono di assoluto rilievo, ma non è il solo dato da rimarcare: degna di attenzione, infatti, è anche la prospettiva tutt'altro che temporanea del DPCM. Non stupisce, quindi, che un eco delle menzionate rigidità si rinvenga pure nel DM sul Piano-tipo: l'art. 4, co. 1, lett. b), impone “la *garanzia* di un'adeguata rotazione del personale che può prestare lavoro in modalità agile” e “la *prevalenza*, per ciascun lavoratore, dell'esecuzione della prestazione lavorativa in presenza”.

Nel complesso sembra emergere una dinamica non nuova e, al contrario, molto diffusa nel pubblico. Sulla scia di una sostanziale sfiducia verso i responsabili della gestione, si plasma un modello organizzativo, nel caso di specie improntato sulla “presenza”, e lo si impone a tutte le amministrazioni. Le ragioni sono comprensibili: dovendo attuare le risorse del PNRR, non sono tollerabili amministrazioni poco performanti. Tuttavia, proprio perché efficacia ed efficienza dei servizi costituiscono un'indubbia priorità, è importante non lasciarsi ammalare dall'accostamento lavoro in presenza - servizi di qualità: a imporlo sono i quasi trent'anni di riforma sul lavoro pubblico, che hanno spostato l'asse del buon andamento su un piano più profondo e complesso¹⁸. Più che dalla presenza in sé, il suo effettivo conseguimento dipende da virtuose strategie organizzative, nelle quali integrare il lavoro e per le quali tanto la “presenza” quanto la “distanza” diventano “variabili” da governare. In definitiva, ad assicurare l'utilità della prestazione sono “regole gestionali” che, modellate sulle sue intrinseche caratteristiche, ne fanno una “leva” per conseguire il risultato.

¹⁸ Su questo aspetto si rinvia a MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

Si giunge, così, al “problema dei problemi”, costituito dalla capacità auto-organizzativa delle amministrazioni, che, oggi più che mai, occorre valorizzare e responsabilizzare anche, o sarebbe meglio dire prima di tutto, valutando l’oggettivo buon andamento dei servizi. In mancanza verrebbe meno quello che nel pubblico costituisce un succedaneo di ciò che il “mercato” rappresenta per il privato: un elemento strutturale di regolazione¹⁹. Premessa indispensabile per rendere proficue tutte le risorse organizzative disponibili al datore di lavoro pubblico, che si tratti dei percorsi negoziali offerti dal lavoro agile o delle prerogative unilaterali tipiche della subordinazione: diversamente, l’esecuzione della prestazione, in presenza quanto a distanza, produrrà disfunzioni inclini a pregiudicare la missione istituzionale dell’amministrazione e le aspettative dei numerosi utenti che sul suo corretto svolgimento fanno affidamento.

5. *La problematica relazione tra accordo individuale e gestione della prestazione agile*

Fatta questa precisazione, l’indagine può concentrarsi sul ruolo dell’accordo individuale e affrontare, anzitutto, i dubbi sulla sua stessa praticabilità. Per confrontarsi con la delicata questione, sono utili due rapide osservazioni: la prima sugli spazi dell’accordo nella l. n. 81/2017; la seconda sull’operare della medesima legge nel pubblico.

Procedendo con ordine, la natura subordinata del lavoro agile permette all’accordo di intervenire su ogni profilo organizzativo della prestazione esterna, purché non si intacchi l’*ubi consistam* della subordinazione: ossia la centralità del potere direttivo²⁰. Muovendo da tale assunto, gli artt. 18 e 19 della l. n. 81/2017 rimettono all’accordo tutto quanto *non* riguarda il contenuto della prestazione. Non è precluso, quindi, negoziare profili estranei al potere direttivo, tra cui il luogo della prestazione, il tempo – si pensi al *quantum* dell’orario, ai limiti e ai riposi – e i livelli di rendimento non dovuto. Né all’accordo è precluso introdurre limiti alla regolazione del potere, che, pur impattando sull’or-

¹⁹ ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, 2000, pp. 335-351.

²⁰ Si tratta della posizione storicamente prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza e, da ultimo, ribadita in CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the Study of European Labour Law “Massimo D’Antona”, 2020, p. 22.

ganizzazione, non incidono sul binomio potere direttivo-organizzazione inerente al contenuto della prestazione: per restare all'orario di lavoro, eventuali interventi sulla sua dislocazione vanno in questo senso circoscritti²¹.

Venendo alla seconda osservazione, la l. 81 è applicabile alle amministrazioni nei limiti della *compatibilità* con la disciplina del d.lgs. n. 165/2001. Senza dilungarsi sull'origine storica di simile criterio selettivo e sulle ragioni che oggi ne ridimensionando l'originario significato, è noto che al lavoro pubblico, dopo le riforme degli anni '90, si applicano le regole del lavoro privato salvo le "diverse disposizioni" del d.lgs. n. 165/2001. Non è peregrino, pertanto, ricostruire la *compatibilità* di cui discorre la l. n. 81/2017 sullo sfondo dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, rendendo la stessa legge operante per le amministrazioni – in quanto disciplina "sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" – fatte "salve le diverse disposizioni" del d.lgs. n. 165/01: le regole sul lavoro agile, cioè, sono estendibili fino a che le "diverse disposizioni" del d.lgs. n. 165/2001 – in ciò si sostanzierebbe la *compatibilità* – non lo impediscano.

Fatte queste precisazioni, si può entrare in vivo dei problemi e osservare che un insormontabile ostacolo alla "personalizzazione organizzativa" ambita dagli artt. 18 e 19 l. n. 81/2017, secondo alcuni va rinvenuto nella parità di trattamento: essa priverebbe l'autonomia individuale di ogni spazio. È da tale lettura che nascono i dubbi prima citati. Dubbi, a ben vedere, più apparenti che reali, perché la parità di trattamento – lo si è dimostrato diffusamente – non implica "il divieto di trattamenti *ad personam*, bensì il divieto di differenziazioni arbitrarie"²². D'altronde, leggendo il principio di parità nei termini proposti, si giungerebbe a un esito estremo e che poco si confà alla ricostruzione privatistica del rapporto di lavoro pubblico: una ricostruzione sublimata dalla centralità del contratto, che, come categoria dogmatica, costituisce pur sempre lo strumento attraverso cui ogni individuo, nei limiti ammessi dall'ordinamento, valuta e regola i propri interessi.

Accantonata l'idea di una radicale preclusione della via negoziale, emerge il reale problema dell'accordo individuale: l'esatta individuazione del suo perimetro. La disciplina del lavoro pubblico è ricca di vincoli imperativi, che, a pena di nullità, impediscono all'autonomia individuale non di esistere, bensì di espandersi negli stessi termini del privato.

²¹ Per ogni ulteriore approfondimento v. MONDA, *Il lavoro "agile" ordinario tra accordo individuale e (in)derogabilità della norma*, in *LDE*, 2021, n. 3.

²² ZOPPOLI L., *Le fonti del lavoro pubblico: dinamiche recenti e prospettive*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2017, p. 2710.

Molto potrebbe dirsi al riguardo, ma qui non è possibile approfondire l'argomento: si pensi, a titolo esemplificativo, al piano disciplinare, rispetto al quale il d.lgs. n. 165/2001 preclude all'accordo individuale di esprimersi nei medesimi termini della l. n. 81/2017²³; o alla difficoltà di utilizzare l'accordo per intervenire sul piano regolativo del potere organizzativo, soluzione consentita dall'art. 19 l. n. 81/2017 ma di complicata attuazione nel pubblico. In estrema sintesi, il nodo di fondo sta nella natura *esclusiva* delle "determinazioni per l'organizzazione degli uffici e delle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro", riservate ai soli dirigenti in attuazione del principio di imparzialità e di buon andamento. Certo, la norma potrebbe intendersi riferita agli assetti della c.d. "privatizzazione" e riflettere la scelta di imprimere al potere organizzativo-gestionale una legittimazione tecnica distinta sia da quella politica sia da quella sindacale, con l'effetto di ridurne i riflessi sul piano dell'autonomia individuale: il punto, in ogni caso, rimane discusso in letteratura e su esso non ci si può ulteriormente dilungare²⁴.

6. Segue. *Autonomia individuale, obiettivi e performance individuale*

Quanto detto non deve indurre a dubitare delle potenzialità insite nell'accordo. Pur entro un ambito più ristretto rispetto al privato, rimane uno strumento prezioso per scandire l'assetto spazio-temporale della prestazione esterna e raccorderla al circuito delle *performance*: profilo di primo piano nel mediare i tempi di vita con la "competitività" delle amministrazioni.

Mettere in relazione lavoro agile e risultato, a ben riflettere, non significa solo programmarne l'utilizzo e misurarne l'impatto sulla qualità dei servizi, ma significa anche pianificarne gli obiettivi: snodo ultimo dell'attività programmatica nonché elemento normativo mediante cui definire l'intensità che la prestazione esterna deve esprimere, per contribuire all'efficacia e all'efficienza dell'amministrazione. Al riguardo, il DM sul rientro in presenza e le connesse linee guida tornano su un punto da tenere nella massima considerazione anche ai "tempi del PIAO": valorizzano il ruolo dell'accordo individuale, facendone il fondamento degli obiettivi che, insieme a quelli

²³ Da ultimo, anche per una ricostruzione del dibattito, v. D'AVINO, *Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*, in *federalismi.it*, 2021.

²⁴ Per tutti v. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, 2021.

della prestazione “interna”, comporranno la *performance* individuale. La soluzione è tecnicamente percorribile, perché il d.lgs. n. 150/2009 – altrove lo si è dimostrato²⁵ – *non vieta* la negoziabilità degli obiettivi della *performance* individuale. Oltre che praticabile, inoltre, tale lettura è stata ampiamente caldeggiata sia dall’originaria CiViT sia, da ultimo, dal Dipartimento della Funzione Pubblica²⁶.

Talune precisazioni, però, sono opportune.

Affinché l’accordo sul lavoro agile possa determinare la *performance* individuale, occorre chiarire le caratteristiche che gli obiettivi devono avere: tutt’altro che limitate ai contenuti, in sé già pervasivi, dell’art. 5 d.lgs. n. 150/2009. Costituendo la porta d’accesso al sistema premiale, la *performance* individuale deve esprimere, in quanto presupposto strutturale del medesimo premio, un rendimento superiore a quello normalmente esigibile secondo la diligenza media. Rimarcarlo è importante, perché, se la *performance* individuale identifica simile rendimento, gli obiettivi che la compongono questo stesso rendimento devono pianificare. Sicché, venendo al lavoro agile, gli obiettivi in parola devono progettare un rendimento comprensivo di quello normalmente esigibile e dello scostamento migliorativo necessario a giustificare gli incentivi: insomma, devono esprimere ciò che in altra sede è stato definito *quid pluris*²⁷.

E se tale requisito dovesse mancare?

Domanda rilevante, ma, per una risposta, è utile aprire una rapida parentesi: quando collega *performance* individuale ed erogazione dei premi, l’ordinamento traccia non il discrimine tra attività organizzativa legittima e illegittima, bensì il confine tra attività organizzativa su cui può innestarsi il ricorso alla premialità e quella che lo esclude. Pertanto, fermo il binomio *performance* individuale – premio, l’autonomia negoziale può esprimersi liberamente, imboccando le direzioni ritenute più opportune senza incorrere in problemi di legittimità: nulla impedisce di correlare a un livello di rendimento privo del *quid pluris* effetti diversi da quelli premiali. È consentito, per tornare alla domanda di partenza, negoziare obiettivi destinati alla prestazione agile, magari anche connessi al Piano delle *performance* (ora PIAO), ma sprov-

²⁵ MONDA, *Contratto di lavoro pubblico*, cit., pp. 188-191.

²⁶ Una spinta, però, che non è stata sufficiente ad avviare prassi virtuose. La realtà, al contrario, si è sviluppata in ordine sparso, alimentando incertezze sfociate in autentico contenzioso: sul punto, per una più ampia analisi dei nodi ancora aperti, v. MAINARDI, *Valutazione e responsabilità della Dirigenza pubblica. A proposito di un recente libro*, in *LPA*, 2022, p. 13 ss.

²⁷ MONDA, *Contratto di lavoro pubblico*, cit., p. 177.

visti delle caratteristiche per integrare la *performance* individuale. La loro valutazione, se non permette l'accesso agli incentivi, può giustificare ulteriori ricadute sulla gestione della prestazione esterna in una logica comunque orientata alla qualità del servizio: simile opzione organizzativa, di per sé, risulterebbe pienamente valida.

7. *Gli assetti regolativi del lavoro agile nel pubblico: gli scenari aperti dalla contrattazione collettiva*

Naturalmente, i problemi dell'accordo individuale sono ben lontani dal dirsi risolti, giacché la sua valorizzazione passa anche attraverso una revisione attenta dell'assetto regolativo definito dalla l. n. 81/2017. Ecco perché, prima di concludere queste brevi riflessioni, occorre verificare se nel pubblico siano rinvenibili tentativi per coniugare la flessibilità insita nel lavoro agile con la necessità, avvertita da più parti, di ristabilire l'identità negoziale del prestatore. La questione è al centro del dibattito sulla l. 81, che conferisce all'accordo individuale uno spazio tanto ampio da mettere in discussione l'effettività di garanzie cruciali al suo virtuoso operare: paradigmatico è l'orario di lavoro "esterno", su cui l'accordo individuale interviene occupando spazi "sottratti" alla disciplina inderogabile e, mediante la disconnessione, determinando finanche il nucleo minimo di importanti diritti fondamentali²⁸.

Una timida consapevolezza del problema emerge nel recente contratto collettivo del comparto Funzioni Centrali stipulato il 9 maggio 2022, che, ribadito il cruciale ruolo organizzativo dell'accordo individuale, gli impone limiti stringenti proprio sui profili da ultimo indicati.

Il contratto procede su due strade, individuando fasce tanto di "contattabilità" quanto di "inoperabilità": le prime precisano quando il lavoratore può essere contattato; le seconde specificano quando dal medesimo lavoratore *non* è consentito esigere alcuna prestazione. Attraverso le fasce viene, pur se in negativo, scandito il tempo messo a disposizione, nel quale il dipendente è soggetto all'etero-direzione, e il tempo in cui, pur non dovendo svolgere la prestazione, lo stesso rimane contattabile. Senza entrare nelle tante domande alimentate da simile impostazione, è così che viene assicurata la disconnessione, perché dal tempo di inoperabilità e da quello di *non* con-

²⁸ Il problema è stato trattato in MONDA, *Il lavoro "agile" ordinario*, cit.

tattabilità deriva un segmento orario “libero” da ogni ingerenza organizzativa. Va da sé che, se nel “tempo libero” nessun obbligo di fonte contrattuale si impone, non sono precluse “le attività funzionali agli obiettivi”: esclusa la disponibilità funzionale e la contattabilità, l’impegno a realizzarli è ammesso solo come libera scelta del dipendente.

Ma non è tutto, perché, pur rimettendo l’articolazione delle suddette fasce all’autonomia individuale, il contratto collettivo ne definisce un “contenuto minimo inderogabile”: per la contattabilità, ricorrendo al divieto di eccedere l’orario medio giornaliero; per l’inoperabilità, rimarcando il necessario riposo consecutivo dell’art. 17, co. 6, del CCNL 12 febbraio 2018 e vietando il lavoro notturno compreso in un lasso temporale puntualmente definito²⁹. Ancora, entrambe le fasce vanno modulate in modo da assicurare tempi di riposo – espressione da intendere nell’accezione ampia del d.lgs. n. 66/2003 – non inferiori a quelli previsti per il lavoro in presenza.

Affiora una qualche risposta ai nodi più problematici della l. 81/2017, giacché, se essa rimette all’autonomia individuale il contenuto essenziale dei diritti fondamentali tutelati dal d.lgs. n. 66/2003 e permette di adattarlo al singolo rapporto, il contratto collettivo pone degli argini al rischio di compromettere la possibilità stessa di un livello basilare e inviolabile di tutele.

Poteva essere fatto altro?

Guardando oltre l’orario di lavoro, la risposta non può che essere positiva. È qui possibile solo un rapido cenno, ma al tentativo di valorizzare e razionalizzare il lavoro agile non giova l’introduzione di un non meglio precisato “lavoro da remoto”, caratterizzato dallo svolgimento a distanza della prestazione con un orario esattamente corrispondente all’orario “interno”: aggiungere una forma di lavoro a distanza ulteriore a quella qui indagata complica ulteriormente un quadro in sé già molto complesso.

Dal recente dibattito sul lavoro agile, inoltre, emerge l’importanza di “alleggerire” l’accordo individuale, per valorizzarne le potenzialità, “privandolo” di compiti regolativi su materie “che potrebbero essere oggetto di contrattazioni decentrate” o “di convergenze realizzate tra amministrazione e rappresentanti dei lavoratori negli organismi con funzioni partecipative”³⁰. Tali osservazioni permettono di comprendere quanto siano “assordanti” i

²⁹ Il riferimento è al lavoro svolto tra le ore 22:00 e le ore 6:00 del giorno successivo.

³⁰ ZOPPOLI L., *Lavoro agile, persone e amministrazioni*, cit.

silenzi del contratto collettivo in esame sul punto. L'art. 7, co. 6 – che elenca le materie oggetto di contrattazione integrativa – non menziona mai il lavoro agile, rendendo decisamente poco chiari i termini per ricorrervi e costringendo le amministrazioni a muoversi entro gli interstizi di regole ondivaghe. Non diverso è quanto avviene per la partecipazione: l'unico riferimento, contenuto nell'art. 5, co. 3 lett. g), è ai “criteri generali delle modalità attuative del lavoro agile”, ma le sue utilità – si è fatto notare³¹ – potrebbero essere di molto superiori.

In conclusione, il contratto collettivo conferma l'impressione che affiora dal complessivo quadro brevemente ricostruito: i passi avanti non mancano, ma, a ridimensionarne la portata, sono i numerosi passi indietro e gli altrettanto numerosi “silenzi” su questioni anche di primo piano. Il risultato è una sorta di illusione. Il lavoro agile, metafora del più generale progresso tecnologico-organizzativo, solo apparentemente decolla nelle amministrazioni, ma in realtà non spicca mai veramente il volo.

Restiamo comunque all'inizio di una fase nuova, dominata dallo slancio verso il “recupero socio-economico di quanto si è perso” e l'ottimismo è d'obbligo: d'altronde, le timide novità che si affacciano all'orizzonte camminano pur sempre sulle gambe di che le applica.

³¹ Ancora ZOPPOLI L., *Lavoro agile, persone e amministrazioni*, cit.

Abstract

L'analisi si concentra sul nuovo corso del lavoro agile nel settore pubblico, che, per effetto del POLA (prima) e dal PIAO (dopo), va individuato nella sua intima relazione con le dinamiche *goal oriented* dell'amministrazione. L'analisi esamina le contraddizioni del doveroso rientro in presenza, approfondisce l'accordo individuale sul lavoro agile e, dopo averne ricostruito il perimetro, ne mette in luce le potenzialità. Infine, poiché il piano individuale può dirsi proficuo solo se calato in una virtuosa cornice collettiva, l'analisi si sofferma anche sulle principali novità derivanti dalla contrattazione collettiva, mettendone in risalto gli aspetti significativi e le persistenti debolezze.

The analysis focuses on the new course of remote work in the public sector, which, a result of the POLA (firstly) and the PIAO (secondly), must be identified in its intimate relationship with the goal-oriented administration's dynamics. The paper examines the contradictions of the dutiful return on-site, studies the individual agreement on remote work, and highlights its potential after reconstructing its perimeter. Finally, since the personal plan can only be considered profitable if placed within a virtuous collective framework, the analysis also focuses on the main innovations deriving from collective bargaining, observing the significant aspects and persistent weaknesses.

Keywords

Lavoro agile, amministrazioni pubbliche, buon andamento, autonomia individuale, contrattazione collettiva.

Remote work, public administrations, good performance, individual autonomy, collective bargaining.

sezione seconda

il lavoro da remoto in chiave comparata

Nancy Sirvent

Il lavoro a distanza e il telelavoro
nella recente riforma spagnola

Sommario: **1.** Premessa. **2.** L'ambito di applicazione della legge sul lavoro a distanza: inclusioni ed esclusioni. **3.** Il sistema delle fonti nella regolazione del lavoro a distanza: il ruolo preponderante del contratto collettivo. **4.** Principi informatori del nuovo quadro normativo. **4.1.** Volontarietà del lavoro a distanza. **4.2.** Parità di trattamento tra i lavoratori in presenza e da remoto. **4.3.** L'accentuazione della condizione di alienità del lavoratore. **4.4.** Il ridimensionamento dello *ius variandi* e del potere direttivo. **5.** Il lavoro a distanza e la tutela di nuovi diritti. **6.** Conclusioni.

1. *Premessa*

Il lavoro a distanza e il telelavoro si sono rivelati due strumenti formidabili per garantire la prosecuzione delle attività economiche nel contesto straordinario della pandemia da Covid-19. Benché nella normativa emergenziale spagnola si faccia ricorso al lavoro a distanza per affrontare un problema transitorio, non tarderanno a fare la loro comparsa altri interventi legislativi con l'intento di introdurre una disciplina più stabile di tale forma di lavoro, oggi in continua espansione giacché la pandemia le ha dato una grande spinta. Il 10 luglio 2021 è stata pubblicata nel *BOE* la legge n. 10/2021, sul lavoro a distanza (d'ora in poi LTD), che sostituisce la precedente normativa, divenuta ormai obsoleta. Al di là degli aspetti specifici, regolati dalla legge in esame, in relazione ad alcune materie che interessano questa modalità di svolgimento della prestazione di lavoro, la nuova disciplina presenta alcuni tratti caratteristici che segnano un cambio di paradigma con riguardo al tradizionale sistema delle fonti nel diritto del lavoro spagnolo (nella misura in cui istituisce il contratto collettivo come elemento chiave nella re-

golazione del lavoro a distanza), nonché una attenuazione di alcuni elementi tipici del lavoro subordinato, quali la dipendenza e l'alienità dei mezzi, in considerazione della necessità di adeguare la normativa tradizionale del lavoro alle peculiarità presentate da questa forma organizzativa.

Questi aspetti occupano uno spazio centrale nella recente disciplina spagnola del lavoro a distanza, per cui la loro analisi può consentire di mettere a fuoco la portata e gli obiettivi perseguiti con il nuovo quadro normativo. Nell'intento di tracciare un bilancio complessivo della nuova regolamentazione del lavoro a distanza in Spagna, questo studio si concentra su quattro profili fondamentali: il campo di applicazione della legge, il ruolo delle fonti nella disciplina del lavoro a distanza, i principi fondamentali della nuova legge, alcune posizioni giuridiche maggiormente interessate in questi casi.

2. *L'ambito di applicazione della legge sul lavoro a distanza: inclusioni ed esclusioni*

A differenza della normativa precedente che faceva riferimento al solo lavoro a distanza senza alludere o contemplare alcuna specifica previsione sul telelavoro, la recente normativa prevede espressamente quest'ultima figura, qualificandola come una forma di lavoro a distanza. In questo senso, la legge solleva questioni generali rivolte indistintamente all'una o all'altra tipologia di lavoratore, e altre più specifiche che riguardano il telelavoro e si propone di preservare la tutela di determinati diritti collegati all'uso di tecnologie digitali.

Il legislatore spagnolo definisce il lavoro a distanza come quella "forma di organizzazione del lavoro o attività lavorativa che è prestata, di regola, presso il domicilio del lavoratore o nel luogo scelto da quest'ultimo, durante tutta o parte della sua giornata lavorativa con cadenza periodica". Rispetto a quest'ultimo requisito, si chiarisce che il lavoro a distanza si svolge con cadenza periodica "se, in un periodo di riferimento di tre mesi, viene prestato almeno il trenta per cento della giornata lavorativa, o l'equivalente percentuale proporzionale a seconda della durata del contratto di lavoro". Nonostante la legge abbia individuato una soglia minima per identificare il requisito della regolarità, il contratto collettivo può ridurre la percentuale del 30% o il periodo di riferimento di tre mesi (o entrambi allo stesso

tempo), lasciandosi, quindi, nelle mani della contrattazione collettiva la possibilità di ampliare il campo di applicazione della norma¹. Per quanto riguarda il telelavoro, è considerato tale “quel lavoro a distanza che viene svolto mediante l’uso esclusivo o prevalente di mezzi e sistemi informatici, telematici e di telecomunicazione”. Si tratta, quindi, di una modalità di lavoro a distanza in cui prevale l’uso dei ICT nello sviluppo dell’attività lavorativa.

Pertanto, considerando che l’ambito di applicazione della norma è limitato al lavoro a distanza di natura subordinata, accanto ai quattro presupposti sostanziali classici del rapporto di lavoro (volontarietà, remunerazione, alienità e dipendenza), si devono aggiungere due essenziali requisiti di questa figura: 1. il luogo di svolgimento della prestazione, non coincidente con i locali dell’azienda; 2. la regolarità nello svolgimento dell’attività lavorativa a distanza (almeno il 30% della giornata lavorativa in un arco temporale di tre mesi o la quota proporzionale)². La nuova normativa troverà applicazione solo quando questi requisiti saranno soddisfatti. Nel caso del telelavoro è richiesto anche l’uso intensivo delle ICT.

Pertanto, occorre precisare che il nuovo quadro normativo non si applica a tutti i rapporti di lavoro che si svolgono a distanza, giacché la normativa lascia un gran numero di ipotesi al di fuori del proprio ambito applicativo. Da un lato, come si è visto, le esclusioni possono derivare dalla definizione di lavoro a distanza prevista dalla legge, non comprendendo essa quelle attività che, pur essendo svolte fuori dell’azienda di lavoro, non lo sono con l’intensità che la norma richiede (e dunque non sono prestate con regolarità). Sono quindi esclusi dal campo di questa norma quei rapporti di lavoro che si sviluppano parzialmente a distanza ma senza raggiungere la soglia minima legale o convenzionale richiesta per potere parlare di regolarità. In caso di mancato raggiungimento di tale minimo si applica la normativa ordinaria del diritto del lavoro.

La nuova normativa non si applica neanche alle ipotesi che il legislatore

¹ Si stabilisce una limitazione in relazione ai minori e ai contratti di formazione richiedendo che almeno il 50% delle loro ore di lavoro sia svolto in presenza, attribuendo alla contrattazione collettiva il potere di modificare in senso migliorativo o peggiorativo la percentuale prevista dalla legge. L’unica eccezione a questa facoltà riconosciuta in capo alla contrattazione collettiva è quella relativa ai contratti conclusi con minori, nel qual caso dovrà essere sempre rispettato il minimo di lavoro in presenza previsto della legge.

² Il lavoro a distanza ruota attorno a due elementi, uno di tipo spaziale e l’altro temporale. V. ROMERO, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, 2021, p. 99.

ha voluto escludere dal nuovo quadro normativo, in particolare, al personale in servizio presso le pp.aa. (che è disciplinato da una propria specifica normativa)³; nè al lavoro a distanza attuato a seguito delle misure di contenimento sanitario derivate dal Covid-19, a cui si applica la normativa ordinaria, a parte l'obbligo che incombe alle imprese di fornire i mezzi, le attrezzature, gli strumenti e necessari allo svolgimento del lavoro a distanza, così come la loro manutenzione; in tal caso, la legge demanda alla contrattazione collettiva il compito di disciplinare la forma di compensazione delle spese sostenute dal lavoratore laddove non siano state risarcite. Come si vede, l'unico specifico provvedimento dedicato al lavoro a distanza svolto durante la pandemia è quello che vieta di trasferire sui lavoratori i costi derivanti dalla prestazione di lavoro; tuttavia, la scelta di rinviare ai contratti collettivi i criteri per compensare le spese sostenute dai lavoratori non offre sufficienti garanzie che dette spese saranno in ogni caso risarcite poiché ciò dipenderà dalle disposizioni introdotte al riguardo⁴. Tuttavia, è assai discutibile che il lavoro a distanza svolto durante la pandemia venga escluso dal nuovo quadro normativo perché, al di là delle specifiche disposizioni strettamente legate alla situazione eccezionale causata dalla pandemia, esistono molti aspetti generali che avrebbero potuto essere tratti da queste ipotesi. L'applicazione della normativa ordinaria ai rapporti di lavoro a distanza eseguiti in conseguenza delle misure adottate dalle autorità competenti al fine di contenere la pandemia e garantire il mantenimento dell'attività economica, comporta l'applicazione di un regime giuridico di minori garanzie per questi lavoratori e crea un divario significativo tra il lavoro a distanza della pandemia e quello del post-pandemia⁵. Così, per esempio, se nel lavoro a distanza attuato eccezionalmente come

³ La normativa applicabile al personale al servizio delle pubbliche amministrazioni è contemplata nell'art. 47.bis dello Statuto di base del pubblico dipendente, incorporato a seguito del Decreto-Legge 29/2020 del 29 settembre. A differenza di quanto avviene nella sfera privata, in questo caso si prevede solo la figura del telelavoro.

⁴ In tal senso, in giurisprudenza si è ritenuto (sebbene in relazione all'art. 5 del Decreto-Legge 8/2020) che il diritto al risarcimento delle spese in questi casi possa essere fatto valere in sede giurisdizionale secondo quanto previsto dal rapporto individuale o dal contratto collettivo applicabile. Le spese sostenute dai lavoratori vanno risarcite secondo i criteri eventualmente previsti in tali accordi. Pertanto, tale regolazione non dà luogo ad un generico diritto al risarcimento delle spese, bensì ad un diritto che nasce solo da un patto espresso di natura individuale o collettiva. V. S. *Audiencia Nacional*, 4 giugno 2021, in *JUR* 2021, 213358.

⁵ Da questo punto di vista, qualche autore ha qualificato la norma in esame "frustrante". Cfr. TUDELA, *Trabajo a distancia y teletrabajo. Sobre urgencias, vigencias y concurrencias*, in *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico*, AA.VV., Iustel, 2021, p. 222.

misura di contenimento sanitario, le difficoltà di un adeguato svolgimento dell'attività lavorativa a distanza riconducibili al passaggio dal lavoro in presenza al lavoro a distanza potrebbero giustificare una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, o una risoluzione contrattuale, nessuna di queste misure sarà applicabile al lavoro a distanza effettuato a seguito della pandemia. Tale disparità di trattamento non sembra ammissibile, né tanto meno può ammettersi che il regime giuridico applicabile alle prestazioni di lavoro imposte in un contesto così straordinario offra garanzie minori di quelle previste in genere una volta trascorsa la prima fase della pandemia.

Infine, un'ulteriore esclusione dall'ambito di applicazione della nuova normativa deriva dal regime transitorio previsto dalla stessa legge. In tal senso, si prevede, in relazione al lavoro a distanza disciplinato nei contratti collettivi vigenti anteriormente alla pubblicazione della legge, l'applicazione delle disposizioni dei contratti collettivi corrispondenti fino a quando la loro durata non si esaurisca. Nel caso in cui il contratto collettivo non preveda un determinato periodo di ultrattività, la suddetta disciplina può continuare ad applicarsi fino a un anno dopo la pubblicazione della legge (ossia fino a luglio 2022), ed eccezionalmente, fino a tre anni dopo l'accordo raggiunto dalle parti (fino a 2024).

Pertanto, gran parte di coloro che attualmente prestano lavoro a distanza risultano privi di un quadro normativo specifico in quanto ad essi si applica la normativa ordinaria (questo sostanzialmente accade con il lavoro a distanza attuato a seguito delle misure di contenimento sanitario da Covid-19); e molti altri lavoratori a domicilio sono disciplinati da normative specifiche molto diverse previste in leggi speciali (come nel caso del personale delle amministrazioni pubbliche), o dai contratti collettivi approvati prima dell'entrata in vigore della nuova legge, con il conseguente problema di incertezza giuridica che tale molteplicità di scenari può creare per quanto riguarda questa modalità di lavoro.

3. *Il sistema delle fonti nella regolazione del lavoro a distanza: il ruolo preponderante del contratto collettivo*

In relazione al ruolo che svolgono le fonti regolative nel lavoro a distanza, si segnala che la legge demanda ai contratti collettivi la regolamentazione di molteplici aspetti.

Nonostante nella legge vi sia una specifica previsione volta a chiarire l'ambito di competenza della contrattazione collettiva nel lavoro a distanza, il ruolo che essa assume in questa materia va oltre quanto previsto in tale precetto, e si può apprezzare il fatto che ci siano continui interventi di accordi collettivi in relazione a diverse questioni.

La prima significativa disposizione da richiamare, rubricata sotto il titolo "Il lavoro a distanza nella contrattazione collettiva", prevede la possibilità che i contratti collettivi possano occuparsi, in risposta alla specificità del proprio ambito, di aspetti diversi, tra cui: l'identificazione delle categorie professionali e delle imprese che possono essere svolte attraverso il lavoro a distanza; l'istituzione di un giorno minimo di presenza; o l'opzione per il ritorno al lavoro in presenza.

Ma indipendentemente da quanto previsto da tale disposizione, la norma fa riferimento alla contrattazione collettiva per disciplinare numerose questioni. La pratica più usuale è che la legge detti delle linee guida generali in relazione ad un gran numero di materie la cui regolazione viene poi lasciata nelle mani della contrattazione collettiva (ad esempio, la legge riconosce il diritto a ritornare al lavoro in presenza, ma delega al contratto collettivo il compito di specificare i termini e le condizioni per l'esercizio di tale diritto; e lo stesso avviene con la regolamentazione relativa alla registrazione dell'orario, al regime del diritto all'orario flessibile, al diritto alla disconnessione digitale, o al modo nel quale vengono determinate le spese che il lavoratore può sostenere per lo svolgimento del lavoro a distanza). In altri casi, ben più specifici, il contratto collettivo è chiamato ad assolvere alla sua tipica funzione di incrementare le condizioni di tutela (ad esempio, la giornata di presenza minima del 50% richiesta in relazione ai contratti stipulati con minori, può essere incrementata dal contratto collettivo). Così, se nel sistema delle fonti del diritto del lavoro spagnolo, il rapporto tra la legge e il contratto collettivo è retto dalla regola della derogabilità *in melius* (la legge stabilisce un livello minimo di tutela che il contratto collettivo può modificare in senso migliorativo), nel caso del lavoro a distanza questa regola passa in secondo piano, poiché la legge affida ai contratti collettivi la completa regolamentazione di un gran numero di materie. Con questa opzione legislativa si è voluto introdurre un importante elemento di flessibilizzazione nella regolamentazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori a distanza, attribuendo al contratto collettivo il compito di adattarla alle specificità di ciascun settore produttivo o impresa.

Questa stretta integrazione funzionale tra le fonti si ritrova nella regolamentazione del lavoro a distanza, ma anche nella sua stessa definizione. L'elemento-chiave della di tale definizione è, come si è già visto, la regolarità della prestazione. Tuttavia, il legislatore lascia alla contrattazione collettiva la possibilità di modulare questo requisito imposto dalla legge. Pertanto, da una parte, la legge individua con chiarezza i rapporti di lavoro cui si applica, dall'altra, introduce un importante elemento di flessibilità, garantendo che l'utilizzo dello strumento in esame sia adeguato alle circostanze e agli interessi particolari delle imprese e dei lavoratori, poichè attraverso la contrattazione collettiva è possibile ridurre la percentuale minima di lavoro a distanza prevista dalla legge (e anche il periodo di riferimento), e dunque ampliare il campo di applicazione della legge. In questo senso, il legislatore spagnolo ha voluto lasciare da parte rigide concezioni di lavoro a distanza e optare per un modello aperto e duttile, capace di adattarsi alle diverse realtà imprenditoriali e lavorative. Si ammette che il lavoro a distanza sia concordato a tempo indeterminato o a termine, nonché che si svolga a tempo pieno o part-time e, all'interno di tale accordo, con la distribuzione tra tempo in presenza e tempo a distanza che si considera più adatta in ogni settore o impresa. Ma al di là della definizione "elastica" contenuta nella legge in relazione a modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, la nuova disciplina, come si è detto, cerca anche di garantire la massima flessibilità possibile nella regolamentazione delle condizioni di lavoro, e questo è possibile attraverso la contrattazione collettiva, considerata uno strumento essenziale per completare o regolamentare "ex novo" un gran numero di aspetti che riguardano questa forma di prestazione di lavoro.

D'altra parte, il legislatore opera un riferimento generico alla contrattazione collettiva, alludendo indistintamente ai contratti collettivi di lavoro; pertanto, si può dedurre che qualsiasi prodotto negoziale collettivo è valido a tali fini, quale che sia il livello (settoriale, aziendale...) al quale è sottoscritto. Ciò non costituisce un ostacolo alla salvaguardia del ruolo di primazia dei contratti collettivi di settore per la definizione di regole-quadro, essendo rimessa ai contratti collettivi di impresa la disciplina di quegli aspetti più indissolubilmente legati a ciascuna realtà aziendale.

In ogni caso, con questa opzione legislativa, si rischia che la contrattazione collettiva non adempia al ruolo che le è assegnato dalla legge, giacché l'attuale assetto normativo rimane privo di specifiche linee guida che garantiscano il necessario temperamento di diritti e interessi tra lavoratori e imprenditori.

Sebbene sia prematuro trarre conclusioni, la verità è che la maggior parte dei contratti collettivi firmati a seguito di tale normativa continua a contemplare lo stesso tipo di previsioni, per lo più molto generiche, introdotte in precedenza; solo una minoranza di accordi formula proposte specifiche volte a garantire lo *standard* minimo di tutela⁶.

Con riguardo allo spazio che l'autonomia individuale ricopre in questo ambito è da segnalare che, nonostante l'apparente rilevanza che la legge sembra attribuire al patto individuale nel disciplinare tale modalità di esecuzione della prestazione, un'attenta lettura della norma porta alla conclusione che, in verità, il ruolo svolto dall'accordo individuale è praticamente relegato alla specificazione di alcuni profili formali (l'inventario dei mezzi materiali, delle attrezzature e degli strumenti necessari per svolgere il lavoro a distanza, l'individuazione della postazione di lavoro dove è assegnato il lavoratore), e alla decisione di svolgere o no lavoro a distanza così come alla scelta di ritornare alla modalità in presenza. E anche in questi ambiti è previsto l'intervento della contrattazione collettiva, che può riconoscere un diritto dei lavoratori a svolgere il lavoro a distanza per rispondere a determinate circostanze, ad esempio, per esigenze di conciliazione. Insomma, il nuovo quadro normativo delineato riconosce all'autonomia individuale un ruolo imprescindibile a livello costitutivo, ma non tanto nella dimensione normativa, che la legge delega, in massima parte, alla contrattazione collettiva.

4. *Principi informativi del nuovo quadro normativo*

Un altro aspetto che non può essere trascurato con riguardo alla normativa spagnola sul lavoro a distanza è quello relativo ai principi informativi su cui si basa il nuovo quadro normativo, che costituiscono i tratti caratteristici della fattispecie: volontarietà, parità di diritti tra lavoratori a distanza e lavoratori in presenza, rafforzamento del requisito dell'alienità, e ridimensionamento dello *ius variandi* e del potere di recesso del datore di lavoro.

⁶ Per uno studio sui contenuti dei contratti collettivi in materia di lavoro a distanza può consultarsi GALLEGÓ, *El teletrabajo: balance del primer año de negociación colectiva y aplicación judicial*, Aranzadi, 2021.

4.1. *Volontarietà*

In chiara sintonia con l'accordo-quadro europeo sul telelavoro del 2002, la LTD pone in rilievo la natura volontaria con cui si configura l'adesione a questa modalità di lavoro, sia per la persona del lavoratore che per l'impresa. La norma contempla diverse indicazioni in tal senso: in sostanza, subordina espressamente l'adesione alla modalità di lavoro a distanza alla sottoscrizione di un accordo, riconosce il diritto alla reversibilità del lavoro in presenza, e vieta l'imposizione unilaterale del lavoro a distanza mediante modifica sostanziale delle condizioni di lavoro.

Da un lato, la legge sul lavoro a distanza (LTD) richiede che l'adozione di questa modalità di svolgimento della prestazione avvenga attraverso un accordo sottoscritto tra datore di lavoro e lavoratore, che deve essere stipulato per iscritto, e che deve prevedere le principali condizioni legate a questo tipo di lavoro. In tal senso, l'art. 7 della LTD richiede un contenuto minimo obbligatorio dell'accordo di lavoro a distanza, sostanzialmente per quanto riguarda l'orario e il luogo di lavoro, la fornitura di mezzi e attrezzature per svolgere il lavoro a distanza, il controllo datoriale dell'attività lavorativa, e le spese che devono essere risarcite al lavoratore.

Inoltre, le condizioni originariamente stabilite nel suddetto accordo sono suscettibili di modifica, a condizione che vi sia un accordo (scritto) tra azienda e lavoratore in tal senso.

Senonché, oltre alla natura negoziale del lavoro a distanza e del suo eventuale successivo accordo di modifica, il principio della volontarietà si manifesta anche, come detto, nel diritto di reversibilità contemplato dal nuovo quadro normativo, affinché la decisione di passare dal lavoro in presenza al lavoro da remoto (o viceversa) sia sempre reversibile per l'impresa e per il lavoratore. La legge, ancora una volta, delega ai contratti collettivi la determinazione dei termini e delle condizioni in cui tale diritto di reversibilità può essere esercitato (tenendo conto, ad esempio, delle preferenze relative alla formazione, la promozione professionale, la diversità funzionale, la multiattività o i diritti di conciliazione).

Infine, la volontarietà che caratterizza il lavoro a distanza si fonda anche sul divieto che quest'ultimo sia una promanazione dei poteri di direzione e organizzazione imprenditoriale o di modifica delle condizioni di lavoro. In sintesi, è vietato che il lavoro a distanza possa essere imposto unilateralmente dall'impresa per ragioni economiche, organizzative, tecniche o produttive.

Sebbene nel diritto spagnolo esista la possibilità di apportare modifiche contrattuali in relazione a diverse condizioni di lavoro laddove siano soddisfatti determinati requisiti causali e procedurali, tale facoltà è stata invece vietata nel campo del lavoro a distanza⁷.

4.2. *Parità di trattamento tra lavoratori in presenza e lavoratori da remoto*

Un altro principio sancito negli articoli della LTD è quello della parità di trattamento. In tal senso, la norma stabilisce espressamente che le persone che svolgono lavoro a distanza godranno degli stessi diritti garantiti dalla normativa e dai contratti collettivi applicabili a persone comparabili che lavorano nei locali dell'azienda. In tal modo, la LTD pone particolare enfasi sul fatto che i lavoratori a distanza non possano subire alcun pregiudizio nelle loro condizioni di lavoro, principalmente in termini di retribuzione, stabilità del lavoro, tempi massimi di lavoro e tempi minimi di riposo, promozione e formazione professionale, prevenzione in materia di sicurezza, diritti di conciliazione, e in materia di di diritti sindacali⁸.

4.3. *L'accentuazione della condizione di alienità del lavoratore*

Un altro significativo elemento che contraddistingue sul piano giuridico il lavoro a distanza è l'accentuazione del requisito dell'alienità dei mezzi.

Con la generalizzazione del telelavoro durante l'emergenza sanitaria, si è posto il problema di dover trasferire sul lavoratore le spese e i costi derivanti dall'attività produttiva senza che fossero previsti indennizzi. Questa preoc-

⁷ L'art. 41 dello Statuto dei lavoratori prevede quali sono le condizioni di lavoro che possono essere modificate unilateralmente dall'imprenditore: quelle relative alla giornata lavorativa, all'orario, alla distribuzione dell'orario di lavoro, al lavoro a turni, al sistema di remunerazione, alla retribuzione, al sistema di lavoro e alle funzioni. Tuttavia, questo elenco di materie non costituisce, secondo la giurisprudenza spagnola, un *numerus clausus*, e dunque non preclude la facoltà di modificare altri tipi di condizioni di lavoro.

⁸ In una recente sentenza l'*Audiencia Nacional* spagnola basa la propria decisione su questo principio, affermando che "se l'interruzione della energia elettrica al di fuori del controllo dei lavoratori non comporta per i lavoratori in presenza l'obbligo di prestare i servizi in un altro momento, ciò non può avere una conseguenza diversa per i lavoratori che svolgono lavori a distanza". Sulla base di questo argomento, la sentenza accoglie la domanda del sindacato attore, il quale ha sostenuto che in tali casi i lavoratori non fossero tenuti a recuperare detto tempo nè che avessero dovuto subire alcuna decurtazione sulla retribuzione: SAN 10 maggio 2021).

cupazione ha contribuito a promuovere l'iniziativa legislativa in materia, e ha influenzato le linee guida della nuova normativa.

L'accentuazione della condizione di alienità dei mezzi deriva in particolare dalla previsione di tre obblighi a carico del datore di lavoro: in primo luogo, l'impresa è tenuta a fornire tutti i mezzi, le attrezzature e gli strumenti necessari per l'attività svolta a distanza, nonché il divieto dell'impresa di imporre al lavoratore l'utilizzo dei dispositivi di sua proprietà, ovvero l'installazione di programmi o applicazioni su tali dispositivi; in secondo luogo, viene posto a carico del datore di lavoro l'obbligo di garantire la necessaria assistenza in caso di problematiche tecniche, di modo che il lavoratore non subisca alcun danno o modifica delle condizioni di lavoro (in particolare in termini di orario di lavoro o di retribuzione) in caso di difficoltà tecniche o di altra natura non a lui imputabili; e, infine, l'impresa deve sostenere o compensare le spese relative al lavoro a distanza.

In tal modo, la norma, ispirandosi al principio di gratuità del lavoro a distanza, garantisce che l'esecuzione di tale tipo di prestazione non comporti per il lavoratore alcuna spesa dovuta all'acquisizione, al mantenimento o all'utilizzo delle attrezzature e mezzi necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa. Affinché tale obbligo imprenditoriale non sia privo di contenuto, la legge richiede che il contratto collettivo o il rapporto individuale applicabile specifichi i meccanismi per la determinazione delle spese (forma di quantificazione), e per la compensazione o il pagamento delle stesse. Si richiede, altresì, che il contratto di lavoro a distanza sottoscritto tra impresa e lavoratore, contenga l'inventario dei mezzi, delle attrezzature, e degli strumenti necessari per lo svolgimento del lavoro a distanza, compresi i materiali di consumo e i beni mobili, nonché la vita utile o la durata massima per il suo rinnovo e l'elenco delle spese sostenute per aver prestato lavoro a distanza, la modalità di quantificazione del compenso, e il momento per la corresponsione.

In ogni caso, la norma lascia irrisolti numerosi problemi pratici che possono sorgere in questo campo, demandando alla contrattazione collettiva e al patto individuale la loro risoluzione. Questa è una delle questioni principali a cui la contrattazione collettiva dovrà prestare attenzione, avendo ricevuto finora un'ampia varietà di risposte⁹.

⁹ In generale la maggior parte dei contratti collettivi finora approvati tende a precisare le nozioni da assumere come modello; altri invece, si limitano a riconoscere l'obbligo generico

Strettamente legato all'obbligo, a carico dell'impresa, di fornire i mezzi e sostenere le spese derivanti da questa forma organizzativa, è quello di garantire l'assistenza tecnica, di modo che il lavoratore non subisca alcun danno o modifica delle condizioni di lavoro (in particolare in termini di orario di lavoro o di retribuzione) in caso di difficoltà tecniche o di altra natura a lui non imputabili. Con questa previsione la legge chiarisce che le difficoltà tecniche che possono verificarsi in questi casi non possono comportare conseguenze negative o modificazioni delle condizioni di lavoro concordate dal lavoratore. In particolare, il datore di lavoro non può pretendere il recupero del tempo di lavoro eventualmente perso dal lavoratore per tale causa, fermo restando il diritto di questo ultimo alla retribuzione.

Infine, l'accentuazione della condizione di alienità nella disciplina del lavoro a distanza si evince anche dalle disposizioni in materia di utilizzo dei dispositivi privati del lavoratore a fini lavorativi. In tal senso, è espressamente vietato che le imprese possano richiedere l'installazione di programmi informatici o applicazioni su dispositivi di proprietà dei lavoratori, o l'utilizzo di tali dispositivi nel lavoro a distanza¹⁰.

4.4. Il ridimensionamento dello ius variandi e del potere direttivo

Il quarto asse su cui ruota la nuova legge riguarda l'attenuazione della condizione di eterodirezione. In questo senso, la nuova normativa vieta altresì che il rifiuto del lavoratore di svolgere il lavoro a distanza, l'esercizio del diritto al ritorno al lavoro in presenza, o le difficoltà per il corretto svolgimento dell'attività di lavoro a distanza, possano costituire motivi legittimi per giustificare la risoluzione del rapporto o la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro. Pertanto, se nel diritto spagnolo è possibile risolvere il contratto di lavoro per ragioni oggettive legate all'inesperienza o al mancato adattamento del lavoratore alle modifiche tecniche apportate nel corso del lavoro, e se è ammissibile anche che le ragioni tecniche o organizzative possano giustificare modifiche sostanziali delle condizioni di

delle imprese di fornire risorse anche subordinandone l'efficacia alla richiesta del lavoratore stesso, o del servizio di prevenzione.

¹⁰ Queste previsioni sono state confermate in sede giudiziaria. Così, nei confronti dei lavoratori dell'impresa Telepizza si è stabilito che non possano essere obbligati dall'impresa a scaricare un'applicazione sul cellulare di loro proprietà. S.Tribunal Supremo, 8 febbraio 2021 (rec. n° 84/2019).

lavoro imposte unilateralmente dell'impresa, nel lavoro a distanza tutte queste regole non sono applicabili.

Il legislatore ha voluto limitare i poteri di organizzazione e di gestione aziendale, nonché alcune forme di *ius variandi*, al fine di riconoscere un'adeguata protezione a questi tipi di lavoratori. Nonostante queste disposizioni possano essere ritenute adeguate nei primi due casi, esse sembrano sproporzionate quando le difficoltà di svolgimento del lavoro a distanza derivano da cause oggettive legate alla persona del lavoratore o all'impresa¹¹. In questo specifico caso si riconosce una eccessiva tutela ai lavoratori a distanza rispetto ai lavoratori in presenza, che non sembra accettabile.

5. *Il lavoro a distanza e la tutela di nuovi diritti*

Non c'è dubbio che lo svolgimento del lavoro a distanza possa far sorgere nuove esigenze di tutela. Da questo punto di vista, il nuovo quadro normativo ha dovuto tener conto delle specificità che si presentano quando il lavoro non è svolto in presenza, avendo riguardo alle condizioni di lavoro che sono prettamente legate alle circostanze particolari relative al luogo e al tempo del lavoro in cui viene eseguita la prestazione. In questo contesto, le novità più importanti ruotano attorno all'uso delle tecnologie digitali, al diritto alla disconnessione digitale, alla prevenzione dei rischi professionali, e agli strumenti di controllo datoriale dell'attività lavorativa.

Per quanto riguarda le tecnologie digitali, si è già visto che la normativa vieta alle imprese di richiedere l'impiego di particolari dispositivi e l'installazione di programmi o applicazioni del datore su dispositivi privati. Tuttavia, in relazione a tale profilo, il legislatore si preoccupa di garantire il rispetto del diritto alla *privacy* dei lavoratori a distanza. A tal riguardo, la legge non si limita a riprodurre quanto generalmente stabilito per i lavoratori in presenza, ma fa un passo avanti e riempie questo diritto di contenuti specifici, riconoscendo così la facoltà del lavoratore di non rispondere a chiamate o messaggi, senza essere penalizzato per questa ragione; peraltro, la normativa impone al datore di lavoro di astenersi dall'uso di mezzi tecnologici, e quindi di comunicazione con il lavoratore, durante i periodi di riposo e una volta terminata

¹¹ GOERLICH, *La regulación del trabajo a distancia. Una reflexión general, Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Aranzadi, 2021, p. 46.

la sua giornata lavorativa, insomma, di astenersi da qualsiasi azione che possa turbare il tempo di riposo del lavoratore o comportare un'eccedenza della giornata lavorativa.

In tema di prevenzione dei rischi professionali quello che probabilmente colpisce maggiormente è il ruolo attivo che il lavoratore è chiamato a svolgere nella valutazione dei rischi e nell'applicazione delle misure di protezione, dal momento che la norma che si riferisce a tale profilo impone di delimitare all'interno del proprio domicilio lo spazio fisico che costituirà il suo luogo di lavoro, che sarà l'unico che dovrà essere oggetto di valutazione. La norma richiede poi la collaborazione del lavoratore anche per raccogliere tutte le informazioni sui rischi a cui è esposto e adottare le misure di protezione necessarie. A tal fine sono previste due modalità (alternative). Può essere incaricato della valutazione un esperto esterno che dovrà visitare il domicilio del lavoratore (o il luogo scelto dal lavoratore per la prestazione), essendo necessario il consenso del lavoratore per accedere nel suo domicilio. Oppure potrà essere il lavoratore stesso ad effettuare l'autovalutazione dei rischi (che generalmente consisterà nella compilazione del questionario inviato dal servizio di prevenzione). L'autovalutazione è possibile solo quando si ritiene che la valutazione di un terzo esperto non sia essenziale, o quando il lavoratore non autorizza l'ingresso al proprio domicilio.

Infine, per ciò che attiene al controllo aziendale del lavoro a distanza, la norma contempla, da un lato, l'obbligo dell'impresa di predisporre i criteri per l'utilizzo dei dispositivi digitali, con la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori; e, dall'altro, l'obbligo del datore di lavoro di informare i lavoratori delle misure di controllo aziendale che si intendono applicare.

6. Conclusioni

Nonostante la relazione illustrativa della nuova legge ponga in risalto che il suo intento è quello di fornire una regolamentazione minima, trasversale e raccolta in un'unica normativa giuridica, nonché di garantire *standard* minimi di tutela in relazione agli aspetti più importanti di questa forma di organizzazione del lavoro, l'esito finale è piuttosto lontano da tali enunciazioni.

Il nuovo quadro normativo, da un lato, non riesce a rendere uniforme la regolamentazione del lavoro a distanza, nè dal punto di vista oggettivo (visto il continuo rinvio alla contrattazione collettiva per la regolamentazione

di numerose materie), nè dal punto di vista soggettivo. In quest'ultimo senso, colpisce quanto meno il gran numero di esclusioni (anche di natura costitutiva), contemplate dalla norma, che lasciano fuori un'ampia varietà di casi di lavoro a distanza.

Né d'altra parte, la nuova legge garantisce *standard* minimi di tutela, come si evince dal gioco di sovrapposizione delle fonti previste, in cui l'integrazione funzionale tra norma legale e contratto collettivo costituisce la regola generale, e la derogabilità *in melius* l'eccezione.

La nuova disciplina presenta il principale punto di forza nel fatto di aver colto gli aspetti di maggiore vulnerabilità nella condizione di chi svolge il lavoro a distanza e aver apprestato per essi le necessarie tutele. A tal fine, le disposizioni di legge mirano a preservare la natura volontaria del lavoro a distanza, la parità di trattamento tra lavoratori in presenza e lavoratori a distanza, il rafforzamento del requisito dell'alienità e, infine, il ridimensionamento dei poteri di ius variandi e di direzione. Al di là degli sviluppi specifici che la legge prevede al riguardo, queste idee-forza devono essere tenute presenti nei tavoli della contrattazione collettiva, ovvero nei singoli accordi che vengono raggiunti tra imprese e lavoratori, e nelle interpretazioni che, al riguardo, possono fare gli organi giudiziari.

L'impressione è che nel binomio sicurezza-flessibilità il legislatore spagnolo abbia voluto privilegiare quest'ultima, affidando alla contrattazione collettiva la regolamentazione degli aspetti più rilevanti del lavoro a distanza, e, al contempo, consentendone l'adattamento alle circostanze particolari dei diversi settori e imprese. Da questo punto di vista si potrebbe dire che la nuova legge contiene una regolamentazione ancora "da ricomporre". Ma questa opzione di politica del diritto non elimina il rischio che la contrattazione collettiva non "raccolga il testimone" della legge, provocando situazioni di anomia e l'ingresso in questo spazio della autonomia individuale; o, al contrario, che la contrattazione collettiva si assuma pienamente la responsabilità che la legge gli attribuisce, dando luogo alla proliferazione di regimi giuridici disparati, e generando grande incertezza nelle situazioni giuridiche oltre che potenziali conflitti.

Abstract

Questo studio si propone di analizzare gli assi centrali su cui si basa la nuova regolazione in Spagna sul lavoro a distanza e il telelavoro, a seguito della Legge 10/2021, 9 luglio, che ha introdotto un cambio di paradigma rispetto al ruolo tradizionale svolto dal contratto collettivo nei sistema delle fonti del diritto spagnolo, e la modulazione della dipendenza e dell'alienietà come note tipiche del rapporto di lavoro, e riflettendo anche sull'adeguatezza del quadro legale al raggiungimento degli obiettivi fissati dalla norma stessa.

This study aims to analyze the central pillars of the new regulation in Spain of remote work and telework, by the Law 10/2021, 9 of July, that has meant a paradigm shift regarding the usual role of the collective bargaining in the system of sources of Spanish law, and the modulation of dependency and alienation as typical notes of the employment relationship, and also reflecting on the adequacy of this regulation for the fulfillment of the objectives set in the regulation itself.

Keywords

Contratto collettivo, flessibilità, volontarietà, telelavoro.

Collective bargaining, flexibility, voluntarity, telework.

Łukasz Pisarczyk

La Polonia alla ricerca di un quadro giuridico appropriato per il lavoro a distanza*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Le fattispecie di lavoro a distanza. **3.** Fonti di regolazione del lavoro a distanza. **4.** L'implementazione del lavoro da remoto. **5.** Strumenti di lavoro e costi del lavoro a distanza. **6.** L'organizzazione e lo svolgimento del lavoro a distanza. **7.** Conclusioni.

I. *Premessa*

L'esperienza della pandemia segna una nuova era per il lavoro svolto, nelle sue forme più variegate, al di fuori dei locali aziendali. Il lavoro a distanza è destinato ad occupare un ruolo di particolare rilievo nel mondo del lavoro contemporaneo, e ciò richiede un quadro normativo appropriato che punti a modernizzare l'organizzazione del lavoro ed a perseguire, al contempo, il miglior benessere per il lavoratore¹. Al legislatore spetta, dunque, il compito di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze organizzative dei datori di lavoro e i bisogni di tutela di lavoratori chiamati a svolgere la propria attività con modalità atipiche, ossia al di fuori dei locali del datore di lavoro.

Il cuore della disciplina polacca esistente in materia è rinvenibile nel codice del lavoro (d'ora in poi: LC)² che contempla il telelavoro, quale mo-

* La traduzione dall'inglese è di Raffaello Santagata de Castro.

¹ Per maggiori dettagli cfr. a titolo esemplificativo *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond. A practical guide*, Geneva: International Labour Office, July 2020, p. 2 et seq., https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_protect/—protrav/—travail/documents/instructionalmaterial/wcms_751232.pdf.

² Legge 26 giugno 1974 – Codice del lavoro, *Journal of Laws* 2020, item 1320, e successive

dalità di lavoro svolto in un luogo diverso dalla azienda con l'uso esclusivo della tecnologia dell'informazione. La normativa anti-Covid, introdotta nel 2020³, riconosce un sottotipo di lavoro a distanza, il c.d. lavoro a distanza "pandemico", che si basa su disposizioni speciali volte a fronteggiare le conseguenze della pandemia. L'esigenza di apprestare una cornice di regole più completa e aggiornata diviene ineludibile specie a seguito della straordinaria espansione del fenomeno; come in molti altri paesi, in Polonia si sviluppa un ricco dibattito tra le forze politiche, le parti sociali e la dottrina del diritto del lavoro sull'opportunità di una revisione della normativa sul lavoro a distanza, volta a renderla più rispondente ai mutamenti della realtà sociale⁴. Nella primavera del 2022 il governo presenta un disegno di legge di modifica del Codice del lavoro ed avvia una consultazione con le parti sociali a livello nazionale⁵. Oggi la bozza è ancora al vaglio del Parlamento⁶, anche se recentemente (ad inizio ottobre) il governo ha introdotto al testo alcuni emendamenti. Il provvedimento suscita tuttora forti divergenze di opinioni, in particolare tra sindacati e organizzazioni dei datori di lavoro⁷.

Il caso polacco appare assai emblematico giacché consente di riflettere sui possibili correttivi che si rende necessario apportare per ridefinire gli equilibri valoriali sottesi alla disciplina sul lavoro a distanza. In questa ottica l'autore si confronta con la normativa vigente e con le proposte di *iure condendo* al fine di verificare l'esistenza delle condizioni atte a garantire uno svi-

modificazioni. Per una traduzione del Codice del lavoro: LEX (<https://sip.lex.pl/#/act-translation/1459619806>).

³ Legge del 2 marzo 2020 sulle misure speciali per contrastare il COVID-19, *Journal of Laws* 2021, item 2095, as amended.

⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12354104>.

⁵ Cfr. ad esempio: MITRUS, *Praca zdalna de lege lata i de lege ferenda – zmiana miejsca wykonywania pracy czy nowa koncepcja stosunku pracy?* (Lavoro da remoto de lege lata e de lege ferenda – un mero cambiamento del luogo di lavoro o una nuova concezione del rapporto di lavoro?), in *Praca i Zabezpieczenie Spoleczne* 2020, Nos. 10 and 11; FLOREK, *Prawne ramy pracy zdalnej* (La disciplina sul lavoro a distanza), *Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej* 2021, Vol. 19, No. 2.; TER HAAR, *Badanie aspektów pracy zdalnej w dobie pandemii COVID-19 i w perspektywie przyszłości* (Studi sul lavoro a distanza durante la pandemia da COVID-19 e per il futuro), <https://calg.pl/?s=Badanie+aspekt%C3%B3w+pracy+zdalnej+w+dobie+pandemii+COVID-19+i+w+perspektywie+przysz%C5%82o%C5%9Bci>. <https://calg.pl/?s=Badanie+aspekt%C3%B3w+pracy+zdalnej+w+dobie+pandemii+COVID-19+i+w+perspektywie+przysz%C5%82o%C5%9Bci>.

⁶ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12354104>.

⁷ <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2335>.

luppo sostenibile del lavoro a distanza. Al contempo, si tiene conto di alcune dinamiche che caratterizzano l'economia e il mercato del lavoro polacco e che si ripercuotono sul quadro giuridico in esame. In Polonia la comparsa delle nuove forme di lavoro si verifica con un certo ritardo e non è così rimarcata come in altri paesi occidentali⁸. Eppure, il settore delle nuove tecnologie si sviluppa rapidamente e l'economia è da tempo in costante crescita⁹. A fronte della debolezza del sistema contrattuale si assiste ad un intervento pervasivo del legislatore nel sistema sindacale. In ragione di simili caratteristiche il mercato del lavoro polacco resta tra i più efficienti in Europa. Eppure, gran parte dei lavoratori non sono inclusi nel campo di applicazione del diritto del lavoro poiché sono assunti sulla base di un contratto di natura civilistica oppure rientrano nel lavoro autonomo e sono qualificabili come imprenditori¹⁰. Tutti questi fenomeni rendono assai peculiare l'esperienza polacca e hanno ricadute significative sul sistema di regole che disciplinano il lavoro a distanza.

Non esiste in linea di principio un modello ideale e universale di lavoro a distanza applicabile in ogni ordinamento giuridico. Tuttavia, tenendo conto degli standard previsti dalle fonti internazionali, tra cui la Convenzione ILO n. 177 sul lavoro a domicilio – non ratificata dalla Polonia – la Raccomandazione n. 184 sul lavoro a domicilio e l'accordo quadro delle parti sociali europee sul telelavoro, è possibile individuare una serie di condizioni che dovrebbero essere soddisfatte da una normativa che si proponga di costruire un sistema di tutele armonioso sul lavoro a distanza (“garantire il benessere dei lavoratori e la produttività continua durante il telelavoro”)¹¹: 1) il carattere volontario del lavoro a distanza; 2) il mantenimento dello *status* di lavoratori subordinati di chi lavora a distanza; 3) la promozione del coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nell'attuazione del lavoro a distanza e nella definizione delle sue condizioni; 4) il diritto dei dipendenti ad essere informati per iscritto su specifiche condizioni di lavoro; 5) la tutela dei lavoratori contro

⁸ <https://www.rp.pl/prawo-pracy/art37181491-rzad-chce-rozszerzyc-prace-zdalna-bedzie-nie-tylko-na-umowie-o-prace>.

⁹ Eurofound, *New Forms of Employment: 2020 Update* (Publications Office of the European Union 2020), s. 8-9.

¹⁰ <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rachunki-narodowe/roczne-rachunki-narodowe/produkt-krajowy-brutto-w-2021-roku-szacunek-wstepny,2,11.html>.

¹¹ Cfr. le informazioni pubblicate dall'ufficio statistico centrale <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-bezrobotni-bierni-zawodowo-wg-bael/aktywnosc-ekonomiczna-ludnosci-polski-3-kwartal-2021-roku,4,43.html>.

il costo aggiuntivo del lavoro; 6) la tutela di condizioni di lavoro adeguate in materia di salute e sicurezza del lavoro, orario di lavoro e diritto alla disconnessione (e ciò rispetto al tema del *work-life balance*); 7) la tutela della parità di trattamento dei lavoratori a distanza; 8) la tutela della *privacy* del lavoratore che deve confrontarsi con le prerogative gestionali del datore di lavoro; 9) la protezione dei dati, compresi i dati personali; 10) la protezione dei dipendenti dall'isolamento; 11) il sostegno allo sviluppo delle competenze necessarie a svolgere il lavoro a distanza; 12) la tutela dei diritti collettivi dei lavoratori a distanza.

Il presente lavoro parte da un'analisi delle diverse modalità di lavoro a distanza contemplate dal diritto polacco (§ 2). Il § 3 illustra le interrelazioni tra le diverse fonti di regolazione della materia: fonti legali, autonomia collettiva e fonti unilaterali. Successivamente, l'attenzione si sposterà sui profili più rilevanti della materia per rispondere alla domanda se il diritto polacco, anche a seguito della riforma attualmente in corso di approvazione, appresti un sistema adeguato di tutele per il lavoro a distanza. Saranno oggetto di indagine: 1) il modo di eseguire il lavoro a distanza, inclusa la libertà di svolgere il lavoro in tale modalità e lo *status* giuridico dei lavoratori (§ 4); 2) gli strumenti di lavoro e la ripartizione dei costi del lavoro a distanza (§ 5); 3) i diritti e i doveri connessi allo svolgimento del lavoro a distanza, inclusi l'orario di lavoro, la salute e sicurezza del lavoro, i poteri datoriali e la *privacy* dei dipendenti (§ 6). Infine saranno trattate alcune questioni trasversali, tra cui la protezione di alcuni gruppi di lavoratori (ad es. *work-life balance*) e il ruolo dei rappresentanti dei dipendenti nella implementazione del lavoro a distanza.

L'analisi è focalizzata su quelle ipotesi di telelavoro concepite per lo svolgimento della prestazione al di fuori dei locali del datore di lavoro. Tuttavia, non va taciuto che in molti casi il lavoro a distanza viene svolto al di fuori di questo quadro di regole nell'ambito di rapporti giuridici sia di matrice giuslavoristica che civilistica, modellati autonomamente dalle parti. A causa della presenza di fattispecie diverse di lavoro a distanza, si pongono questioni definitorie concernenti la nozione e l'inquadramento delle stesse. In questo scritto verrà utilizzata l'espressione più generale di lavoro a distanza in chiave descrittiva per alludere a tutte le forme di lavoro svolto al di fuori dei locali del datore di lavoro, indipendentemente dalla loro natura e classificazione giuridica.

2. *Le fattispecie di lavoro a distanza*

La legge polacca, attualmente, prevede due forme di lavoro a distanza: il telelavoro e il lavoro da remoto “pandemico”.

La disciplina sul telelavoro è collocata nel codice del lavoro (LC) e risale al 2007, anno in cui la Polonia recepisce l'accordo-quadro delle parti sociali europee¹². Il codice del lavoro qualifica il telelavoro come forma di organizzazione e di esecuzione del lavoro che si svolge: 1) al di fuori dei locali aziendali; 2) con il supporto di tecnologie informatiche; 3) con regolarità (art. 67^s § 1 LC). La definizione ha due implicazioni significative. La prima è che il telelavoro si configura solo in presenza di una prestazione di lavoro resa per il tramite di una strumentazione tecnologica. Non rientrano dunque nel campo di applicazione di tale disciplina le ipotesi in cui la prestazione sia svolta al di fuori dei locali del datore di lavoro senza però avvalersi di questo tipo di tecnologie. In secondo luogo, occorre accertarsi che la prestazione sia resa *regolarmente* all'esterno dell'impresa. Anche se questa condizione può essere interpretata in modo abbastanza flessibile (ad es. nel caso di un telelavoro svolto un giorno alla settimana) occorre escludere gli estremi della fattispecie nel caso di attività occasionali. Entrambi i requisiti limitano fortemente la portata del telelavoro sul piano pratico. Questo è uno dei motivi che spiegano la rilevante affermazione del lavoro informale a distanza. Inoltre, tale schema può trovare applicazione solo nei contratti di lavoro subordinato e dunque non con riguardo ai rapporti di lavoro che hanno un diverso fondamento giuridico come la nomina (insegnanti, funzionari), la designazione e l'elezione.

Il lavoro a distanza “pandemico”, istituito dalla normativa speciale anti-Covid, può essere adottato durante lo stato di epidemia o di emergenza epidemica nonché nei tre mesi successivi alla cessazione di tale stato¹³. L'attività viene svolta ugualmente al di fuori dei locali aziendali. La fattispecie, tuttavia,

¹² *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond. A practical guide*, Geneva: International Labour Office, July 2020, p. 5 et seq. Sulla prospettiva polacca cfr. ad es. TER HAAR, *Badanie aspektów pracy zdalnej w dobie pandemii COVID-19 i w perspektywie przyszłości* (Studi sul lavoro a distanza durante la pandemia da COVID-19 e per il futuro), [https://calg.pl/?s=Badanie-+aspekt%C3%B3w+pracy+zdalnej+w+dobie+pandemii+COVID-19+i+w+perspektywie+przysz%C5%82o%C5%9Bci](https://calg.pl/?s=Badanie+%E2%80%93+aspekt%C3%B3w+pracy+zdalnej+w+dobie+pandemii+COVID-19+i+w+perspektywie+przysz%C5%82o%C5%9Bci).

¹³ La legge del 24.08.2007 che modifica il Codice del lavoro e alcune altre leggi (Journal of Laws 181, item 1288).

si distingue dal telelavoro classico in ragione dell'assenza dei requisiti di regolarità e dell'uso della tecnologia dell'informazione. Il legislatore ha inteso consentirne lo svolgimento in ogni caso in cui si renda necessario per lo stato di pandemia purché sia possibile in relazione alle caratteristiche dell'attività. Di conseguenza, lo spettro delle attività coperte dal lavoro a distanza pandemico è molto più ampio rispetto a quello delle attività rientranti nel telelavoro tradizionale.

Scegliendo di ricorrere allo schema del telelavoro o del telelavoro pandemico le parti del rapporto di lavoro si sottopongono ad un regime giuridico legato alla specificità dell'elemento spaziale. Tuttavia, nulla esclude che esse decidano di istituire tale luogo all'esterno dei locali aziendali senza dover essere vincolati ad alcuno dei due schemi negoziali (lavoro a distanza informale). Tale scelta può essere, tuttavia, svantaggiosa per i dipendenti (ai quali non spetterà alcun diritto al rimborso per le spese sostenute per lo svolgimento della modalità di lavoro a distanza) e rischiosa per i datori di lavoro (che si assumono la piena responsabilità in materia di salute e sicurezza). La modalità di lavoro a distanza informale non è mai stata presente nelle intenzioni del legislatore. Tuttavia, la normativa non la vieta espressamente e, di conseguenza, è da ritenere legittima e possibile. Peraltro, nella prassi, il lavoro a distanza informale ha guadagnato ampio terreno. In primo luogo, esso può trovare applicazione in qualsiasi ipotesi di lavoro all'esterno (mentre il telelavoro ha un ambito di applicazione limitato: v. *infra*). In secondo luogo, la normativa lascia ampio spazio all'autonomia delle parti a cui è rimesso in sostanza l'utilizzo dello schema.

Infine, una ricognizione del quadro legale esistente in materia sarebbe incompleta senza un accenno al fenomeno, già richiamato, del lavoro a distanza svolto nell'ambito di rapporti giuridici che trovano fondamento in contratti di diritto civile (lavoratori) o in contratti di lavoro autonomo a cui si aggiunge lo *status* di imprenditore. Il mercato del lavoro polacco è caratterizzato da una percentuale relativamente alta (superiore che in altri paesi) di persone occupate con contratti di diritto civile, comprese quelle che godono dello *status* di imprenditori (lavoratori autonomi in senso stretto). Alcuni soggetti lavorano a distanza in condizioni simili ai lavoratori subordinati ma non sono coperti dalle norme del diritto del lavoro applicabili al telelavoro e al lavoro a distanza pandemico. Le loro condizioni di lavoro sono patuite liberamente dalle parti individuali in base alla autonomia contrattuale con un ruolo residuale della legge.

Il disegno di legge del governo punta a superare le criticità e gli ostacoli che ha incontrato il telelavoro nell'esperienza applicativa, mettendo in campo uno schema aperto che si presta ad essere utilizzato in varie circostanze. Tale schema viene concepito come una sintesi del telelavoro attuale e del telelavoro pandemico. La sua principale caratteristica è lo svolgimento del lavoro fuori dei locali aziendali. Non è richiesto l'uso di tecnologie informatiche (ovviamente, possono essere utilizzate) né il requisito della regolarità. La nuova legge segnerà dunque un cambiamento significativo nell'approccio al tema e, in particolare, un passaggio dal telelavoro in senso stretto (eseguito solo tramite tecnologie elettroniche) a uno schema più ampio (più vicino alla prospettiva dell'ILO) di lavoro svolto al di fuori dei locali del datore di lavoro. Il nuovo lavoro a distanza riguarderà il telelavoro in senso stretto e le attività non legate alle moderne tecnologie. Il lavoro può essere svolto a distanza, interamente (solo al di fuori dei locali del datore di lavoro) o parzialmente (es. in determinati giorni della settimana).

Sebbene il disegno di legge contenga un'unica nozione di lavoro a distanza, tale nozione si articola, a sua volta, in tre possibili ipotesi di lavoro a distanza. Il modello di base è il tipico lavoro a distanza che può essere legato in modo stabile al rapporto di lavoro e prende, di fatto, il posto del telelavoro tradizionale. Tuttavia, tale modello avrà un campo di applicazione molto più ampio (lavoro a domicilio anziché telelavoro *stricto sensu*). Le parti del rapporto di lavoro potranno adottarlo in ogni caso in cui il lavoro si svolge fuori dei locali del datore di lavoro. La scelta del luogo è rimessa alle parti (proposta del dipendente e approvazione del datore di lavoro). A tal riguardo, il lavoratore può presentare liberamente una proposta. La soddisfazione delle esigenze organizzative (normativa in materia di salute e sicurezza, controlli effettuati dal datore di lavoro) richiede, tuttavia, che il luogo di lavoro venga tendenzialmente predeterminato e ricada, in qualche modo, sotto la sfera di controllo del dipendente (es. casa del dipendente, un telecentro, ma non bar). Inoltre, in ogni caso di impossibilità sopravvenuta (o di notevole difficoltà) a svolgere l'attività lavorativa, il datore di lavoro potrà imporre la forma straordinaria di lavoro a distanza. Tale fattispecie consiste in una *forma occasionale* di lavoro a distanza, adottata su richiesta del dipendente fino a 24 giorni in un anno solare¹⁴. L'obiettivo

¹⁴ Lo stato di emergenza epidemica non risulta ancora cessato (9 ottobre 2022); pertanto, i datori di lavoro conservano il diritto di imporre la modalità di lavoro a distanza pandemico.

principale di tale figura è rispondere alle esigenze di flessibilità dei dipendenti, che possono avere interesse ad utilizzarla, ad es. a causa della loro situazione personale o familiare, purché tale soluzione sia accettabile per il datore di lavoro. Il regime giuridico di ciascuna forma di lavoro a distanza differisce.

Il disegno di legge non riguarda in alcun modo il lavoro a distanza svolto sulla base di contratti di diritto civile. Il nuovo lavoro a distanza non si espande all'area dei rapporti giuridici regolati dal diritto civile¹⁵.

Tabella 1 *Forme giuridiche di lavoro a distanza in Polonia*

Quadro normativo vigente	Telelavoro (Codice del lavoro)	Lavoro a distanza pandemico (normativa anti-Covid)	Lavoro a distanza informale all'interno del rapporto di lavoro	Lavoro a distanza basato su contratti di diritto civile
Il quadro normativo previsto dal disegno di legge	Lavoro a distanza una sintesi del telelavoro attuale e del lavoro a distanza pandemico a) lavoro a distanza tradizionale b) telelavoro straordinario c) lavoro a distanza occasionale		Lavoro a distanza informale nell'ambito del rapporto di lavoro	Lavoro a distanza basato su contratti di diritto civile

¹⁵ Nella bozza iniziale erano previsti 12 giorni. Il numero di giorni di lavoro a distanza occasionale è ancora oggetto di discussione tra le parti sociali. I datori di lavoro propongono di aumentarlo mentre i sindacati vorrebbero ridurlo.

Insomma, il sistema vigente di lavoro a distanza in Polonia è complesso e articolato. In molti casi il lavoro a distanza viene svolto nella pratica utilizzando uno schema diverso da quello classico (lavoro a distanza informale nei rapporti di lavoro, lavoro a distanza nei contratti di diritto civile). Ciò può portare a una situazione in cui non si raggiunge il giusto equilibrio tra gli opposti interessi a causa della posizione assunta da ciascuna delle parti in via di fatto. Il disegno di legge offre maggiore spazio per sperimentare soluzioni negoziali volte a realizzare la flessibilità spazio-temporale. L'intento è quello di scoraggiare datori di lavoro e dipendenti dalla pratica del lavoro a distanza informale. Il successo di questa iniziativa dipenderà da come le nuove regole incideranno nella pratica. Allo stato, resta irrisolto il problema della prassi di elusione degli standard di diritto del lavoro mediante l'utilizzo di contratti di diritto civile.

3. *Fonti di regolazione del lavoro a distanza*

Le condizioni di tutela per lo svolgimento del telelavoro possono essere prescritte a vari livelli. Le norme protettive basilari sono definite dalla legge. Alcune norme legali hanno carattere inderogabile, altre possono essere modificate o integrate dalle parti sociali e dalle parti del rapporto di lavoro (cfr. § 4 e ss.). Le fonti di regolamentazione del lavoro a distanza sono quelle classiche: 1) i tipici contratti collettivi conclusi secondo le regole previste dalla LC (cap. XI), 2) gli accordi sul telelavoro conclusi con organizzazioni sindacali aziendali (il cui contenuto è circoscritto solo alle questioni di lavoro a distanza) e 3) i regolamenti emanati dai datori di lavoro per l'intera azienda o parte di essa.

Il coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori assume un ruolo fondamentale per poter realizzare un punto di mediazione degli interessi dei lavoratori e di quelli dei datori di lavoro nel lavoro a distanza. In linea generale le norme di attuazione e applicazione del telelavoro possono trovare la loro fonte nei classici contratti collettivi di livello aziendale o di livello superiore (es. categoriale). Tali contratti possono disciplinare nella loro interezza il contenuto dei rapporti di lavoro, a meno che non siano meno favorevoli per i dipendenti e non ledano diritti di terzi (art. 240, §§ 1 e 2 LC). Tuttavia, la ricerca svolta negli anni 2019-2022 ha evidenziato che il tema del lavoro a distanza (compreso il telelavoro) è generalmente assente nella contratta-

zione collettiva. I contratti collettivi di categoria sono quasi inesistenti. Di conseguenza, è mancato un sistema di regole per il lavoro a distanza a tale livello. Con sorpresa si rileva che le disposizioni sul lavoro a distanza sono molto rare anche nei contratti collettivi a livello aziendale che sono più diffusi. Nessuno dei contratti collettivi presi in esame ha dedicato particolare attenzione al tema¹⁶.

Al fine di scongiurare un vuoto normativo e di coinvolgere in qualche modo i rappresentanti dei lavoratori, la legge prevede un sistema alternativo per determinare le regole di base del telelavoro. Le regole generali possono essere dettate in contratti collettivi di livello aziendale (art. 67⁶ LC), che, contrariamente ai contratti collettivi tradizionali (ad es.), si occupano soltanto di telelavoro (contratti collettivi di telelavoro). L'accordo è siglato con l'organizzazione sindacale aziendale. In mancanza di accordo il datore di lavoro può emanare unilateralmente regolamenti sul telelavoro, tenendo conto del parere (peraltro non vincolante) dei sindacati. In assenza di organizzazioni sindacali aziendali, il datore di lavoro, dopo aver consultato i rappresentanti dei lavoratori eletti secondo le regole adottate in azienda (la legge non prevede regole sulla elezione), può ugualmente introdurre le norme sul telelavoro. Il parere dei rappresentanti eletti non è vincolante. Gli accordi sul telelavoro e i regolamenti del datore di lavoro si applicano al gruppo di telelavoratori. Nella pratica gli accordi con i sindacati sono molto rari (se non altro perché le organizzazioni sindacali aziendali esistono in poche imprese). I datori di lavoro che intendono disciplinare il telelavoro possono dunque fare ricorso allo strumento del regolamento. In assenza di regole collettive, può essere introdotto un accordo individuale stipulato dal datore di lavoro e dal lavoratore. Il disegno di legge non incoraggia la conclusione di contratti collettivi tradizionali per regolare il lavoro a distanza nei confronti di fasce più ampie di datori di lavoro. Il governo non ha colto l'occasione della diffusione e dell'importanza del lavoro a distanza per promuovere la contrattazione collettiva.

Le regole generali sullo svolgimento del lavoro a distanza (che sostituiscono quelle attuali sul telelavoro) costituiranno in futuro la principale base di riferimento. Non cambiano le fonti di regolazione: accordo con le organizzazioni sindacali aziendali, regolamenti emanati dal datore di lavoro (se

¹⁶ <https://www.rp.pl/prawo-pracy/art37181491-rzad-chce-rozszerzyc-prace-zdalna-bedzie-nie-tylko-na-umowie-o-prace>.

l'accordo non è stato raggiunto o non ci sono sindacati in azienda), accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore. Il disegno di legge chiarisce, piuttosto, il contenuto della disciplina, rinviando, in particolare, a tali fonti la specificazione di alcuni profili, quali: 1) la classe o le classi di dipendenti che possono svolgere il lavoro a distanza; 2) il rimborso del costo sostenuto dal dipendente; 3) le regole per il calcolo dell'equivalente in denaro per il dipendente (ad es. per l'utilizzo delle proprie attrezzature); 4) le norme sulla comunicazione tra le parti, ivi inclusa la modalità di conferma della presenza sul posto di lavoro da parte del dipendente; 5) le regole per l'esercizio del potere di controllo sulla prestazione di lavoro; 6) le regole per il controllo degli standard di tutela in materia di salute e sicurezza; 7) le regole per il controllo del rispetto dei requisiti in materia di sicurezza e protezione delle informazioni, comprese le procedure per la protezione dei dati personali; 8) le regole in materia di installazione, inventario, manutenzione, servizio di aggiornamento del *software* e degli strumenti di lavoro affidati al dipendente, compresi i dispositivi tecnici.

Le condizioni di tutela del lavoro a distanza straordinario e occasionale possono essere previste attraverso una speciale procedura, coerentemente con la loro natura. Nel caso di lavoro a distanza straordinario il datore di lavoro detta unilateralmente le regole contestualmente alla sua decisione di imporre tale modalità organizzativa. Tale soluzione si giustifica in considerazione delle circostanze in cui si ricorre al lavoro a distanza (forza maggiore) e della mancanza di tempo per espletare la procedura. Nel caso di lavoro a distanza occasionale (possibile fino a 24 giorni all'anno) non vi è alcun obbligo di predisporre regole generali. Il datore di lavoro e il lavoratore dovrebbero, tuttavia, accordarsi per introdurre una disciplina su alcune questioni legate all'organizzazione del lavoro (in particolare, il controllo e la comunicazione).

Uno dei tratti più significativi della normativa polacca, anche nel campo del lavoro a distanza, è la percezione di un difetto di rappresentanza dei soggetti collettivi (e dunque di una legittimazione democratica). In linea generale, in questo sistema la contrattazione collettiva attraversa una crisi molto profonda. Nella prassi non viene mai utilizzata per produrre le regole sul lavoro a distanza. Accordi collettivi sul telelavoro vengono conclusi raramente. La principale fonte di regolazione è costituita dai regolamenti aziendali e dagli accordi individuali. Il disegno di legge non incide su questo assetto e non fornisce alcun reale sostegno alla contrattazione collettiva. Il ruolo preponderante svolto dai regolamenti emanati dai datori di lavoro e dagli accordi

individuali comporta un *deficit* di democrazia e indebolisce la tutela dei lavoratori. Viene meno una delle condizioni di base per garantire un adeguato equilibrio valoriale nella regolazione del lavoro a distanza.

4. *L'implementazione del lavoro a distanza*

Il telelavoro deve essere parte integrante del contratto di lavoro e non può essere imposto con decisione unilaterale del datore di lavoro (art. 67⁷ § 4 LC). Tale forma organizzativa può essere introdotta: 1) con una specificazione delle mansioni con cui è assunto il lavoratore (da cui si evince l'intento delle parti di svolgere fin dall'inizio il lavoro a distanza) oppure 2) in virtù di un'iniziativa volontaria successiva. La legge predispone un quadro articolato di regole per attuare il telelavoro nel corso dello svolgimento del rapporto. L'obiettivo principale è quello di tutelare la volontarietà del lavoro a distanza, messa a rischio dall'esistenza della condizione di squilibrio strutturale in cui si trovano le parti del rapporto. L'adozione del telelavoro può essere sollecitata da entrambe le parti. Di regola, una richiesta del lavoratore in tal senso non vincola il datore di lavoro. Tuttavia, in relazione a speciali categorie di lavoratori, il mancato accoglimento da parte del datore di lavoro è possibile solo in presenza di una motivazione¹⁷. Il lavoratore può adire il tribunale del lavoro. Inoltre, se il telelavoro è stato concordato durante il rapporto di lavoro, ciascuna parte, entro tre mesi dalla data di inizio del telelavoro, può presentare una richiesta vincolante di rinuncia al medesimo. Decorso tale termine il datore di lavoro deve accettare la richiesta del lavoratore ove possibile (condizione, questa, molto ambigua). Egli può ripristinare la situazione preesistente (nessun telelavoro) mediante una dichiarazione unilaterale di volontà, previo preavviso, mentre il rifiuto del dipendente comporta la risoluzione del contratto di lavoro (art. 42 § 1-3 LC). Questo assetto, in particolare in caso di lavoro a distanza, si traduce in qualche misura in una limitazione della libertà di lavorare a distanza (nella sua accezione negativa).

La proposta del dipendente di attuare il telelavoro, il rifiuto di eseguire

¹⁷ PISARCZYK, RUMIAN, WIECZOREK, *Zakładowe układy zbiorowe - nadzieja na dialog społeczny?* (Contratti collettivi a livello aziendale: un barlume di speranza per il dialogo sociale), in *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2021/6, <https://www.pwe.com.pl/czasopisma/praca-i-zabezpieczenie-spoleczne/zakladowe-uklady-zbiorowe-nadzieja-na-dialog-spoleczny,a1992889691>.

il telelavoro proposto dal datore di lavoro, nonché la rinuncia al telelavoro non possono comportare conseguenze negative per il dipendente, come ad es. il licenziamento (art. 67⁷ LC).

Il lavoro a distanza pandemico può essere disposto dal datore di lavoro nell'esercizio di un suo potere unilaterale. La legge chiarisce le condizioni richieste a tale fine. In particolare, il lavoro a distanza può essere istituito: 1) per contrastare gli effetti della pandemia; 2) nella misura in cui il tipo di lavoro lo consenta ed 3) il dipendente possieda le competenze tecniche e il supporto organizzativo per prestare il lavoro in tale modalità (es. strumentazione necessaria). Se ricorrono queste condizioni, la decisione del datore di lavoro è vincolante per il lavoratore¹⁸. Nel lavoro a distanza pandemico la normativa non tutela la natura volontaria del rapporto, per cui il lavoratore deve sottostare alla decisione del datore di lavoro. In tal caso, infatti, il legislatore polacco ha riconosciuto un rilievo prevalente alla tutela di altri interessi, quali la tutela della vita e della salute. Una soluzione simile (lavoro a distanza su richiesta del datore di lavoro o anche in virtù di legge) ha trovato riscontro anche in altri ordinamenti giuridici in seguito allo scoppio della pandemia¹⁹. Il diritto del datore di lavoro di imporre la forma di lavoro da remoto è strettamente legato allo stato di emergenza pandemica. Il datore di lavoro deve predeterminare il periodo di tempo nel quale la prestazione deve essere svolta a distanza (es. un mese). Inoltre, il potere del datore di lavoro non si estende oltre il tipo di attività concordata dalle parti: la decisione del datore di lavoro si riferisce solo al lavoro pattuito nel contratto.

Il telelavoro, così come il lavoro a distanza pandemico, non incide sullo *status* giuridico di un dipendente. La modifica del luogo di lavoro non mette in discussione l'essenza della subordinazione. Diverso è il problema (cfr. § 2) legato al fenomeno dell'aggiornamento della normativa di diritto del lavoro

¹⁸ In tali categorie rientrano: 1) il lavoratore-coniuge o il lavoratore-genitore che affronta una fase di sviluppo prenatale, in caso di gravidanza con complicazioni; 2) il genitore-dipendente di un figlio in possesso del certificato previsto dalla legge sul sostegno alle donne in gravidanza e alle famiglie "For Life"; 3) il genitore-dipendente: a) di un figlio in possesso di un attestato di invalidità o di disabilità di grado moderato o grave, come previsto dalla normativa in materia di riabilitazione professionale e sociale e sull'impiego di persone con disabilità e b) di un figlio per cui vi sia la necessità di un sostegno precoce allo sviluppo, di un'istruzione speciale o un certificato della necessità di attività di riqualificazione e di educazione (art. 142¹ LC).

¹⁹ L'ordinanza del datore di lavoro può essere emessa in qualsiasi forma. Il datore di lavoro ha inoltre il diritto di revocare in qualsiasi momento la propria decisione di imporre il lavoro a distanza.

tramite la stipula di contratti di diritto civile. Questa, più che altro, è una conseguenza della decisione delle parti e della mancanza di tecniche efficaci per (ri)qualificare i contratti di diritto civile come contratti di lavoro.

Le modalità di attuazione del nuovo lavoro a distanza previsto dal disegno di legge dipenderanno dalle circostanze di fatto.

Il tipico lavoro a distanza sarà attuato in maniera analoga al telelavoro – quale elemento del rapporto di lavoro – previsto all’inizio o durante il rapporto di lavoro. Il disegno di legge tutela la natura volontaria del lavoro a distanza come nel caso del telelavoro. Una importante novità è costituita dall’ampliamento della cerchia dei dipendenti che godono di un trattamento privilegiato in quanto hanno diritto all’accoglimento della domanda, ove tale modalità sia compatibile con il tipo o con l’organizzazione del lavoro (per cui vi è ora un obbligo di motivazione del rifiuto da parte del datore di lavoro). Rispetto alla normativa vigente, lo *status* privilegiato sarà concesso, tra l’altro, alle donne in gravidanza, ai dipendenti che si prendono cura di bambini di età inferiore ai 4 anni e ai dipendenti che si prendono cura di altri familiari con disabilità diagnosticata. Al contempo, il disegno di legge di attuazione della dir. 2019/1158 sull’equilibrio tra vita professionale e vita privata per genitori e tutori e che abroga la dir. 2010/18/UE del Consiglio prevede che i dipendenti che si prendono cura di bambini fino a 8 anni possano richiedere l’adozione di modalità di lavoro flessibile, compreso il telelavoro (che probabilmente sarà convertito in lavoro a distanza).

La volontarietà del lavoro a distanza è garantita anche dalla previsione che considera reversibile la decisione di lavorare a distanza assunta in costanza di rapporto (entro 3 mesi dall’adozione). In tale ipotesi ciascun contraente può presentare un’istanza per il ripristino della modalità organizzativa preesistente (lavoro non remoto)²⁰. Con una rilevante innovazione, la normativa esclude espressamente, decorso tale termine, un diritto del datore di lavoro a ricostituire le precedenti condizioni di lavoro attraverso un’azione legale (oggi il rifiuto del dipendente porta alla risoluzione del contratto). Inoltre, il disegno di legge prevede espressamente che il datore di lavoro non si possa rifiutare di concedere il lavoro a distanza ai dipendenti appartenenti alla speciale categoria in precedenza richiamata (a meno che un rifiuto sia oggettivamente giustificato). La richiesta per svolgere il lavoro a distanza, il rifiuto

²⁰ Cfr. per maggiori informazioni i rapporti pubblicati su *Italian Labour Law E-Journal* 2020, No. 13(1S).

di lavorare a distanza e il recesso dall'accordo non possono costituire motivo di ritorsione nei confronti del dipendente, compreso il licenziamento.

Il datore di lavoro potrà obbligare il lavoratore (con un'ordinanza) a svolgere il telelavoro solo in circostanze straordinarie, quali lo stato di emergenza, la minaccia di un'epidemia²¹ o lo stato epidemico nonché nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non sia in grado di salvaguardare la salute e la sicurezza nei propri locali. Il dipendente dovrà presentare una dichiarazione nella quale attesta che le condizioni abitative e tecniche sono idonee allo svolgimento del lavoro a distanza. Il datore di lavoro avrà il diritto di revocare la decisione in qualsiasi momento (con almeno un giorno di preavviso) e l'obbligo di recedere dall'accordo sul lavoro a distanza, ove il dipendente comunichi che a causa del cambiamento delle condizioni tecniche e abitative non sia più in grado di svolgere il lavoro a distanza. La specialità del lavoro a distanza è giustificata, come nel lavoro a distanza pandemico, dalle circostanze straordinarie in cui viene applicato. Di conseguenza, tale forma costituisce un'eccezione e non mette in discussione la struttura volontaristica del lavoro a distanza. Inoltre, lo svolgimento del lavoro a distanza dipenderà dalla situazione di fatto del dipendente (condizioni tecniche e abitative necessarie per svolgere il lavoro).

Il telelavoro occasionale trova il fondamento in un accordo *ad hoc* delle parti e non comporta alcuna alterazione del contenuto del rapporto di lavoro. Il dipendente sarà legittimato a richiederne l'utilizzo e deve specificare il numero di giorni e le date di utilizzo del lavoro a distanza (entro il limite annuale di 24 giorni). Il lavoratore non è tenuto a motivare la richiesta. Tuttavia, il datore di lavoro non sarà vincolato dalla stessa. Inoltre, non è richiesta alcuna giustificazione del rifiuto. Nel lavoro a distanza occasionale, le parti non si accordano sul luogo di lavoro, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del lavoratore. Di regola, non è necessario il consenso del datore di lavoro; il che consente di svolgere la prestazione da varie località, anche dall'estero.

Il disegno di legge, così come la normativa vigente, non comporta la modifica dello *status* di lavoratore subordinato.

La natura volontaria del lavoro a distanza viene garantita nel diritto polacco attuale e così pure nella proposta in esame. Le regole di attuazione del

²¹ Qualora il lavoro a distanza sia stato richiesto da dipendenti appartenenti a categorie privilegiate, il datore di lavoro può ripristinare le precedenti condizioni di lavoro solo in casi giustificati.

Ed entro tre mesi dalla loro cancellazione.

telelavoro sono da ritenere coerenti con i criteri sanciti dall'accordo quadro (telelavoro previsto dall'accordo, richieste di attuazione del telelavoro, diritto di recesso dal telelavoro). Lo stesso vale per il lavoro a distanza previsto nel ddl. Il nuovo lavoro a distanza occasionale sarà applicato su richiesta del dipendente. Il datore di lavoro è legittimato ad imporlo unilateralmente solo in circostanze particolari, ossia allorquando sia giustificato dalla necessità di tutela della vita e della salute. In linea di principio, la legge polacca garantisce il mantenimento dello *status* di lavoratore subordinato. Nella pratica corrente accade spesso che siano stipulati contratti di diritto civile nelle condizioni tipiche del rapporto di lavoro. La problematica, tuttavia, prescinde dalla normativa sul lavoro a distanza ed esula, in parte, dal presente lavoro in quanto attiene ad un più ampio fenomeno sociale e giuridico.

5. *Strumentazione di lavoro e costi del lavoro a distanza*

Il LC, ispirandosi all'accordo quadro, detta le regole per fornire ai telelavoratori attrezzature e strumenti. Il datore di lavoro è tenuto a: 1) dotare il telelavoratore della strumentazione necessaria per svolgere la prestazione a distanza; 2) provvedere ad un'assicurazione per tale attrezzatura; 3) accollarsi le spese relative ad installazione, assistenza e manutenzione delle apparecchiature; 4) offrire al telelavoratore il supporto tecnico e la formazione necessaria all'utilizzo dell'apparecchiatura. Le parti possono disporre diversamente in un accordo separato dal contratto di lavoro. In tal caso, il telelavoratore ha diritto a un equivalente in denaro per l'utilizzo delle proprie apparecchiature private (art. 67 LC) in conformità con le norme di legge e con i principi che presiedono allo svolgimento del telelavoro (sez. 3).

Per quanto riguarda il lavoro a distanza pandemico, al dipendente debbono essere forniti gli strumenti e i materiali necessari, nonché il supporto logistico per lavorare fuori dai locali del datore di lavoro. Tuttavia, la legge non specifica il contenuto di tale obbligo. Al lavoratore non è fatto divieto di utilizzare strumenti o materiali che non siano stati forniti dal datore di lavoro (purché soddisfino i parametri di sicurezza). Stante la formulazione ambigua della norma attuale, ci si è chiesti che tipo di strumentazione debba essere fornita dal datore di lavoro e su chi ricada la responsabilità di allestire il luogo di lavoro presso il domicilio del lavoratore. Il carattere eccezionale del lavoro a distanza pandemico giustifica in parte la genericità delle disposizioni.

Il disegno di legge chiarisce ed estende gli obblighi del datore di lavoro su questi profili. In base a tali previsioni il datore di lavoro è tenuto a: 1) fornire al lavoratore i materiali e gli strumenti di lavoro, compresi i dispositivi tecnici, necessari per svolgere la prestazione a distanza; 2) provvedere a installazione, assistenza e manutenzione delle apparecchiature per eseguire il lavoro a distanza, o coprire i costi necessari a tal fine; 3) coprire gli altri costi direttamente connessi allo svolgimento del lavoro a distanza (es. servizi elettrici e di telecomunicazioni), se è stato previsto il rimborso di essi. Il disegno di legge afferma chiaramente che è il datore di lavoro ad essere responsabile del costo dell'elettricità e di internet e a dover coprire anche altri costi relativi al lavoro a distanza.

Le parti possono autorizzare l'utilizzo da parte del dipendente di materiali e strumenti di lavoro non forniti dal datore di lavoro, compresi i dispositivi tecnici necessari all'esecuzione del lavoro a distanza, purché in possesso dei requisiti previsti dal codice del lavoro. In tal caso il lavoratore ha diritto a un equivalente in contanti nella misura concordata con il datore di lavoro. L'obbligo di coprire i costi connessi allo svolgimento del lavoro a distanza e di corrispondere il controvalore per l'utilizzo delle attrezzature del dipendente può essere sostituito dall'obbligo di corrispondere una somma forfettaria, il cui importo deve corrispondere ai costi sostenuti dal dipendente²².

La normativa vigente solleva alcuni dubbi interpretativi. In alcuni casi si è posto il problema che il dipendente debba sostenere costi sproporzionati a causa del lavoro a distanza (contrariamente a quanto prevede l'accordo quadro). Tale problema è emerso su larga scala durante la pandemia giacché, a causa della diffusione massiva del lavoro a distanza, molti dipendenti si sono fatti carico di costi energetici e di internet assai elevati. Il disegno di legge intende dare vita a regole più trasparenti in termini di attrezzature e costi al fine di rendere più effettivi i diritti garantiti ai lavoratori a distanza. In particolare la nuova legge dovrebbe risolvere le criticità più ricorrenti, come i costi dell'elettricità e di internet.

²² Nel determinare l'importo dell'equivalente in denaro o della somma forfettaria si tiene conto, in particolare, del grado di usura di materiali e strumenti, compresi i dispositivi tecnici, dei loro prezzi di mercato documentati e della quantità di materiale utilizzato per il fabbisogno del datore di lavoro e dei prezzi di mercato di questo materiale, nonché dell'entità del consumo di energia elettrica e dei costi dei servizi di telecomunicazione.

6. *L'organizzazione e lo svolgimento del lavoro a distanza*

Il codice del lavoro appresta un quadro compiuto di regole per lo svolgimento del telelavoro, in particolare al fine di trovare un equilibrio tra le prerogative del datore di lavoro, da un lato, e la tutela dei dipendenti in materia di sicurezza e *privacy*, dall'altro (nel rispetto delle regole derivanti dall'accordo quadro). La prassi applicativa ha mostrato, tuttavia, che alcune disposizioni necessitano di essere chiarite o riformate.

Innanzitutto la legge richiede di definire con chiarezza il ruolo dei telelavoratori all'interno della struttura aziendale. Il datore di lavoro deve fornire al lavoratore informazioni adeguate in merito all'unità organizzativa in cui è situato il luogo di lavoro del telelavoratore e ad una persona che rappresenta il datore di lavoro che è responsabile della cooperazione con il lavoratore (art. 67¹⁰, § 1 LC). Il datore di lavoro e il telelavoratore possono concludere un accordo (distinto dal contratto di lavoro) che regoli la trasmissione di informazioni, comprese le modalità di rilevazione della presenza del telelavoratore sul posto di lavoro nonché le forme che può assumere il potere di controllo sul telelavoratore.

In linea generale, il datore di lavoro resta il soggetto responsabile in materia di salute e sicurezza sul lavoro dei telelavoratori (art. 67¹⁷ LC) anche se viene esentato da alcune obbligazioni legate alle circostanze di svolgimento del telelavoro: la responsabilità per lo stato degli edifici e delle sue parti (es. locali) in cui viene svolto il lavoro; l'obbligo di dotarsi di adeguate strutture igienico-sanitarie (es. bagni). Nella sostanza, i datori di lavoro ritengono che la portata delle esenzioni sia insufficiente (un esempio è la necessità di valutare il rischio professionale per ogni singolo luogo di lavoro).

Per quanto riguarda l'orario di lavoro, si applicano le disposizioni generali del codice del lavoro, tra cui la durata della giornata lavorativa, i periodi di riposo, il lavoro straordinario. Non sono presenti regole particolari che consentono al dipendente di autodeterminare il tempo di lavoro (sez. 9 FA). Il che implica che la gestione dell'orario di lavoro ricade nella sfera del datore di lavoro. L'orario di lavoro può essere svolto nella sua interezza al di fuori dei locali del datore di lavoro, non essendo affatto necessario che una parte di esso sia svolto al loro interno. La legge non garantisce al dipendente il diritto alla disconnessione. Tuttavia, i dipendenti sono protetti dalle norme generali sull'orario di lavoro sopra menzionate. Il lavoro eccedente il normale orario di lavoro è considerato straordinario ed è consentito solo in caso di particolari

esigenze del datore di lavoro²³. Si pone tuttavia la questione se tali garanzie siano sufficienti in considerazione della specificità del lavoro a distanza.

Il datore di lavoro è legittimato ad eseguire controlli su: 1) l'esecuzione del telelavoro da parte del lavoratore dipendente; 2) il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza (art. 67¹⁶, LC); 3) il rispetto delle normative in materia di *cybersecurity*. Le ispezioni avvengono, d'intesa con il dipendente, nel luogo in cui viene svolto il telelavoro durante l'orario di lavoro del dipendente. La procedura da seguire per l'ispezione viene adattata dal datore di lavoro alle caratteristiche del luogo di lavoro (es. abitazione del lavoratore) e alla sua tipologia. Qualora il telelavoro viene svolto da casa è necessario il preventivo consenso del telelavoratore. Le ispezioni non devono violare la *privacy* del telelavoratore e dei suoi familiari, né comportare una limitazione della garanzia di inviolabilità del domicilio (art. 67, c. 14, LC). Inoltre, il datore di lavoro ha il diritto di accedere al luogo di lavoro per verificare il rispetto delle vigenti disposizioni in materia di salute e sicurezza.

Il codice del lavoro prevede che il telelavoratore non sia trattato in modo meno favorevole, nel momento della costituzione e cessazione del rapporto di lavoro, nelle condizioni di impiego (compresa la retribuzione), nella promozione e accesso alla formazione professionale, rispetto agli altri dipendenti impiegati con le stesse o simili mansioni; ciò, tuttavia, tenendo conto della peculiarità del telelavoro (che può giustificare alcune differenze di trattamento). Per scongiurare il rischio di un isolamento, il datore di lavoro deve consentire ai telelavoratori di entrare nei luoghi di lavoro, contattare altri dipendenti, nonché utilizzare i locali e le attrezzature del datore di lavoro, le strutture sociali aziendali e le attività sociali alle stesse condizioni che si applicano a tutti gli (altri) dipendenti.

I telelavoratori godono degli stessi diritti collettivi di cui sono titolari gli altri lavoratori comparabili. In qualità di dipendenti essi possono costituire e aderire a sindacati, dai quali sono rappresentati sia nelle vicende riguardanti il rapporto individuale (per es. la decisione del datore di lavoro di recedere dal contratto di lavoro deve essere preceduta da una consultazione con un'organizzazione sindacale che rappresenti il dipendente) sia in quelle collettive (stipula di contratti collettivi). La legge prevede le stesse condizioni per partecipare e candidarsi alle elezioni degli organi di rappresentanza dei lavoratori. I telelavoratori sono inclusi nel computo per determinare le soglie

²³ Cfr. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=CCSJJEY>.

relative agli organismi di rappresentanza dei lavoratori. I telelavoratori possono comunicare liberamente con i loro rappresentanti (cfr. sez. II FA).

Il sistema di regole istituito per svolgere il futuro lavoro a distanza si atteggia in modo non dissimile da quello riguardante il telelavoro esistente. Il governo prevede, tuttavia, alcuni emendamenti volti a migliorare gli standard di protezione dei lavoratori e ad adattare meglio il lavoro a distanza alle esigenze dell'organizzazione del lavoro al di fuori dei locali del datore di lavoro.

Il datore di lavoro sarà comunque obbligato a fornire al lavoratore informazioni in merito alla sua unità organizzativa e ad una persona che lo rappresenta in quanto responsabile della cooperazione con il lavoratore. Il datore di lavoro sarà tenuto inoltre ad impartire al dipendente a distanza la formazione e l'assistenza tecnica richieste per svolgere tale modalità di lavoro. Il disegno di legge apporta poi qualche modifica alla normativa in materia di protezione dei dati. Il dipendente e il datore di lavoro pongono le condizioni per garantire una comunicazione reciproca. Il datore di lavoro definisce le procedure per la protezione dei dati personali e predispone, se necessario, una formazione al riguardo. Per garantire una comunicazione più proficua e rapida le parti potranno sottoporre qualsiasi tipo di dichiarazioni, non solo in formato cartaceo ma anche in formato elettronico.

Significative novità si registrano in materia di salute e sicurezza. Per migliorare gli standard di tutela della sicurezza, il disegno di legge vieta il lavoro a distanza in condizioni pericolose o problematiche. Il legislatore presume che in tali circostanze un dipendente che lavora all'esterno dei locali non possa essere dotato di adeguate misure di protezione. Tuttavia, l'obiettivo principale perseguito con le modifiche normative in esame è quello di adattare il più possibile il contenuto degli obblighi del datore di lavoro alle caratteristiche peculiari del lavoro a distanza, principalmente al fine di eliminare, attenuare o modificare quegli obblighi che risulta impossibile o molto difficile adempiere al di fuori dei locali. In primo luogo, il disegno di legge semplifica le prescrizioni riguardanti l'effettuazione della valutazione dei rischi professionali da parte del datore di lavoro. Il datore di lavoro potrà predisporre il documento di valutazione con riguardo alle categorie di dipendenti che svolgono le stesse mansioni (oggi la valutazione deve essere distinta per ciascun luogo di lavoro). In secondo luogo, la bozza contiene una disposizione che prevede esplicitamente che il lavoratore debba organizzare il posto di lavoro tenendo conto dei requisiti di ergonomia in caso di posta-

zioni informatiche. Il dipendente sarà tenuto a presentare una dichiarazione attestante che il luogo di lavoro soddisfa i requisiti di salute e sicurezza sul lavoro. L'intento del legislatore è quello di esonerare il datore di lavoro da ogni responsabilità con riferimento ad aree che non ricadono sotto il suo controllo. Allo stesso tempo, tuttavia, ciò può portare a rendere più gravosa la condizione del dipendente e ad una limitazione dei suoi diritti. In terzo luogo, sono previste alcune modifiche relative alla procedura per gli infortuni sul lavoro. L'ispezione della scena dell'incidente deve essere concordata con il dipendente o altro membro della famiglia (se l'incidente è avvenuto a casa del dipendente). Inoltre, il gruppo che esamina le ragioni dell'incidente può astenersi dall'ispezione del luogo di lavoro (es. locali del dipendente), se le circostanze di esso risultano chiare. In quarto luogo, si prevede che la formazione nel campo della salute e sicurezza per i dipendenti possa essere svolta interamente con l'uso di strumenti di comunicazione elettronica.

Il governo non ha ravvisato la necessità di alcuna riforma della normativa attuale sul versante dell'orario di lavoro. Le parti possono decidere liberamente (come accade già da ora) di non applicare orari di lavoro predefiniti. In caso contrario la prestazione viene eseguita secondo l'orario previsto. Non viene garantito in alcun modo che la prestazione di lavoro venga eseguita in parte all'interno dell'azienda. Infine, il governo si è rifiutato di accogliere le proposte volte a riconoscere espressamente al dipendente un diritto alla disconnessione. Secondo il Ministro della famiglia e delle politiche sociali, i dipendenti sono sufficientemente protetti dalle norme sull'orario di lavoro: essi possono essere disconnettersi fuori dell'orario di lavoro mentre il lavoro straordinario è limitato a circostanze straordinarie e retribuito in modo più favorevole²⁴. Tuttavia, a causa della specificità del lavoro a distanza e dei rischi connessi a questa forma di lavoro (che, tramite le comunicazioni di e-mail o altre forme di contatto a distanza, interferisce con la sfera privata del dipendente) la normativa generale sull'orario di lavoro non è da considerare sempre del tutto adeguata ed efficace.

La nuova legge qualifica *expressis verbis* come discriminazione la disparità di trattamento basata sul telelavoro, fugando in tal modo i dubbi sorti in merito alla possibilità del telelavoratore di avvalersi trattamento privilegiato previsto in sede processuale (es. l'alleggerimento dell'onere della prova sul datore di lavoro). Il disegno di legge conserva le norme legali di protezione contro

²⁴ Cfr. <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=CCSJJEY>.

l'isolamento. Il governo ha voluto rendere più chiara la normativa di tutela contro le discriminazioni. Il disegno di legge vieta qualsiasi disparità di trattamento dei lavoratori a distanza a meno che non sia oggettivamente giustificata (in relazione alle caratteristiche del loro lavoro).

Poiché il lavoro a distanza *occasionale* costituisce un'ipotesi eccezionale, datori di lavoro e dipendenti non dovranno applicare gran parte delle regole sull'organizzazione del lavoro a distanza. Il disegno di legge prevede solo che le parti raggiungano un accordo volto a monitorare il rispetto delle regole in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di protezione dei dati, inclusa la protezione dei dati personali.

7. Conclusioni

L'attuale normativa polacca prevede due schemi giuridici di lavoro a distanza: il telelavoro e il lavoro a distanza in caso di pandemia. Il sistema di regole sul telelavoro rispecchia, essenzialmente, l'accordo quadro europeo. Tale normativa fornisce la nozione di telelavoro e garantisce la volontarietà e la reversibilità della relativa scelta per entrambe le parti, occupandosi inoltre di svariati profili, quali parità di trattamento, strumentazione (fornitura, manutenzione, costi e assistenza tecnica), *privacy* e protezione dei dati, salute e sicurezza, formazione e diritti di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori. In alcune aree, si ritiene che la legge polacca sia andata anche oltre gli standard di tutela previsti dall'accordo. La legge anti-Covid ha istituito un altro schema legale di carattere straordinario per contrastare le conseguenze della pandemia. Tuttavia, le fattispecie di telelavoro e di lavoro a distanza pandemico hanno mostrato alcuni limiti e lacune. Lo schema classico di telelavoro può essere utilizzato nel solo caso in cui la prestazione di lavoro viene svolta con il supporto delle tecnologie dell'informazione. Di conseguenza, il quadro giuridico esistente non è in grado di fornire una risposta adeguata alla crescente richiesta di lavoro a distanza. Nella pratica, datori di lavoro e dipendenti finiscono per dare vita ad un modello autonomo di lavoro a distanza che si affianca a quello legale.

Il disegno di legge presentato nella primavera del 2022 dal governo si propone di ripensare e completare il quadro legale esistente in questa materia. In primo luogo, esso estende l'ambito di applicazione della normativa sul lavoro a distanza. La nuova legge si applica a tutti i dipendenti che svol-

gono la prestazione fuori dai locali aziendali nella misura in cui il lavoro a distanza sia adeguatamente implementato. Tale disciplina dovrebbe arginare il fenomeno del lavoro autonomo (informale) a distanza che si è diffuso tra datori di lavoro e dipendenti. In futuro, tali soggetti troveranno più vantaggioso il ricorso alle nuove disposizioni, essenzialmente incentrate e modellate sulle caratteristiche del lavoro a distanza. Tuttavia, la proposta non risolve il problema della “fuga” dalla subordinazione causata dalla diffusione di contratti di matrice civilistica. A questo proposito si rende necessario un intervento di legge organico (e più di sistema) anche se il disegno di legge non fornisce di per sè un sostegno a tali contratti (che infatti non ricadono nel campo di applicazione delle norme speciali adottate per il lavoro a distanza). Una novità interessante è costituita dal lavoro a distanza occasionale (fino a 24 giorni l’anno), caratterizzato da un alto grado di informalità. Questo nuovo modello consentirà di svolgere brevi periodi di lavoro da remoto, ad es. dal domicilio del lavoratore, senza che il datore di lavoro debba farsi carico delle formalità previste per il telelavoro classico. Questo nuovo assetto era stato a lungo atteso da entrambi, datori di lavoro e dipendenti.

Il disegno di legge ha adattato al lavoro a distanza le fattispecie di telelavoro che hanno mostrato basi più solide e hanno assicurato il rispetto dell’accordo quadro. Per certi versi, il legislatore intende rafforzare il quadro normativo. Il disegno di legge scioglie alcuni dubbi che si sono posti in merito alla distribuzione dei costi tra le parti. L’idea è che il dipendente non dovrebbe sostenere i costi relativi allo svolgimento del lavoro, inclusi elettricità e internet. Al contempo, la legge appresta una normativa che semplifica il rimborso delle spese da parte del datore di lavoro. Non mancano speciali norme di tutela (adattate al lavoro a distanza) in materia di organizzazione del lavoro, salute e sicurezza e *privacy* dei dipendenti. Tra le righe del testo si può leggere l’idea di lasciare al dipendente la responsabilità di attestare che il posto di lavoro sia organizzato in modo da garantire uno svolgimento del lavoro in condizioni adeguate di sicurezza. Molto dipenderà dall’incidenza della nuova legge sulla prassi applicativa.

Restano alcune aree tematiche nelle quali sarebbero auspicabili ulteriori interventi correttivi. Sebbene la legge polacca riconosca ai rappresentanti dei dipendenti un ruolo partecipativo nell’introduzione del lavoro a distanza, il coinvolgimento di tali attori continua a poggiarsi su basi piuttosto deboli. Nella maggior parte dei casi, le condizioni del telelavoro vengono determinate da fonti unilaterali promananti dal datore di lavoro (regolamenti emanati

dopo le consultazioni con i rappresentanti eletti) e da accordi individuali con i dipendenti. Il legislatore non ha approfittato della crescita straordinaria del lavoro a distanza per promuovere il ruolo della contrattazione collettiva. La prassi di applicare le disposizioni sull'orario di lavoro ai dipendenti a distanza andrebbe rafforzata, soprattutto al fine di garantire l'effettività del diritto alla disconnessione. Non è affatto pacifico, peraltro, che le normative generali in tema di orario di lavoro siano in grado di fornire una tutela adeguata a riguardo.

Nonostante i dubbi e le preoccupazioni sollevate, il legislatore polacco si accinge a fare un passo in avanti nel processo di modernizzazione della normativa sul lavoro a distanza. A fronte delle trasformazioni in atto, la futura legge individua una fattispecie più ampia e flessibile di lavoro a distanza che differisce dal telelavoro in senso stretto. Le modifiche normative mirano a superare le criticità richiamate e a ricostituire un adeguato equilibrio nell'assetto di interessi sotteso alla disciplina. Restano ancora sul tappeto alcuni profili che richiedono un costante monitoraggio nella pratica (l'adattamento del luogo di lavoro, l'orario di lavoro e il diritto alla disconnessione). Fino a che non si intervenga con modifiche di sistema non potranno, inoltre, essere sciolti alcuni nodi problematici di carattere più generale (il deficit di democrazia, l'abuso dello *status* di diritto civile).

Abstract

Il diritto polacco attualmente vigente contempla due fattispecie di lavoro a distanza: il telelavoro e la forma emergenziale di lavoro a distanza. Il telelavoro è, tuttavia, previsto solo in relazione al lavoro basato sull'utilizzo di tecnologie informatiche mentre la normativa anti-Covid, che consente il lavoro a distanza indipendentemente dall'uso delle tecnologie informatiche, assume un carattere straordinario e temporaneo. In conseguenza di ciò, il quadro giuridico non risponde in modo adeguato alla crescente richiesta di lavoro a distanza. Per ovviare a questa situazione il governo ha recentemente presentato un disegno di legge volto ad apprestare un nuovo quadro organico di regole per il lavoro a distanza. Il caso polacco può essere utile per riflettere sulle tecniche giuridiche più idonee a porre un freno allo sviluppo del lavoro a distanza. Inoltre, appare assai utile per sperimentare strumenti in grado di garantire un assetto più equilibrato in tali forme di lavoro. L'articolo confronta le normative esistenti e future e le valuta dal punto di vista degli standard internazionali ed europei.

The existing Polish law provides for two legal forms of distant work: telework and pandemic remote work. The telework is, however, limited to work with the use of information technologies only while the anti-Covid law, which allows remote work irrespective of the use of information technology, is of extraordinary and temporary character. As a result, the legal framework is not adapted to the growing demand for work outside employer's premises. To resolve this problem the government has recently submitted the bill aimed at creating a new comprehensive legal framework for the distant work. The Polish case may be helpful in identifying legal solutions which constitute an obstacle in the development of the distant work. It also provides examples of how to improve the situation. The article confronts the existing and future regulations and evaluates them from the perspective of international and European standards.

Keywords

Lavoro a distanza, lavoro da remoto, telelavoro, datore di lavoro, dipendente, telelavoratore, contrattazione collettiva.

Distant work, remote work, telework, employer, employee, teleworker, collective bargaining.

João Leal Amado e Teresa Coelho Moreira

Il telelavoro in Portogallo*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il nuovo quadro giuridico. 3. Telelavoro e contratti collettivi. 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

1.1. Il mondo intero sta attraversando un periodo difficile e molto turbolento, contrassegnato da grande incertezza.

Stiamo assistendo a grandi cambiamenti che agiscono a vari livelli e portano al confinamento, alla quarantena, al distanziamento sociale e ad una trasformazione nei comportamenti e negli stili di vita delle persone. Tutti i paesi hanno dovuto adottare misure per fronteggiare una situazione simile ed il Portogallo non ha fatto eccezione, puntando sul lavoro svolto per il tramite di tecnologie digitali e, quindi, sul telelavoro, nella forma del telelavoro da casa.

L'espressione "andare al lavoro" di regola evoca l'idea che il lavoratore si recherà fisicamente presso un'unità produttiva (la fabbrica, il negozio, l'ufficio, la banca), che appartiene ad un altro soggetto o rientra nella disponibilità altrui, e nella quale trascorrerà alcune ore al giorno, assolvendo agli obblighi derivanti dal rispettivo contratto. La prestazione di lavoro si inserisce nella struttura produttiva predisposta dal datore di lavoro, il quale esercita i suoi poteri tipici (direttivo, di controllo e disciplinare). Prestando lavoro in un'impresa altrui, il dipendente, dovendo coordinarsi con l'attività altrui, è pienamente consapevole di trovarsi nell'impossibilità di disporre delle mo-

* La traduzione dall'inglese è di Raffaello Santagata de Castro.

dalità di tempo e di luogo della prestazione giacché compete al proprio datore di lavoro il potere di determinare ed imporre tali modalità; una condizione, questa, che viene meno quando, al termine della giornata lavorativa, il lavoratore lascia l'azienda e torna a casa, riacquistando, in tal caso, la possibilità di disporre della propria vita sotto il profilo spazio-temporale, della *privacy* e della intimità.

Tuttavia, non è sempre questo il caso. Sono sempre di più, infatti, i lavoratori che svolgono la propria attività, all'esterno dell'azienda, come pure nella propria abitazione. Nelle società post-industriali in cui viviamo (c.d. "società dell'informazione"), segnate da un forte progresso scientifico e tecnologico, questo fenomeno si intensifica, proprio attraverso il cosiddetto telelavoro. Si parla, a tal proposito, di società virtuale.

In tempi di pandemia, come quelli che viviamo oggi, sempre più persone lavorano nel proprio domicilio e utilizzano il telelavoro. E rispetto a questo scenario il Portogallo non si differenzia dalla generalità degli altri paesi.

Il telelavoro si configura nel Codice del lavoro come modalità atipica, marginale, di svolgimento della prestazione e si distingue da quella tipica che presuppone una limitata possibilità di disporre della prestazione sotto il profilo spazio-temporale e si svolge in un luogo esterno alla propria abitazione¹. Tale modalità organizzativa viene adoperata in tutte le ipotesi nelle quali la prestazione presenta caratteristiche con essa compatibili, come strategia per combattere la diffusione del virus Covid-19 e come modo per evitare il contagio, al punto che per molti dipendenti è divenuta la nuova normalità.

Il 2020, infatti, rappresenta l'anno della grande svolta del lavoro a distanza e la pandemia da Covid-19 segna un "prima" e un "dopo".

Il lavoro a distanza si era già diffuso a un ritmo sostenuto negli ultimi anni e le restrizioni, connesse al *lockdown*, previste in tutto il mondo durante la pandemia da Covid finiscono per accelerarne notevolmente l'adozione, rendendo possibile intraprendere in tempi record politiche di promozione del lavoro da casa presso aziende di ogni tipo e settore presenti in tutto il mondo.

¹ Nel 2014, secondo i dati del *Green Book of the Employment Market* del 2016 - Ministero del Lavoro portoghese, solo lo 0,05% della popolazione portoghese lavorava in regime di telelavoro, rispetto alla media dell'UE dell'8%.

1.2. La riapertura delle economie mondiali sta favorendo il rientro di molte persone sul posto di lavoro anche se, dal lato delle imprese, è diffuso il convincimento che alcuni dipendenti possano continuare ad impiegare modelli ibridi di lavoro a distanza.

Il virus infrange le barriere culturali e tecnologiche che in passato ostacolavano la diffusione del lavoro a distanza, mettendo in moto, almeno per alcune persone, un cambiamento strutturale nel luogo in cui si svolge il lavoro.

Sebbene la legge portoghese già contenesse principi assai rilevanti in materia di telelavoro, l'esperienza di questi mesi, caratterizzata da un massiccio ricorso a tale strumento, ripropone l'esigenza di una riforma tesa ad arricchire le previsioni esistenti e a fare tesoro della lezione impartita dalla pandemia. Un intervento normativo sul tema si realizza con la l. del 6 dicembre 2021 n. 83, entrata in vigore il 1° gennaio 2022; in linea generale, tale provvedimento va salutato con favore poiché, come abbiamo sostenuto in altra sede, una riforma in materia si rendeva necessaria da tempo. Alla base di tale riforma vi è una visione lungimirante perché se è vero che l'uso del telelavoro si intensifica durante la pandemia, è anche vero che esso è destinato a svolgere un ruolo rilevante in futuro, sia pure in una forma diversa. Pertanto, è chiaro che la sfida principale diviene quella di massimizzare i vantaggi derivanti dal telelavoro e, al contempo, superare, per quanto possibile, le criticità. E la nuova legge si muove decisamente in questa direzione.

La disciplina sul telelavoro viene riscritta in più punti. Alcune novità vengono introdotte tramite le modifiche e le integrazioni al Codice del lavoro, ma anche tramite quelle alla legge che disciplina gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (l. del 4 settembre 2009, n. 98).

Le principali criticità emerse, in Portogallo, a seguito della fruttuosa esperienza del telelavoro obbligatorio sviluppatasi durante la pandemia ruotano, a nostro avviso, intorno a diversi temi-cardine, con cui il legislatore deve fare i conti in occasione della l. 83 del 2021, muovendosi in particolare, su diverse direttrici:

i) misurarsi con le problematiche di natura definitoria, ovvero relative alla nozione di telelavoro nel quadro più ampio del lavoro a distanza. Il telelavoro sembra essere strutturato come un'ipotesi di lavoro a distanza (telelavoro = lavoro a distanza + ICT) e, all'interno di esso, il caso più comune, sebbene non l'unico, è quello in cui la prestazione si svolge nel domicilio del lavoratore;

ii) fare chiarezza sulle possibili fonti del telelavoro, ribadendo che, in linea di principio, esso richiede il reciproco consenso delle parti, fermo restando che vi sono ipotesi in cui la legge riconosce un diritto al telelavoro in capo al lavoratore, in particolare in materia di genitorialità. Al contrario, in nessun caso il datore di lavoro, nell'esercizio del suo potere direttivo, può imporre questa modalità a un proprio dipendente.

iii) rafforzare e specificare i limiti dei poteri di controllo e sorveglianza del datore di lavoro rispetto alla tutela della *privacy* del telelavoratore. Il contratto di lavoro, come è noto, si contraddistingue per l'elemento della subordinazione giuridica del lavoratore rispetto al datore di lavoro, che, oltre a quello di vigilanza e di controllo, ha il potere di conformare il contenuto della prestazione dedotta e impartire le disposizioni sul *quomodo* di essa; ma la legge tutela, allo stesso tempo, la *privacy* del telelavoratore, e ciò pone diversi interrogativi, a cominciare dall'ampiezza e dall'intensità del controllo del datore di lavoro sul telelavoro da casa. La casa costituisce il nostro spazio di maggiore *privacy* e intimità, e, per molti telelavoratori, rappresenta, al tempo stesso, il luogo di lavoro. Viene dunque da chiedersi: che tipo di controllo e monitoraggio può svolgere il datore di lavoro sul lavoratore in un simile contesto? Può ritenersi legittima, ad esempio, una previsione che imponga al telelavoratore di mantenere sempre accesa la videocamera? Sul punto in una delle linee guida, emesse proprio in occasione dello scoppio della pandemia, la Commissione nazionale per la protezione dei dati fornisce una risposta negativa. Ma, a tal riguardo, mancando uno specifico quadro normativo, restano ancora aperte numerose e complesse questioni.

iv) ripensare il regime giuridico delle visite sul posto di lavoro, quando coincide con l'abitazione del telelavoratore. Secondo la normativa vigente, la visita del datore di lavoro deve avere esclusivamente la finalità di controllo dell'attività lavorativa e degli strumenti di lavoro e può aver luogo solo dalle ore 9.00 alle ore 19.00, con l'assistenza del dipendente o di persona da lui designata. In Parlamento vengono presentati tuttavia una serie di progetti di legge, alcuni dei quali richiedono, in ogni caso, l'indispensabile consenso del lavoratore a tal fine, altri consentono, in mancanza di accordo, la visita del datore di lavoro, ma solo a condizione che venga garantito un periodo minimo di preavviso. Altre proposte si occupano invece dell'ispezione sulle condizioni di lavoro da parte dell'Ispettorato del lavoro, stabilendo che gli interventi ispettivi che comportino visite presso il domicilio del telelavoratore debbano essere effettuati nell'arco di un periodo compreso tra 9 e 19

ore, durante l'orario di lavoro e con almeno 24 ore di preavviso al lavoratore.

v) affrontare il tema della conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita. Telelavoro e tempo, infatti, hanno un rapporto ambivalente: in linea generale, in relazione al telelavoro, si può parlare di un beneficio o di un pregiudizio? Può il telelavoro essere considerato uno strumento idoneo al perseguimento degli obiettivi di conciliazione tra la vita professionale e la vita personale e familiare del lavoratore? O, al contrario, esso favorisce la commistione tra queste due parti della vita della persona (soprattutto della donna) che lavora in casa, con conseguente pregiudizio da parte sua? Secondo l'attuale normativa, il telelavoratore ha gli stessi diritti e doveri degli altri lavoratori, in particolare per quanto riguarda i limiti del normale orario di lavoro, ma può essere esonerato da alcuni vincoli di orario. Resta il dubbio se, nel telelavoro, con la flessibilizzazione delle modalità di svolgimento della prestazione di lavoro con riferimento al tempo, si possa configurare il rischio di una dilatazione dell'orario di lavoro e di una corrispondente contrazione del tempo libero e della vita sociale. E qui riemerge, con particolare nettezza, la sfida del "diritto alla disconnessione".

vi) chiarire il significato e la portata del principio della parità di trattamento tra telelavoratori e lavoratori in presenza, in particolare in materia di infortuni sul lavoro o in relazione al pagamento o meno al telelavoratore di alcune attribuzioni patrimoniali di natura non retributiva, come buoni-pasto o sussidi alimentari.

vii) porsi anzitutto il problema, per quanto riguarda gli strumenti di lavoro, di stabilire chi debba esserne il proprietario e chi sopportarne le spese. La normativa portoghese affida al contratto individuale di telelavoro il compito di individuare a chi spetti la titolarità degli strumenti di lavoro nonché su chi ricada la responsabilità della loro installazione e manutenzione, nonché del pagamento delle relative spese di consumo e utilizzo. In assenza di un accordo individuale, si presume che le attrezzature di lavoro debbano appartenere al datore di lavoro, il quale è tenuto a provvedere alla loro installazione e a sobbarcarsi delle rispettive spese di uso e manutenzione. Tuttavia, questa norma suppletiva, nel lasciare la materia alla libera disponibilità delle parti, ha suscitato non poche perplessità (poiché un simile spazio di autonomia potrebbe considerarsi inadeguato se non oppressivo), necessitando di una riforma da parte sia del legislatore sia della contrattazione collettiva, nel senso di prevedere che nel telelavoro le spese devono essere integralmente soste-

nute dal datore di lavoro (che, del resto, è il beneficiario del lavoro svolto, colui che trae profitto dal telelavoro retribuito); ci sono anche proposte nel senso di stabilire per legge un importo minimo mensile da corrispondere, obbligatoriamente, dal datore di lavoro, a titolo di rimborso spese.

viii) mitigare il grave disagio del telelavoro, attenuando la condizione del lavoratore di emarginazione dal contesto aziendale. In effetti, ci si chiede: a fronte della distopia di un mondo virale, del distanziamento umano, delle relazioni virtuali, della solitudine, quale spazio possa rimanere per la solidarietà. Il telelavoro da casa rafforza la tendenza all'individualizzazione del rapporto di lavoro, indebolisce l'intreccio delle relazioni che legano insieme i lavoratori e costituisce un'ulteriore sfida, particolarmente complessa, per le strutture di rappresentanza collettiva dei lavoratori: del resto, il diritto del lavoro è un prodotto della solidarietà e l'uomo solitario tende ad essere meno solidale².

2. Il nuovo quadro giuridico

2.1. La nuova disciplina modifica la nozione di telelavoro di cui all'art. 165, prevedendo che tale fattispecie si configuri solo nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non possa predeterminare *a priori* il luogo di svolgimento della prestazione. Le nuove regole riconoscono esplicitamente che sono da considerarsi telelavoro anche i modelli di lavoro misto o ibrido (nei quali il lavoro viene prestato solo in parte all'esterno).

Peraltro, con la nuova normativa alcune disposizioni contenute nell'art. 165, n. 2, trovano applicazione non solo agli *employees*, ma anche alla categoria dei *workers*, che si contraddistingue in quanto non sussiste subordinazione giuridica bensì dipendenza economica.

2.2. Ad ogni modo, occorre prendere atto che se il telelavoro può migliorare la qualità della vita dei dipendenti, esso può anche far sorgere alcuni vincoli sia per il lavoratore che per il datore di lavoro. È quindi fondamentale

² Per ulteriori approfondimenti v. LEAL AMADO, COELHO MOREIRA, *O regime jurídico do contrato de teletrabalho subordinado no ordenamento português*, in *LTR revista*, 85, n. 12, 2022, and COELHO MOREIRA, *Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões*, in *RIDT*, I, n. 1, 2021, pp. 1229.

che questa modalità organizzativa, come ora sancito chiaramente dagli artt. 166 e 167, sia il frutto di una scelta maturata volontariamente e reversibile, dovendo escludersi, salvo eventi eccezionali come i *lockdown* da Covid-19, che essa possa essere imposta unilateralmente al dipendente. In base a tali previsioni gli accordi di telelavoro devono essere stipulati per iscritto, o nell'ambito del contratto di lavoro, o in forma separata e la durata dei contratti può essere a tempo indeterminato o a tempo determinato fino a sei mesi, rinnovabili automaticamente per lo stesso periodo. Prima di queste modifiche, gli accordi dovevano avere una durata fissa fino a tre anni.

Il periodo minimo di preavviso previsto in caso di recesso di una delle parti da un contratto a tempo determinato è pari a quindici giorni e di sessanta per i contratti a tempo indeterminato. Si deve evidenziare inoltre che, ai sensi dell'art. 166, n. 6, nei casi in cui la proposta sia formulata su iniziativa del datore di lavoro, il lavoratore può opporvisi, senza dover fornire alcuna giustificazione, e il suo rifiuto non può costituire motivo per l'irrogazione di alcuna sanzione, incluso il licenziamento. Qualora la proposta provenga dal dipendente, il datore di lavoro può anche rifiutarla in alcuni casi, ma deve farlo per iscritto, indicando i motivi del rifiuto. Tuttavia, l'art. 166-A contempla alcuni casi in cui il datore di lavoro non è legittimato ad opporsi alla richiesta: in tali ipotesi, oggi più numerose rispetto al regime previgente, si configura un diritto unilaterale al telelavoro. Prima della riforma del 2021 questa facoltà veniva accordata ai dipendenti vittime di violenza domestica o con figli di età inferiore ai tre anni. Questo trattamento di favore è stato ora ampliato a favore dei dipendenti con figli di età compresa tra tre e otto anni, a condizione che l'azienda abbia dieci o più dipendenti e che l'attore presenti i requisiti riguardanti lo stato di famiglia. Esso si applica laddove entrambi i genitori soddisfino le condizioni richieste per il telelavoro, adempiendo ad altri requisiti, e in particolare qualora esercitino tale diritto in periodi successivi di pari durata ed entro un periodo massimo di riferimento di 12 mesi, il che significa che i due genitori debbono osservare un criterio di rotazione. Infine, vale anche per famiglie monogenitoriali o in ipotesi in cui un solo genitore presenti le condizioni per il telelavoro e, ancora, in alcuni casi, per le badanti, secondo il n. 5 di questo articolo.

Tutto ciò appare coerente con la dir. 2019/1158/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza; normativa, questa, che abroga la direttiva 2010/18/UE del Consiglio.

Naturalmente, queste ultime ipotesi si giustificano in vista del bilanciamento tra lavoro e vita privata. In realtà, se il telelavoro può rendere più facile conciliare lavoro e vita privata e ridurre i costi legati al pendolarismo, esso può anche portare ad una commistione tra vita professionale e privata, contraddicendo la finalità conciliativa³. D'altra parte, può anche comportare un incremento delle ore effettivamente lavorate e dell'intensità dell'impegno lavorativo, insieme ad uno scivolamento in una condizione di costante connessione col conseguente rischio di pregiudicare il tempo da dedicare alla cura familiare⁴.

2.3. Uno dei principali problemi pratici che si pone, come accennato in precedenza, attiene alla individuazione dei costi richiesti per gli strumenti necessari a svolgere la prestazione all'esterno e del soggetto che è tenuto ad accollarseli.

In particolare, il telelavoro solleva la questione della imputabilità delle spese inerenti all'acquisto di componenti *hardware* e *software* necessari ai lavoratori per eseguire la prestazione. La modalità di esecuzione del lavoro a distanza può anche fare emergere disparità nelle opportunità di accesso alla connessione internet e nella disponibilità degli strumenti tecnologici necessari per telelavorare. Si pone dunque l'esigenza di chiarire come i datori di lavoro possono concorrere alle spese legate al lavoro da casa. A tale esigenza cerca di dare una risposta l'art. 168. In molti casi la contrattazione collettiva può svolgere, a nostro avviso, un ruolo importante e dettare le regole più appropriate.

³ V. EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Teleworking and gender equality – conditions so that teleworking does not exacerbate the unequal distribution of unpaid care and domestic work between women and men and for it to be an engine for promoting gender equality*, 2021, and EIGE, *Gender equality and the socio-economic impact of the COVID-19 pandemic*, 2021.

⁴ Come affermato dal Parlamento europeo in *Flash Eurobarometer 2022. Women in times of Covid-19*, la percentuale di donne che ritengono che, a causa dell'impatto della pandemia sul mercato del lavoro, hanno potuto svolgere un lavoro meno retribuito (il che significa meno lavoro per uno stipendio o un salario) di quanto avrebbero voluto, è la più elevata in Portogallo: il 42%. È anche importante porre in rilievo che le donne in Portogallo - 36% - hanno avuto maggiori probabilità di accorgersi che la chiusura di scuole e asili nido e la necessità di istruzione a casa/cura dei bambini a casa hanno un grave impatto negativo sulla loro salute mentale. E anche in tutta l'UE "Four in ten respondents (38%) say the pandemic has also had a negative impact on women's income, as well as on their work-life balance (44%) and on the amount of time they allocate to paid work (21%)".

Peraltro, l'impressione è che a tal riguardo il legislatore avrebbe dovuto fare maggiore chiarezza. La norma in esame stabilisce che il contratto individuale debba specificare se le attrezzature tecnologiche e i sistemi necessari per lo svolgimento del lavoro in tale modalità (e per l'interazione tra il lavoratore e il datore di lavoro) siano fornite direttamente dal datore di lavoro o dal lavoratore. Il datore di lavoro deve indennizzare il dipendente dei costi aggiuntivi sostenuti a causa del telelavoro, compreso l'incremento delle bollette di energia e di internet. Tali spese aggiuntive possono essere determinate attraverso un confronto con le spese sostenute durante lo stesso mese dell'anno precedente alla sottoscrizione dell'accordo, e sono considerate, ai fini fiscali, come costi del datore di lavoro e non come entrate del dipendente.

La domanda che nasce spontanea è: quali sono le "spese aggiuntive" che possono considerarsi provate? In che modo possono essere provate? È corretto operare un confronto con lo stesso mese dell'anno precedente? Tale parametro può essere fuorviante specie ove si consideri che nel 2021 ci si trovava in presenza della pandemia. I costi sono gli stessi. Ci sembra che il legislatore trascuri questo dato di realtà. In molti casi l'applicazione di un simile parametro di confronto può portare a un aumento dei costi residuale o nullo. E ci saranno casi in cui il calcolo sarà ancora più difficile, ad esempio se ci sono due o più lavoratori, di aziende diverse, che svolgono il telelavoro.

2.4 I dipendenti che adottano la modalità del lavoro a distanza devono avere pari accesso agli interventi di formazione e aggiornamento professionale continuo e le stesse opportunità di sviluppo e avanzamento professionale.

È fondamentale che venga garantita parità di trattamento e di retribuzione, e che non vi siano differenziazioni sul piano del trattamento economico e normativo tra chi lavora da casa e chi lavora in ufficio, né vi può essere alcun pregiudizio nell'avanzamento di carriera.

Un principio di non discriminazione tra telelavoratori e dipendenti è sancito dall'art. 169 ove si prevede che i primi hanno gli stessi diritti e doveri dei loro colleghi che restano in ufficio con la stessa categoria o mansioni equivalenti in relazione a diversi profili, tra cui formazione, promozione di carriera, limiti dell'orario di lavoro, periodi di riposo, congedi retribuiti, tutela della salute e sicurezza sul lavoro, indennizzi per infortuni sul lavoro e malattie

professionali, accesso alle informazioni da parte delle strutture di rappresentanza dei lavoratori.

2.5. Non va sottaciuto che la libertà di associazione e i diritti di contrattazione collettiva assumono un ruolo fondamentale e debbano essere garantiti anche nei confronti di chi svolge il lavoro a distanza; i datori di lavoro dovranno mettere a disposizione delle organizzazioni sindacali tutti gli strumenti per poter svolgere attività sindacale anche con i lavoratori che scelgono di telelavorare.

Ciò considerando, l'art. 465 n. 2 riconosce alle strutture di rappresentanza dei lavoratori il diritto di affiggere, in un luogo messo a disposizione dal portale interno aziendale, avvisi, comunicazioni, informazioni o altri testi attinenti alla vita sindacale e agli interessi socio-professionali dei lavoratori, nonché alla procedura per la loro diffusione tramite una *mailing list* di posta elettronica a tutti i dipendenti in regime di telelavoro⁵⁻⁶.

2.5. Va salutata con favore, almeno a nostro avviso, una delle principali modifiche apportate alla normativa: quella relativa al diritto alla *privacy*, soprattutto se si tratta di telelavoro svolto da casa⁷. In effetti, il telelavoro, essendo svolto principalmente tramite le *ICT*, pone nuove sfide in termini di protezione dei dati. Il lavoro a distanza può accompagnarsi all'impiego di sistemi di controllo e di tracciatura che violano la *privacy* e la libertà del dipendente.

L'uso di strumenti di sorveglianza e di filtraggio per monitorare i lavoratori da remoto e archiviare i loro dati personali deve essere effettuato con modalità ispirate ad un principio di proporzionalità, e dunque non eccedenti

⁵ Ciò assume particolare importanza perché, come rilevato dal Comitato economico e sociale europeo (*Le sfide del telelavoro: organizzazione dell'orario di lavoro, equilibrio tra attività lavorativa e vita privata e diritto alla disconnessione*, 2021, 2021/C 220/OI, § 4.1.8), “nella parità di trattamento rispetto ai lavoratori con mansioni analoghe della stessa impresa rientrano le condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, un'organizzazione del lavoro tale da garantire che il carico di lavoro sia analogo e il diritto dei sindacati/rappresentanti dei lavoratori di poter accedere ai luoghi in cui è prestatato il telelavoro, entro i limiti stabiliti dalle leggi e dai contratti collettivi nazionali”.

⁶ Ciò è anche rimarcato nel *European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation* “Providing workers representatives with facilities and (digital) tools, e.g. digital notice boards, to fulfil their duties in a digital era”.

⁷ A tal riguardo il Comitato economico e sociale europeo (*Challenges of teleworking...*, cit., p. 4), evidenziava che “i metodi di controllo e registrazione dell'orario di lavoro dovrebbero perseguire rigorosamente tale scopo, essere noti ai lavoratori e non intrusivi, e rispettare la vita privata dei lavoratori, tenendo conto dei principi applicabili in materia di protezione dei dati”.

lo scopo che si punta a perseguire. Ed è per questo che l'art. 170 è così rilevante. Esso sancisce il diritto alla *privacy* e vieta espressamente la raccolta ed il trattamento di immagini, suoni, scritte e cronologie dei computer. Inoltre, viene rafforzato il principio di trasparenza e proporzionalità, chiarendosi che il controllo occulto è totalmente vietato. Agli artt. 169-A, nn. 4 e 5, e 169-B, n. 1, al. a) si prevede inoltre che il lavoro deve essere controllato mediante le apparecchiature e i sistemi di comunicazione e informazione destinati all'attività dei dipendenti, secondo modalità, compatibili con il rispetto della *privacy*, e di cui il dipendente sia a conoscenza.

Peraltro, anche se il principio della trasparenza viene rispettato, le forme di controllo sono ammesse solo se superano il test di proporzionalità. Pertanto, appare del tutto condivisibile quanto sancito all'art. 169-A, n. 5, là dove il legislatore "vieta di imporre una connessione permanente, durante l'orario di lavoro, per mezzo di immagini o suoni". Il telelavoro non può finire per essere uno strumento per realizzare un'intrusione nella sfera privata del dipendente. Pertanto, è necessario verificare che il luogo in cui viene svolto il telelavoro non sia sottoposto a misure di controllo che vadano oltre il necessario.

La domanda che può sorgere è con quali modalità si possa controllare il dipendente che svolge il lavoro a distanza posto che versi in condizione di subordinazione e che, in ragione di questo, il datore di lavoro è legittimato a controllare le modalità di svolgimento della prestazione. In realtà, in relazione a tale modalità organizzativa, come in altre ipotesi, il problema non è se esista o no un simile potere, che è connaturato al rapporto di lavoro, ma quali limiti si pongono al suo esercizio, potendo il datore di lavoro esercitare un controllo, tra le altre cose, attraverso la fissazione di obiettivi e così anche sui risultati che il dipendente deve perseguire e comunicare quotidianamente tramite e-mail, *calls*, nonché mediante la programmazione di riunioni in teleconferenza, che costituiscono anche un modo per evitare l'isolamento dalla vita sociale, uno dei grandi svantaggi associati ad alcuni tipi di telelavoro, sempre nel rispetto dei limiti sanciti dall'art. 169-A, n. 5.

In tal senso devono essere interpretate le disposizioni contenute nell'art. 169-A, co. 4, ove si legge che "I poteri di direzione e controllo della prestazione di lavoro svolta attraverso il telelavoro sono esercitati preferibilmente per mezzo delle attrezzature e dei sistemi di comunicazione e di informazione utilizzati dal lavoratore, secondo modalità di cui egli sia stato preventivamente informato e, comunque, nel rispetto della sua riservatezza". L'impressione è che, in tal modo, il legislatore proprio attraverso lo strumento

di lavoro abbia inteso sancire la possibilità di realizzare un controllo sul risultato della prestazione del telelavoratore; ciò, nella consapevolezza che tale strumento di verifica sull'adempimento della prestazione è quello più adeguato in relazione alle caratteristiche di questa modalità organizzativa. Tuttavia, la norma pone dei limiti che appaiono appropriati: rispetto della *privacy* e trasparenza. Il testo del presente articolo consente di realizzare un controllo a distanza sulla *performance* del dipendente proprio attraverso gli strumenti di lavoro nella misura in cui non sussistano altre possibilità di controllo e siano rispettate le prescrizioni del presente articolo.

Strettamente legata a tale potere di controllo e all'obbligo di trasparenza è la previsione di cui all'art. 169 - B, n. 1, lett. a), che sancisce espressamente il dovere del datore di lavoro di informare il lavoratore, ove necessario, circa le caratteristiche e le modalità di utilizzo di tutti i dispositivi, programmi e sistemi adottati per monitorare a distanza la propria attività. Questa norma riveste particolare interesse sia perché pone in risalto, ancora una volta, l'importanza del rispetto del dovere di trasparenza e del divieto di controllo occulto, sia perché introduce un obbligo di ampia portata, riguardante tutte le informazioni sui dispositivi utilizzati, comprese le loro caratteristiche e il modo in cui vengono utilizzati. È dovere del datore di lavoro e diritto dei dipendenti ricevere tali informazioni e, in caso di violazione, si configura un grave illecito amministrativo, ai sensi del co. 4 del presente articolo.

L'art. 170 prevede che, in caso di visita presso il luogo di telelavoro, il datore di lavoro debba dare un preavviso di almeno 24 ore ed acquisire il consenso del lavoratore. In tal modo, peraltro, si prevede non solo l'obbligo del preavviso della visita, ma anche un riferimento all'orario di lavoro. Si tratta di una previsione opportuna perché consente di colmare una vistosa lacuna presente nella disciplina previgente.

Sorgono invece non pochi dubbi sulla necessità del consenso del dipendente: pur comprendendo la finalità di tale previsione che si giustifica in considerazione dell'intimità del luogo in cui si svolge il lavoro, vi è da chiedersi cosa potrebbe fare il datore di lavoro laddove il lavoratore rifiuti di sottoporsi alla visita di controllo. Sembra da escludere l'eventualità che il datore possa sanzionarlo per tale motivo poiché egli in tal modo esercita un suo diritto ai sensi dell'art. 170, n. 2, parte finale. Dubbio è invece se il lavoratore possa essere ritenuto responsabile per l'uso improprio delle attrezzature di lavoro. Non possiamo non rilevare la differenza che la formulazione di tale

previsione presenta rispetto all'art. 170-A, n. 4, concernente la visita di esperti designati dal datore di lavoro per la valutazione e il controllo delle condizioni di sicurezza e salute sul lavoro, il quale prevede che "Il lavoratore consente l'accesso al luogo in cui svolge la propria attività lavorativa". In tal caso, ci sembra che il lavoratore, pur avendo ancora una certa libertà, sia tenuto a consentire l'accesso: l'opzione del legislatore sarebbe dunque ben distinta, il che è comprensibile considerando i doveri in materia di sicurezza e salute sul lavoro ai quali è vincolato il datore di lavoro ma anche il dipendente. Il rispetto di tali regole dovrebbe essere verificato dall'Autorità per le condizioni di lavoro, le cui visite al domicilio dei dipendenti devono essere comunicate con almeno 48 ore di anticipo e da essa autorizzate, ai sensi dell'art. 171.

2.6. Uno dei maggiori svantaggi del telelavoro da casa è costituito dal rischio di isolamento e di rarefazione di rapporti sociali nel quale incapperebbe il telelavoratore: per tal motivo, il nuovo art. 169 – B, n. 1, al. c) pone a carico del datore di lavoro l'obbligo di organizzare incontri faccia a faccia tra i dipendenti, secondo la frequenza stabilita nell'accordo, e comunque non oltre i due mesi.

L'art. 169-A, n. 1 e 2, prevede l'obbligo per il dipendente, anche con 24 ore di preavviso, di recarsi in azienda o in altro luogo designato per riunioni, sessioni di formazione e altre situazioni che richiedono la presenza fisica.

2.7. Un'altra questione assai problematica riguarda la nozione di infortunio sul lavoro: a tal riguardo, il legislatore ha apportato una modifica anche all'art. 8, n. 2, al. c), della l. 98/2009, stabilendo che in caso di telelavoro o di lavoro a distanza si consideri luogo di lavoro quello prescelto nel contratto di telelavoro e nel quale il lavoratore svolge abitualmente la propria attività. È considerato orario di lavoro tutto il tempo in cui egli presta il suo lavoro per il datore di lavoro.

Tuttavia, ancora una volta, si possono porre alcuni interrogativi di difficile soluzione: ad es. se il dipendente si allontana per alcuni giorni per recarsi in un altro luogo di lavoro, o nell'ipotesi in cui abbia due case, si pone il problema di determinare il posto di lavoro, caso per caso, e a seconda delle circostanze. Ma se il datore di lavoro non è a conoscenza di questa situazione, può parlarsi di un infortunio sul lavoro? A nostro avviso, in tal caso, i dipendenti dovrebbero dare preavviso di questo trasferimento.

2.8. Un altro profilo assai delicato riguarda il diritto alla disconnessione.

Negli Stati membri dell'Ue si registra una discordanza di vedute sulla necessità dell'istituzione del diritto alla disconnessione. A livello europeo, l'Accordo Quadro sulla digitalizzazione, firmato nel giugno 2020, si occupa, tra l'altro, delle modalità per l'esercizio del diritto alla disconnessione, del rispetto degli orari di lavoro previsti dalla normativa e dai contratti collettivi, nonché di altri accordi contrattuali, e sancisce il principio che il lavoratore non è tenuto ad essere reperibile dal datore di lavoro al di fuori dell'orario di lavoro.

In Portogallo, a parere di chi scrive, una disposizione di particolare rilievo, peraltro direttamente legata a tale accordo, è quella contenuta nell'art. 199-A, che codifica l'obbligo del datore di lavoro di "astenersi dal contattare" i propri lavoratori in qualsiasi rapporto di lavoro e dunque non solo nel telelavoro. Tale obbligo ha una portata più ampia rispetto al diritto alla disconnessione e impone ai datori di lavoro di non contattare i propri dipendenti per scopi lavorativi durante i periodi di non lavoro, e dunque non soltanto durante i periodi di riposo. Il legislatore, inoltre, al fine di disincentivare atti ritorsivi del datore di lavoro, qualifica come discriminatorio ogni trattamento sfavorevole – in particolare in termini di condizioni di lavoro o di avanzamento di carriera – determinato dall'esercizio da parte del dipendente di tale diritto.

Ciò significa che i datori di lavoro non devono mettersi in contatto con il lavoratore, salvo cause di "forza maggiore". Pur dovendosi ammettere che una simile previsione abbia una portata innovativa, restano sul tappeto, ancora una volta, alcuni interrogativi. In particolare, vi è anzitutto da chiedersi cosa debba intendersi per "forza maggiore" considerando che la legge non fornisce alcuna definizione. Stando alla nozione classica utilizzata dal diritto civile, si tratterebbe solo di situazioni impreviste ed urgenti, come incendi, incidenti o episodi simili. Tuttavia, a nostro avviso, il concetto indeterminato di "forza maggiore" deve essere qui interpretato con una certa elasticità, al fine di garantire una copertura, con ogni probabilità, a situazioni come quelle previste dal codice del lavoro, al co. 2 dell'art. 227, in materia di lavoro straordinario, non solo le tradizionali situazioni di forza maggiore o di caso fortuito (incendio, terremoto, alluvione, ecc.), ma tutte quelle di carattere straordinario, in cui il contatto immediato si rivela "essenziale per prevenire o riparare gravi danni all'impresa o alla sua redditività".

Un altro aspetto che la nuova legge ugualmente non chiarisce è come questo obbligo di astenersi dal contattare i propri dipendenti possa trovare applicazione ai rapporti di lavoro che si caratterizzano per l'assenza di un orario di lavoro rigido o nei confronti di coloro che, per la natura delle loro mansioni, lavorano in *team* operanti in fusi orari diversi.

Certo, “il diavolo è sempre nei dettagli... ma anche nelle modalità di attuazione”. Ciò non toglie che, alla fine, nonostante questa previsione ponga alcuni profili problematici, il bilancio che si può trarre sia estremamente positivo, segnando essa un importante passo avanti verso il riconoscimento di un vero e proprio “diritto alla disconnessione” in una modalità che ne consente realmente l'esercizio. Affinché la tutela di tale diritto possa essere resa effettiva è necessario sottoporre non tanto il lavoratore quanto il datore di lavoro ad alcuni oneri.

3. *Telelavoro e contratti collettivi*

Il tema del telelavoro ha ricevuto scarsa attenzione nella contrattazione collettiva del 2020, come attesta la riduzione del numero di disposizioni in questa materia. La tematica compare in soli sette contratti collettivi – nel 2019 erano dodici – il che si pone in linea con la contrazione dell'attività svolta dall'autonomia collettiva. In generale, si segnalano contratti collettivi che disciplinano la nozione di telelavoro, la parità di trattamento dei telelavoratori, la forma e l'oggetto del contratto di telelavoro, nelle sue forme variegata, e la titolarità degli strumenti di lavoro ovvero si limitano a disciplinare il passaggio ad una situazione di telelavoro e la durata di tale situazione.

Nel settore della pubblica amministrazione, in sostanza, la maggior parte dei contratti collettivi regola la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro, la salute e sicurezza sul lavoro e la commissione di parità. Esistono anche contratti che approfondiscono tali materie, tra cui il telelavoro, i diritti e i doveri, i dispositivi di sicurezza, la formazione professionale, la rappresentanza e la partecipazione dei lavoratori⁸.

Tuttavia, i contratti collettivi, a nostro avviso, possono intervenire su molteplici aspetti riguardanti l'istituto in esame. La legge portoghese stabilisce, all'art. 3, n. 3, che tali contratti non possono modificare *in pejus*, ma solo in

⁸ Cfr. Sul punto CRL, *Relatório Anual sobre a Evolução da Negociação Coletiva em 2020, 2021*.

senso più favorevole, la normativa esistente in materia di telelavoro, e che il contenuto di tali accordi dovrebbe consistere nella definizione delle “condizioni del lavoro nel telelavoro” (art. 492, n. 2, i código do trabalho). Tuttavia, riteniamo che un obiettivo più ambizioso da perseguire potrebbe essere quello di prevedere che, ad esempio, nel caso delle forme di controllo previste dall’art. 169a -A, n. 4 e 5, siano coinvolti i rappresentanti collettivi dei lavoratori.

Occorre ricordare che, in base all’art. 88 del GDPR, le parti sociali possono realizzare discipline più specifiche per garantire la tutela dei diritti e delle libertà rispetto al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell’ambito dei rapporti di lavoro. Quindi, in caso di telelavoro, come evidenziato nell’accordo quadro delle parti sociali europee sulla digitalizzazione, una delle misure ipotizzabili potrebbe essere quella di consentire ai rappresentanti dei lavoratori di affrontare questioni relative ai dati, al consenso, alla protezione della *privacy* e alla sorveglianza.

4. Conclusioni

Con l’intervento legislativo sin qui esaminato il Portogallo si è dotato di un quadro giuridico più avanzato in relazione al telelavoro, in particolare, sui profili inerenti all’organizzazione dell’orario di lavoro, ai rischi per la salute e sicurezza sul lavoro, all’equilibrio tra lavoro e vita privata, al diritto alla disconnessione e all’effettività dei diritti del lavoratore durante il telelavoro.

Occorre tuttavia ammettere che la normativa introdotta richiede una ulteriore revisione in alcuni punti già evidenziati, e che, per certi versi, potrà essere la giurisprudenza, sulla base di una valutazione caso per caso, a tracciare il percorso più adeguato per riconsiderare l’impianto regolativo esistente. Tuttavia, la partecipazione e il coinvolgimento, a qualsiasi livello, delle parti sociali, anche attraverso la contrattazione collettiva, resta probabilmente la chiave per trovare soluzioni equilibrate, dignitose ed eque.

Le parti sociali possono svolgere un ruolo significativo nel promuovere il telelavoro affinché esso contribuisca a ridurre le diseguaglianze di genere, assicurando il benessere sul lavoro e la produttività, ad esempio privilegiando lo strumento della contrattazione collettiva. In alcuni casi, tenendo presente l’ampia varietà di luoghi di lavoro, i risultati migliori possono essere conseguiti con interventi confezionati su misura per l’impresa ed il luogo di lavoro.

Abstract

Con lo scoppio della pandemia causata dalla diffusione del Covid-19, il telelavoro è diventato la “nuova normalità” nello svolgimento della prestazione nei rapporti di lavoro. Vi sono buone ragioni per prevedere che anche dopo la fine della pandemia il telelavoro possa diffondersi come un elemento strutturale. Il diritto del lavoro portoghese si era già dotato di alcune regole al riguardo, ma tale normativa è stata recentemente rivista e rafforzata con la legge n. 83 del 6 dicembre 2021. In questo scritto si proverà ad offrire al lettore una panoramica generale sulle principali novità, introdotte dalla nuova legge, in tema di telelavoro e diritto alla disconnessione.

The outbreak of Covid-19 pandemic, turned teleworking into the “new normal” in work relationships. Our idea is that, even after the pandemic, this centrality of teleworking will not disappear with it. The Portuguese labour law has already introduced some rules for the provision of telework, and this legislation was recently even revised and strengthened by Law No. 83/2021 from 6th December. This text aims at providing the reader with a general overview of the major novelties introduced by the new law, in terms of teleworking and the right to disconnect.

Keywords

Telelavoro, pandemia, Portogallo, diritto del lavoro, disconnessione, conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita.

Telework, pandemic, Portugal, labor law, disconnection, balance between work and private life.

Raffaello Santagata de Castro

Telelavoro e *mobile Arbeit* in Germania: sfide e opportunità*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Le fattispecie di lavoro “a distanza”: la riforma dell’*ArbStättV* del 2016 e l’apporto della contrattazione collettiva. **3.** La qualificazione del rapporto: l’etero-organizzazione e l’eterodirezione nel *mobile Arbeit*. **4.** La genesi contrattuale del lavoro a distanza **4.1.** Il diritto del lavoratore a lavorare in Homeoffice nella normativa pandemica e nelle altre normative speciali. **5.** Il ruolo della fonte collettiva. Gli accordi aziendali di codeterminazione. **6.** Questioni in materia di orario di lavoro. **7.** Salute e sicurezza dei telelavoratori. **8.** Potere di controllo e tutela dei dati personali. **9.** Strumentazione per l’*Homeoffice* e costi. **10.** Conclusioni.

1. *Introduzione*

La pandemia, ovunque, sta rivoluzionando, sotto molti aspetti, il mondo del lavoro, portando alla ribalta il tema del lavoro “a distanza”, svolto cioè all’esterno dei locali aziendali, nelle sue diverse sfaccettature (*Homeoffice* e *Telearbeit* (alternato), da un lato, e telelavoro mobile, *mobile Arbeit*, *Desk-sharing*, dall’altro).

L’esigenza di garantire il distanziamento sociale e la difesa preventiva della salute pubblica ha imposto un uso straordinario di dispositivi (digitali) mobili quali pc portatili, *smartphone*, *tablet*, da parte dei dipendenti di molte aziende. Una parte significativa del mondo del lavoro ha così sperimentato il passaggio dal lavoro in presenza a nuove modalità di svolgimento del lavoro fuori dall’azienda, che¹, con ogni probabilità, almeno

* Il saggio prende spunto dalla relazione tenuta ad un convegno internazionale sul tema svoltosi a Caserta, 8 ottobre 2021.

¹ Cfr. CREUTZBURG, *Wenn Homeoffice Bedrohung wird*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del

per alcune persone, saranno destinate a stabilizzarsi all'uscita della pandemia².

Il virus ha infatti contribuito a superare le resistenze e i ritardi culturali, che in passato ponevano un freno alla diffusione del lavoro a distanza, accelerando un processo che, in futuro, potrebbe portare ad un profondo ripensamento dei modelli organizzativi delle imprese. Le nuove forme di lavoro a distanza consentono di svolgere la prestazione di lavoro ovunque e in qualsiasi momento e dunque mettono in crisi i modelli ereditati dal fordismo, che si fondano su una organizzazione imperniata su rigidi vincoli di luogo e di tempo³.

Rispetto a questo scenario nella Rft si osservano tendenze analoghe a quelle emergenti negli altri paesi. Se qualche anno fa il telelavoro in alternanza (*Homeoffice*) e il c.d. telelavoro mobile (*mobile Arbeit*)⁴ costituivano ancora fenomeni “di nicchia”, confinati soprattutto a particolari categorie di dipendenti, quali i rappresentanti commerciali, o comunque a una forza lavoro maggiormente qualificata⁵, con l'avvento della pandemia, il quadro è cambiato profondamente. L'affermazione di un modello di telelavoro emer-

25.II.2020, p. 18. Sul tema dell'*Homeoffice* o del telelavoro mobile nelle Università e negli enti di ricerca cfr. DEUTSCH, *Forschung und Lehre am Küchentisch? Homeoffice und mobiles Arbeiten in Hochschulen und Forschungseinrichtungen*, in *Ordnung der Wissenschaft*, 2021, pp. 133 e ss.

² Secondo uno studio di Ifo-Institut (richiamato in *Darf der Arbeitgeber mich ins Homeoffice schicken?* in *Die Zeit* del 12 agosto 2022) quasi un quarto dei dipendenti in Germania lavora ancora da casa.

Uno studio svolto, invece, dall'*Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* (IAB) rileva che, nell'ottobre 2020, il 42% delle aziende in Germania aveva offerto ad almeno alcuni dei propri dipendenti l'opportunità di lavorare completamente o parzialmente da casa. Circa il 70 per cento di tutti i dipendenti lavorava in queste aziende. A luglio 2021, la percentuale di aziende che offrivano l'*Homeoffice* ai propri dipendenti era salita al 50%. Circa tre quarti di tutti i dipendenti lavoravano in esse. Il rapporto è citato *Homeoffice in der Corona-Krise: leichter Rückgang auf hohem Niveau* in IAB Forum, 11 ottobre 2021.

³ MAGNANI, *I tempi e luoghi del lavoro*, in *Arbeits- und Sozialrecht für Europa*. Festschrift für Maximilian Fuchs, 2020, pp. 287-305.

⁴ Su questa terminologia cfr., per esempio, in Italia GAETA, *La qualificazione del rapporto in GAETA, PASCUCCI* (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998. Cfr. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Giappichelli, 2021, p. 35.

⁵ Da uno studio di monitoraggio del 2017 emerge che sebbene nel settore dell'industria metalmeccanica ed elettronica il 20 per cento dei dipendenti godesse del diritto a lavorare da remoto o con strumenti telematici, la gran parte di questi (i tre quarti) aveva scelto tale modalità per non più di due giorni al mese. Lo studio è riportato in DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, Bund Verlage, 2020, p. 2020, p. 408 (nota 2).

genziale (peraltro, privo del connotato della volontarietà) ha messo in discussione la prevalenza della c.d. “cultura della presenza”: da una indagine riportata in un recente volume⁶ risultava che già a metà marzo del 2020 il 20 per cento di tutti i dipendenti svolgevano il proprio lavoro in *Homeoffice*. Con la ripresa dell’economia se non è ancora maturata l’idea che l’*Homeoffice* possa diventare la “nuova normalità”, in alcune imprese continua a manifestarsi una certa propensione ad impiegare i dipendenti con modelli ibridi di lavoro a distanza⁷.

Peraltro, il tema è stato riportato più volte sotto i riflettori: oltre alla normativa emergenziale (che ha effetti incerti), come vedremo, è stata introdotta una disciplina volta a rafforzare i diritti di codeterminazione che il consiglio aziendale può esercitare con particolare riferimento ad alcune fattispecie di lavoro a distanza (cfr. § 5).

Il presente scritto è volto a fare il punto sullo stato dell’arte della normativa tedesca in materia e sulle problematiche giuridiche legate al fenomeno. Esso si articola in tre parti: nella prima si proverà a fare luce sugli aspetti definitivi, attraverso una ricognizione delle fonti di disciplina, e sulle problematiche relative alla qualificazione del rapporto di lavoro (§ 2). Nella seconda parte ci si interrogherà sul ruolo che l’autonomia individuale può assurgere rispetto ad altre fonti di regolazione tipiche del diritto tedesco nella predeterminazione del luogo di lavoro: si tratta, ad esempio, di chiedersi se, ed in che misura, il datore di lavoro possa modificare unilateralmente il luogo di lavoro prescelto e se possa essere riconosciuto un diritto a svolgere lavoro da remoto per il tramite dell’autonomia collettiva (§ 4). Infine, nell’ultima parte, si cercherà di mettere a fuoco altri aspetti (di carattere generale) su cui l’espansione del lavoro “a distanza” incide maggiormente. In particolare, quelli inerenti a: 1) l’organizzazione dell’orario di lavoro; 2) i rischi per la salute e la sicurezza; 3) il potere di controllo e la tutela della *privacy*; 4) la fornitura delle attrezzature di lavoro (§§ 6-9). Infine, si sposterà lo sguardo sui possibili scenari futuri, puntando anche l’attenzione, da un lato, su alcune

⁶ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 409.

⁷ Una simile tendenza si rileva in alcune banche, come *Commerzbank* che in alcune sedi prevedono di collocare fino al 70% dei propri dipendenti in *Homeoffice*. La notizia è in *Beschäftigte in Commerzbank können mehr Homeoffice machen*, in *Die Zeit*, 2 agosto 2022; *Homeoffice-Ende: Es ist Zeit, dass die Mitarbeiter wieder ins Büro kommen*, in *Handelsblatt*, 29 maggio 2022 ove si mettono in rilievo anche alcuni svantaggi del telelavoro legati alla perdita della motivazione e dell’attaccamento emotivo ai propri affari.

proposte di legge, presentate all'indomani dello scoppio della pandemia, e nelle quali, talvolta, si configura un vero e proprio “diritto al lavoro a distanza” in capo al lavoratore e, dall'altro, sul programma della coalizione di SPD, *Grünen* e FDP (*Koalitionsvertrag*), ove, ugualmente, si garantisce un sostegno a queste particolari forme organizzative con il dichiarato intento di rispondere alle sfide presenti nel mondo del lavoro e alla domanda di una maggiore flessibilità sul piano dell'orario di lavoro proveniente da dipendenti e aziende (cfr. § 10).

2. *Le fattispecie di lavoro “a distanza”: la riforma dell'ArbStättV del 2016 e l'apporto della contrattazione collettiva*

Qualora l'attività lavorativa sia svolta all'esterno dei locali aziendali, come peraltro accade, in genere, anche nel lavoro su piattaforma, si tratta di comprendere se la specifica condizione in cui può trovarsi il telelavoratore assuma rilievo ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro al punto da scalfirne la natura subordinata. Per poter affrontare tale questione, conviene anzitutto partire dai profili definitori e mettere a fuoco le caratteristiche delle diverse fattispecie di telelavoro.

L'anomalia del covid-19, come già anticipato, segna un punto di svolta per la diffusione dell'*Homeoffice* e del telelavoro mobile, che vengono concepiti come uno strumento per sottrarre i lavoratori al contagio; tuttavia, non si deve pensare che l'interesse per il lavoro “a distanza” sia nato in Germania solo in occasione della pandemia o che addirittura ne sia un effetto giacché il tema del telelavoro aveva già trovato uno spazio significativo nella prassi contrattuale.

Eppure, ad oggi ancora non esiste una normativa legale che disciplini il fenomeno in maniera organica e unitaria, né tanto meno esiste una normativa equiparabile a quella prevista per il tradizionale lavoro a domicilio (*Heimarbeit*), regolato dalla *Heimarbeitsgesetz* del 1951 (HAG)⁸.

⁸ Cfr. KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote and mobile work*, Irel, 2021, p. 8 del paper, ove si ricorda che l'*Heimarbeit* si configura allorché una persona lavori in un appartamento o in locali commerciali scelti da sé, da solo o con familiari, per conto di commercianti o imprenditori intermedi e si obblighi indirettamente o direttamente a fornire un'opera o un servizio all'imprenditore. Tale figura si distingue dall'*Homeoffice* in ragione del fatto che il lavoratore possiede una (relativa) autonomia nell'esecuzione (anche temporale) della prestazione e non si trova nella classica condizione di dipendenza personale da un datore di lavoro.

Una prima definizione ufficiale di *Telearbeit* viene introdotta, per legge, solo con la modifica apportata il 30 novembre del 2016 all'ordinanza sul luogo di lavoro del 2004 (*Verordnung über Arbeitsstätten*, ArbStättV) con il precipuo fine di garantire, più in generale, l'applicabilità della normativa a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori [in particolare, in tema di valutazione dei rischi (§ 3), informazione dei dipendenti (§ 6) e lavoro tramite lo schermo: App. 6 all'ArbStättV] nel caso sia allestita una postazione di telelavoro. Il par. 2 (7) di tale ordinanza prevede che per "postazioni di telelavoro" (*Telearbeitsplätze*) debbano intendersi quelle munite di schermo (videoterminale) e allestite stabilmente dal datore di lavoro in locali privati di pertinenza del dipendente. La postazione deve essere organizzata nel rispetto di alcune previsioni: in particolare, i contraenti devono concordare, anche in un separato accordo (*Vereinbarung*), l'orario di lavoro settimanale e la durata di tale modalità organizzativa, mentre il datore di lavoro, o una persona da lui delegata, sono tenuti a installare l'attrezzatura necessaria per allestire la postazione di telelavoro, fornendo in particolare una scrivania, una sedia, strumenti di lavoro compresi i dispositivi informatici.

Senonché, la formulazione della norma poc'anzi richiamata solleva non poche perplessità giacché riflette una visione tradizionale del fenomeno, che non tiene conto della sua evoluzione nella realtà socio-economica. La definizione di postazione di telelavoro è chiaramente pensata per la forma classica di telelavoro, ossia il telelavoro "a casa", che è quella che più colpisce l'immaginario collettivo, e si discosta da quella prevista nell'accordo quadro europeo, in base alla quale tra le modalità nelle quali può svolgersi il lavoro a distanza si configura anche un telelavoro "in alternanza", in cui la prestazione è svolta parte fuori e parte all'interno della sede di lavoro (v. *infra* nel testo).

Peraltro, poiché gli elementi connotativi della fattispecie delineata appaiono particolarmente rigorosi si pongono non poche difficoltà di traduzione applicativa⁹. Come si è detto, la legge richiede che la postazione nella

⁹ In dottrina si invoca un intervento legislativo per estendere l'applicazione delle norme dell'ordinanza sui luoghi di lavoro al telelavoro mobile o all'*Homeoffice* per quanto riguarda le previsioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro: cfr. ZANKER, BRANDL, DAUM, *Digitalisierung im Betrieb gestalten Ortsflexibles Arbeiten, Qualifizierung und Beschäftigten- datenschutz*, Bundesministeriums für Bildung und Forschung, aprile 2021, i quali si domandano per quale motivo la valutazione dei rischi da effettuare per i luoghi di lavoro aziendali e il telelavoro dovrebbe essere omessa in particolare per tali forme di lavoro a distanza.

quale il telelavoratore deve svolgere la sua attività sia collocata *stabilmente* in un'area (locale) di sua pertinenza, per cui la normativa non è applicabile nel caso in cui la prestazione di lavoro venga svolta dal telelavoratore *occasionalmente* nella propria abitazione. Come fa notare Däubler¹⁰, peraltro, stando alla formulazione della norma, si è indotti ad escludere la configurabilità di una “postazione di telelavoro” ai sensi della *ArbStättV* per il solo fatto che il prestatore di lavoro si trovi temporaneamente fuori casa e utilizzi un proprio portatile o una propria scrivania. Ciò solleva non poche perplessità giacché, come pure si è osservato, i rischi per la salute legati all'uso dei dispositivi elettronici non sono legati al fatto che una postazione da parte del datore di lavoro venga istituita stabilmente; del resto, benché tutte le forme di lavoro eseguite davanti ad uno schermo per un tempo prolungato ricadano nel campo di applicazione della dir. 1990/270/CE¹¹, ad oggi tale normativa – che impone di elaborare standard e linee guida su “the state of the art, occupational medicine and hygiene [...] and other established scientific knowledge concerning the safety and health of workers at work” – non ha ancora trovato piena attuazione con riguardo alla predisposizione di linee guida volte all'individuazione dei tipici rischi di telelavoro mobile¹².

A fronte di una disciplina legale piuttosto scarna e lacunosa, e in ogni caso priva di reali (e significativi) spazi di operatività, il tema del telelavoro ha suscitato invece ampio interesse nelle fonti collettive che normalmente operano nel sistema a doppio canale di rappresentanza esistente in Germania: vale a dire, la contrattazione collettiva di livello aziendale e gli accordi di co-determinazione stipulati dal consiglio aziendale e dal datore di lavoro.

Una prima casistica contrattuale comincia a fiorire a partire dalla metà degli anni '90 (si pensi all'accordo di codeterminazione aziendale all'IBM del 1991 e al contratto collettivo di Deutsche Telekom del 1995)¹³, benché i sindacati tedeschi fossero inizialmente riluttanti ad adottare questa modalità di lavoro¹⁴. In seguito, a fronte di un perdurante atteggiamento per così dire di *self-restraint* del legislatore in questa materia, i soggetti collettivi hanno

¹⁰ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 409. Come è stato sostenuto (EDER, *Homeoffice - mit Betriebsrat*, in *AiB*, 3/2017, p. 11) si tratta di una definizione molto ristretta.

¹¹ Si tratta della direttiva del 29 maggio 1990, relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali.

¹² KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit.

¹³ <https://www.zeit.de/1991/41/gift-oder-medizin/>.

¹⁴ KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit., p. 6 del paper ove è richiamata una risoluzione dell'IG Metall del 1983.

svolto un ruolo di primo piano nel trasporre la normativa europea contenuta nell'accordo quadro europeo del 2002¹⁵ (ove veniva predisposta una base di regolazione su alcuni profili che si riveleranno di primaria importanza in futuro, per esempio in materia di *privacy* e la protezione dei dati personali, di nozione di telelavoro, di volontarietà della modalità agile di lavoro).

Come spesso accade, la prassi negoziale, anche in questa materia, ha reso possibile una virtuosa interazione, tra sindacati e circuiti di partecipazione¹⁶: di regola, i contratti collettivi fissano alcune norme generali e abilitano i consigli aziendali ad attuarle, attribuendo, in tal modo, agli accordi di codeterminazione un ruolo di particolare importanza (benché ancillare rispetto alle fonti di rango superiore) relativamente alla gestione (flessibile) dei rapporti di lavoro a distanza¹⁷.

Grazie alla presenza nel diritto del lavoro tedesco di circuiti normativi ben strutturati per produrre regole solide e condivise, si assiste così ad un'integrazione funzionale tra le due fonti negoziali; del resto, sia i contratti collettivi sia gli accordi di codeterminazione trovano una solida base di legittimazione¹⁸.

L'analisi della contrattazione collettiva evidenzia una modellistica piuttosto variegata in relazione al lavoro a distanza: si rinvencono almeno tre varianti, che talvolta sembrano sovrapporsi l'una all'altra e in qualche modo prescindere dalla fattispecie prevista dal *ArbStättV*¹⁹. In genere, si distingue il

¹⁵ I partner sociali hanno presentato un rapporto sullo stato di attuazione. Il rapporto è reperibile su <https://www.etuc.org/en/framework-agreement-telework>.

¹⁶ Cfr. ad esempio il *Tarifvertrag* sul *Telearbeit* stipulato a livello interconfederale nel 2016 per il settore delle telecomunicazioni, ma anche il *Tarifvertrag Mobiles Arbeiten* per gli impiegati che ricadono nel *Manteltarifvertrag* del settore assicurativo privato del 27 maggio 2019.

¹⁷ Per esempio il *Verband* della Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e.V. (Südwestmetall). Per quanto riguarda la determinazione dei tempi di lavoro del lavoro a distanza (almeno nel lavoro mobile) il contratto collettivo, spesso, opera un rinvio integrativo e attuativo, con riguardo alla distribuzione di tali tempi, all'accordo di codeterminazione, *Betriebsvereinbarung*, non all'accordo individuale (Annex 3, §§ 1-2 Deutsche Telekom). Per es. v. il § 3 del *Tarifvertrag Mobiles Arbeiten* richiamato alla nota precedente, che consente una riduzione del periodo del periodo di riposo ai sensi del § 5, c. 1 del ArbZG da undici a nove ore se i dipendenti, tra le altre cose, ricadono nel campo di applicazione di un accordo di codeterminazione e possono determinare la fine di una giornata lavorativa o l'inizio di una giornata di lavoro il giorno seguente.

¹⁸ KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit., p. 6 i quali ricordano che la contrattazione collettiva, anche in assenza di un rinvio esplicito della legge, è legittimata a intervenire su tale tema sulla base della previsione generale di cui all'art. 9 c. 3 del GG che copre anche i telelavoratori subordinati; quanto ai *Betriebsvereinbarungen* il § 5 c. 1, frase 1 del BetrVG espressamente include i telelavoratori nel suo campo di applicazione.

¹⁹ Cfr. sul tema BENKERT, *Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home-Office*, in NJW-Spezial 2019, p. 306; RIEBLE, PICKER, *Arbeitsschutz und Mitbestimmung bei häuslicher Telearbeit*, in ZFA 2013, p. 383, 384.

Tele-Heimarbeit, ossia il telelavoro svolto esclusivamente da casa (e consentito in via eccezionale) dal “*Homeoffice*” o telelavoro in alternanza (*alternierende Telearbeit*) che individua una forma ibrida contrassegnata dal fatto che la prestazione viene eseguita regolarmente, con il supporto delle tecnologie informatiche, con una alternanza tra lavoro in presenza in azienda e lavoro da remoto, e in particolare da casa²⁰. Altra ipotesi è il telelavoro mobile (*mobiles Arbeiten*) là dove l’accento è posto sulla flessibilità spaziale: in tal caso, il lavoro può svolgersi, con l’ausilio solo eventuale di strumenti informatici, in qualsiasi luogo (la scelta di esso può essere lasciata al lavoratore), purché la prestazione sia tecnicamente possibile.

Nel contratto collettivo del 2019 del settore assicurativo, sopra richiamato, si parla, ad esempio, di telelavoro mobile con riferimento ad una prestazione svolta “temporaneamente o regolarmente, sia *online* che *offline*, indipendentemente dall’ubicazione al di fuori del luogo di lavoro dell’azienda: tale figura viene distinta da altre fattispecie come il *Telearbeit*²¹. In definitiva, mentre nel caso di *Homeoffice* la prestazione svolta all’esterno dei locali aziendali assume un carattere parziale (e non continuativo), così come nel nostro lavoro agile, nel *mobile Arbeit*, invece, essa può essere eseguita anche interamente all’esterno, o comunque in uno spazio fisico non predeterminato: per esempio in viaggio, durante la guida o durante l’uso di mezzi pubblici, in una camera di albergo, presso il cliente o semplicemente in un luogo demandato alla scelta del lavoratore.

È significativo che gli accordi aziendali, nel definire la nozione di telelavoro, non operino alcun richiamo ai requisiti legali previsti dalla definizione di postazione di telelavoro di cui al §2(7) dell’*ArbStättV*; anzi, talvolta, dichiarano con chiarezza che tali requisiti non trovano applicazione nel telelavoro mobile (cfr., ancora in tal senso il contratto collettivo del settore assicurativo poc’anzi richiamato). Del resto, è irrealistico pensare che debba essere il datore di lavoro a farsi carico dell’arredamento della stanza del proprio dipendente e persino di procurarsi la sua sedia²².

²⁰ V. per es. gli accordi aziendali siglati nel settore della fornitura di energia KAMP, *Telearbeit, Analyse und Handlungs: empfehlungen*, Hans-Böckler-Stiftung, 2000, p. 12. Significativo anche l’accordo Deutsche Telekom § 2 e § 1 Annex 1) cfr. DEUSCH, *Arbeiten Auerhalb der betrieblichen Arbeitsstätte, Die Mitarbeitervertretung. Zeitschrift für die Praxis der Mitarbeitervertretung*, 2021, p. 71.

²¹ Cfr. il *Tarifvertrag* in tema di *mobiles Arbeiten* indirizzato agli impiegati che ricadono nel *Manteltarifvertrag* del settore assicurativo privato del 27 maggio 2019.

²² DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 551.

Ad ogni modo, è interessante notare come i modelli di lavoro a distanza enucleati dalla contrattazione aziendale vengano mutuati dalla normativa emergenziale (*SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel*)²³, emanata durante la pandemia (24 novembre 2021), con la quale si impone ai datori di lavoro l'obbligo di offrire ai dipendenti la possibilità di svolgere la prestazione da remoto. Come si è visto negli accordi aziendali, il legislatore differenzia due fattispecie: il *mobile Arbeit* e l'*Homeoffice* (co. 3)²⁴. In base alla definizione contenuta all'art. 2.2, co. 1, il *mobile Arbeit* si contraddistingue per il fatto che il luogo di svolgimento del lavoro non è costituito dai locali aziendali, ovvero da una postazione di lavoro allestita nella abitazione privata del lavoratore, ai sensi del § 2.7 del *ArbStättV*, in quanto i dipendenti – si precisa – possono lavorare a distanza “in un *qualsiasi altro luogo* (ad esempio presso il cliente, in viaggio, in un appartamento)”. In tale normativa l'*Homeoffice* viene invece inquadrato come una *species* del *mobile Arbeit* e ricorre ogniqualvolta il dipendente, previo accordo con il datore di lavoro, svolga *temporaneamente* (*zeitweilig*) la prestazione nella propria sfera privata, ad esempio utilizzando dispositivi informatici portatili (punto 2.2, co. 3)²⁵. L'elemento della temporaneità comporta, anche in tal caso, la mancanza della postazione di lavoro fissa richiesta dall'*ArbStättV* (una stanza adibita ad ufficio): la postazione per telelavorare può variare di volta in volta ed essere allestita, all'occorrenza, anche utilizzando, per es., il tavolo della cucina²⁶.

In definitiva, l'impressione è che il legislatore del 2021, nel configurare nuovi modelli di lavoro a distanza in una prospettiva emergenziale, abbia fatto tesoro dell'elaborazione prodotta dalla contrattazione collettiva e dagli accordi di codeterminazione, che, prendendo atto, già prima della pandemia, della nuova realtà tecnologica, avevano fatto, per certi versi, da apripista.

²³ BT-Drs. 19/28732, S. 20.

²⁴ La differenziazione tra lavoro mobile e *Homeoffice* sotto forma di telelavoro è fondamentale per le conseguenze della normativa su i rischi per la salute e sicurezza sul lavoro. Poiché mentre il lavoro mobile deve soddisfare solo i requisiti generali della normativa sulla sicurezza e la salute sul lavoro e della normativa sull'orario di lavoro, il telelavoro è soggetto ai requisiti dell'ordinanza sul posto di lavoro (*ArbStättV*) che vanno ben oltre.

²⁵ DEUSCH, *Arbeiten Au Berhab*, cit., p. 71.

²⁶ BR-Drs. 506/16, S. 24; HIDALGO, *Arbeitsschutz im Home Office - ein Lösungsvorschlag*, in *NZA* 2019, p. 1449, 1450.

3. *La qualificazione del rapporto: l'eterorganizzazione e l'eterodirezione nel mobile Arbeit*

A differenza di quanto prevede la normativa italiana sullo *smart working* (che è ricondotto nell'orbita del lavoro subordinato)²⁷, quella tedesca non prende posizione sulla natura del rapporto di chi lavora in *Homeoffice* o in *mobile Arbeit*. In ogni caso – come da noi, del resto – occorre chiedersi se le particolari caratteristiche dell'attività lavorativa svolta in forma di *mobile Arbeit* siano in grado di mettere potenzialmente in discussione la natura subordinata del rapporto di lavoro²⁸.

Ebbene – come in Italia²⁹ – la teoria della subordinazione identifica essenzialmente gli elementi caratterizzanti del “tipo” non solo nella sottoposizione al potere direttivo del datore di lavoro (*Weisungsabhängigkeit*), ma anche nella incorporazione (*Eingliederung*) del lavoratore in una struttura organizzativa alla quale egli è estraneo e sulla quale non ha alcuna possibilità di controllo (*organisatorische Abhängigkeit*).

Partendo dalla analisi di questa seconda caratteristica, va osservato che, con il telelavoro mobile, il dipendente acquista uno spazio di maggiore autonomia nella definizione delle modalità di esecuzione materiale della prestazione (con riguardo al luogo di svolgimento della prestazione) e a ciò fa da contraltare una ridefinizione dei poteri del datore. Almeno per il periodo in cui il lavoratore esegue la sua prestazione all'esterno viene meno l'elemento della eterorganizzazione con riguardo alla determinazione del luogo; e al contempo si potrebbe accentuare la condizione di alienità dei mezzi qualora il datore di lavoro gli consenta di fare uso di strumenti propri.

²⁷ Come rileva, ad es., Pietro Ichino (*Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, Studi in memoria di Massimo Roccella, 2020) “nel caso del lavoro agile, il legislatore del 2017 si è limitato a certificarne la compatibilità con il contratto di lavoro subordinato, senza però affrontare la maggior parte dei problemi che la sussunzione in questo tipo legale comporta”. Secondo tale a. in particolare “la *summa divisio* novecentesca tra lavoro subordinato e lavoro autonomo si applica con crescente difficoltà e comunque appare in larga misura inadeguata alla nuova realtà”.

²⁸ Cfr. sul punto FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office: Eine Untersuchung der Flexibilität des Arbeitsrechts hinsichtlich technischer Entwicklungen*, Mohr Siebeck, 2018, pp. 49 e ss.

²⁹ Cfr. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 430/2020; OCCHINO, *Per una geografia giuridica del lavoro*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e pensiero, 2018, p. 11; NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e “regressioni” interpretative*, in OCCHINO (a cura di), cit., p. 30.

Ciò non significa che nel *mobile Arbeit* non si possa ravvisare, in generale, l'integrazione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro: e infatti, sebbene il datore venga privato del potere di determinare la postazione di lavoro, nulla esclude che egli possa impartire direttive per telefono o tramite internet. Peraltro, anche se la legge non lo richiede espressamente, si ritiene che i partner aziendali possano preconstituire un arco temporale nel quale il lavoratore debba rendersi immediatamente reperibile e operativo (*Rufbereitschaftszeiten*). A ben guardare, l'incorporazione all'interno di un'organizzazione altrui non presuppone necessariamente una forma di eterorganizzazione con riferimento al luogo di lavoro: la giurisprudenza allude, in generale, ad un'integrazione del dipendente all'interno di un processo produttivo basato sulla (con)divisione del lavoro, tale da escludere una autonoma imputazione dell'organizzazione per il conseguimento di risultati di lavoro concordati nel contratto³⁰. Tale presupposto non si configura automaticamente per il solo fatto che il committente mette a disposizione del lavoratore *software* e *hardware*.

Sul ruolo dell'elemento dell'*Eingliederung* pone l'accento una pronuncia resa in relazione al rapporto di lavoro di un esperto di programmi informatici: in tale occasione il Lag di Hessen³¹, pur non ravvisando la disponibilità continuativa della prestazione nello spazio e nel tempo (giacché gli si consentiva di lavorare da casa), qualifica ugualmente il rapporto come subordinato, ritenendo tale assenza non dirimente, tenuto conto del tipo di attività svolta, ed evidenziando come nella specie il dipendente avesse "partecipato a un progetto complessivo in stretta collaborazione con i dipendenti [del datore di lavoro]"³².

Stando all'opinione prevalente in dottrina, si può senz'altro ammettere l'esistenza di un'integrazione nell'organizzazione altrui nel caso del

³⁰ Da ultimo, Bag 30 novembre 2021 - 9 AZR 145/21, il quale ha ritenuto irrilevante nella valutazione complessiva sulla natura del rapporto di lavoro il fatto che il lavoratore non fosse legato ad uno luogo di svolgimento del lavoro predeterminato.

³¹ Lag Hessen 13 marzo 2015 - 10 Sa 575/14.

³² Su questa pronuncia cfr. anche WAAS, LIEBMAN, LYUBARSKY, KEZUKA, *Crowdwork. A Comparative Law Perspective*, BundVerlag, p. 151, i quali considerano emblematica tale pronuncia sotto due profili: "on the one hand, that the lack of (place and time) dependence does not at all exclude verification of an employment contract. On the other hand, however, also that the lack of such dependence must be outweighed by through other conditions, if the existence of an employment relationship is to be determined".

telelavoro svolto tramite una rete di connessione³³. Chi telelavora *on line* si integra all'interno dell'organizzazione del lavoro poiché l'accesso al sistema informatico aziendale gli consente di ricevere direttive anche in forma elettronica. Qualora l'attività si svolga invece in modalità *off-line* il rapporto di lavoro potrebbe essere anche ricondotto nell'area del lavoro autonomo (*freies Mitarbeiterverhältnis*). Occorre fare dunque una valutazione caso per caso. Per poter ravvisare un'inserzione nell'impresa non occorre che la connessione telematica sia continuativa giacché una connessione temporanea consente di accedere ugualmente al sistema. Del resto, anche in caso di attività in modalità *off-line* il datore può esercitare un controllo sulla esecuzione della prestazione oltre che sui risultati conseguiti dal lavoratore.

Per concludere sul punto, nel *mobile Arbeit* di regola non viene meno la caratteristica dell'inserimento nell'impresa malgrado sia assente una forma di eterorganizzazione con riguardo al luogo di lavoro (specie se i luoghi di adempimento della prestazione sono diversi). Peraltro, l'assenza di tale forma si riscontra soltanto allorquando la prestazione si svolge all'esterno della sede aziendale. Chi lavora in *mobile Arbeit* dispone di regola di una postazione di lavoro nell'impresa ed in questo senso è legato al contesto dell'impresa per un certo periodo di tempo (con ogni probabilità in misura prevalente). Per questo motivo con riferimento al *Telearbeit* in alternanza si ritiene che si realizzino le condizioni per l'inserimento nel contesto produttivo³⁴. Anche se i dipendenti utilizzano un proprio *hardware*, la concessione del *software* in comodato d'uso e la sopportazione dei costi per il collegamento telematico da parte del datore di lavoro così come la stretta collaborazione con altri dipendenti consentono di far rientrare il rapporto nei confini della subordinazione. In ogni caso, come si è detto, l'inserimento nell'organizzazione aziendale si realizza mediante l'accesso ad un sistema aziendale allorquando ci si trova al di fuori dell'impresa.

Quanto all'elemento dell'eterodirezione, parte della dottrina ha valorizzato il richiamo al dato testuale presente nel nuovo § 611a, co. 1, capoverso 2, BGB – che nel 2017 ha introdotto una definizione esplicita di “contratto

³³ Cfr. WIESE, *Personale Aspekte und Überwachung der häuslichen Telearbeit*, in *Rda* 2009, p. 344; FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office*, cit., p. 50.

³⁴ Cfr. PREIS, commento al § 611 BGB in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, C.H. Beck Verlag, 2018, Rn. 81.

di lavoro” (*Arbeitsvertrag*) – per sostenere che nel lavoro a distanza tale elemento possa essere tranquillamente attenuato, come del resto accade in caso di attività di elevato contenuto professionale: sebbene tale § faccia riferimento al luogo, al tempo, all’attività dovuta e alle modalità esecutive della prestazione, ciò non significa – si argomenta – che ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato sia necessario che il potere direttivo debba essere esercitato in egual misura con riguardo a tutti i profili menzionati poiché, stando alla formulazione della norma, il *Weisungsrecht* “può” (“*kann*”) riguardare tali profili³⁵.

L’elemento caratteristico del *mobile Arbeit* e del telelavoro in alternanza è costituito dalla maggiore flessibilità delle coordinate del luogo della prestazione, giacché – contrariamente a quanto accade normalmente – la prestazione (almeno temporaneamente) non viene svolta all’interno dell’impresa ed il dipendente ha, in qualche misura, la facoltà di determinarne il luogo. A prima vista, l’assenza del vincolo dell’eterodirezione con riferimento al luogo potrebbe apparire problematica, ma in realtà, nel caso del *Telearbeit* e del *mobile Arbeit* ad essa possono supplire gli altri indici della subordinazione (eterodirezione con riguardo all’attività dovuta, al tempo ed eteroorganizzazione)³⁶.

Un discorso non molto diverso vale se si considera l’eterodirezione con riguardo al tempo di lavoro. Di regola, il datore di lavoro può determinare in una certa misura i tempi e la durata della prestazione da svolgere³⁷. Nel *mobile Arbeit* il dipendente, normalmente, si avvale di un margine di autonomia organizzativa circa la determinazione di tali modalità in considerazione di un’ampia diffusione della forma di lavoro denominata orario di lavoro basato sulla fiducia (“*Vertrauensarbeitszeit*”) o di altre forme simili di flessibilità (v. *infra* § 6). Ebbene, si ritiene che possa esservi eterodirezione anche in situazioni simili nella misura in cui i compiti debbano essere eseguiti all’interno di uno stretto arco temporale, giacché ciò di fatto porta a specificare l’orario di lavoro. Non è dunque indispensabile di *per sé* la previsione di precisi vincoli di orario (come pure

³⁵ Cfr. FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office*, cit., p. 52.

³⁶ PREIS, commento al § 611 BGB, cit., Rn. 65.

³⁷ PREIS, commento al § 611 BGB, cit., Rn. 66. Cfr. anche BAG 17 aprile 2013 – Aktenzeichen 10 AZR 272/12 BAGE 145, 26; BAG 27 giugno 2001 – 5 AZR 561/99 – BAGE 98, 146 [148]: “Arbeitnehmer ist, wer nicht im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit frei bestimmen kann”.

l'obbligo di rispettare scadenze specifiche per l'espletamento degli incarichi assegnati)³⁸. Peraltro, nel *mobile Arbeit* viene normalmente garantita la costante reperibilità (*Erreichbarkeit*) del dipendente (cfr. *infra* § 6). Se questi è disponibile a comunicare tramite dispositivi mobili, il datore può fare affidamento regolarmente e continuativamente sulla sua attività – proprio come è consuetudine nel caso di un dipendente – anche quando si trova all'esterno dell'impresa. Una forma di eterodirezione sotto il profilo temporale può ravvisarsi nella misura in cui l'accesso al *server* aziendale e la trasmissione dei dati al pc centrale aziendale sia possibile soltanto in una determinata fascia temporale³⁹.

4. *La genesi contrattuale del lavoro a distanza*

Già prima dell'entrata in vigore della normativa emergenziale dottrina e giurisprudenza tedesche avevano sollevato due questioni centrali nella tematica in esame, non casualmente tornate poi al centro del dibattito all'indomani della pandemia. Anzitutto ci si chiede se ed in che misura un datore di lavoro possa imporre unilateralmente al proprio dipendente di lavorare da casa alcuni giorni alla settimana o in modo continuativo⁴⁰. In secondo luogo si pone la questione se ed in che misura possa configurarsi, viceversa, per il dipendente un diritto a lavorare da casa, ovviamente sempre che tale modalità sia oggettivamente praticabile in relazione alle mansioni svolte.

Sul primo quesito la letteratura si è per lo più orientata a dare una risposta di segno negativo: si ritiene che dalla normativa vigente (§ 106 del *Gewerbeordnung*) possa evincersi un divieto per il datore di imporre unilateralmente al dipendente lo svolgimento del proprio lavoro da casa o nella modalità del *mobile Arbeit*: in ogni caso, se un simile *ius variandi* fosse fatto rientrare nel potere organizzativo-gestionale del datore, il suo esercizio dovrebbe garantire un ragionevole bilanciamento degli interessi

³⁸ In tal senso Bag 30 novembre 2021, cit. in relazione al rapporto di lavoro di un fotografo sportivo. Bag 1 dicembre 2020, 9 AZR 102/20, Rn. 35 mwN. Per una conclusione analoga nel nostro ordinamento cfr. da ultimo BAVARO, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in *LDE* n. 1/2022 p. 2 e ss.

³⁹ PREIS, commento al § 611 BGB, cit., Rn. 81.

⁴⁰ Così DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 71.

reciproci⁴¹. Di tale avviso si mostra chiaramente anche la giurisprudenza⁴².

Nel sistema tedesco – come del resto altrove – il lavoro in modalità agile/mobile presuppone il reciproco consenso delle parti: il consenso del lavoratore è imprescindibile e può essere manifestato all’atto della stipula del contratto. Tutt’al più le parti possono pervenire ad un accordo mediante il ricorso ai peculiari strumenti che contempla in generale il diritto tedesco, come il negozio modificativo del rapporto obbligatorio (§ 305 BGB) (*Änderungsvertrag*) oppure il c.d. recesso modificativo (*Änderungskündigung*), in base al quale il lavoratore, ai sensi del § 2 del *KSchG*, dovrà scegliere in alternativa se accettare l’offerta di continuare a lavorare con una modifica delle condizioni di lavoro imposta dal datore di lavoro (in questo caso il lavoro da remoto) oppure vedersi risolvere il proprio rapporto di lavoro (ma in questo caso occorre un giustificato motivo di licenziamento). Nella prassi viene in considerazione quasi sempre l’ipotesi di una modifica dell’oggetto del contratto; al contrario, lo strumento del recesso modificativo – teoricamente possibile in presenza di esigenze aziendali urgenti che impongono un lavoro da remoto – è usato raramente perché lo svolgimento di un lavoro fuori dai locali dell’impresa presuppone un rapporto di particolare fiducia tra le parti che non sempre si riscontra nella realtà.

Se dunque il diritto tedesco non offre cittadinanza ad un diritto del datore di lavoro di imporre unilateralmente, nell’esercizio del suo potere direttivo, l’esecuzione della prestazione da remoto, non dissimile, sebbene più articolata, è la risposta da dare alla seconda questione sollevata poc’anzi.

In linea generale, la giurisprudenza è sempre apparsa piuttosto restia a configurare un diritto a lavorare da casa o nella forma ibrida denominata

⁴¹ SAGAN, SCHUELLER, *Covid-19 and labour law in Germany* in *ELLJ*, 2020, p. 292: “If agreed collectively or individually, the employer can instruct employees to work from home. In the case of a lack of a contractual agreement, the question arises as to whether such an instruction is in line with statutory law. If the employment contract does not conflict with it, an instruction must respect the limit of ‘reasonable discretion’ and thus adequately balance the interests of the parties (§ 106, first sentence, Trade Regulation Act, *GewO*). Prior to the pandemic the labour courts were rather sceptical as to whether the instruction to work from home could be issued within the confines of ‘reasonable discretion’”; cfr. anche FUHLROTT, FISCHER, *Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts*, in *NZA*, 2020, 345, 349–50 e SCHÖLLMANN, *Mobile Working, Telearbeit, Desksharing*, in *NZA-Beilage* 2019, 81, la quale propende per una risposta di segno positivo richiamando il § 106 *GewO*.

⁴² Cfr. Lag Berlin Brandeburgo, 14 novembre 2018, 17 Sa 562/18.

Homeoffice, mostrandosi sensibile alle ragioni di tutela della libertà organizzativa del datore di lavoro. In un caso del 2014 il Lag della Renania-Palatinato, pur avendo ritenuto che il datore dovesse contemperare gli opposti interessi in gioco in merito all'adozione di tale modalità organizzativa, giungeva poi in concreto a negare l'esistenza di un diritto del lavoratore a lavorare da remoto⁴³. Analogamente, in materia di pubblico impiego, il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*: BverwG) affermava a chiare lettere che la decisione di istituire un posto di telelavoro dovesse rientrare nella normale discrezione del datore di lavoro (e nell'ambito della sua organizzazione del lavoro), al quale spetta di valutare anche se si tratta di mansioni remotizzabili: nella specie, si è ritenuto che il dirigente di una scuola di polizia potesse legittimamente pretendere che un insegnante lavorasse in presenza tutta la giornata.

Sulla stessa lunghezza d'onda si muove, in un caso più recente emerso nella prima fase dell'emergenza sanitaria, l'*Arbeitsgericht* di Augusta⁴⁴: nella specie, un dipendente di 63 anni aveva chiamato in giudizio il suo datore, chiedendo la concessione del lavoro da remoto (casa sua), o in alternativa, l'assegnazione ad un proprio ufficio, per non esporsi al rischio di infezione da Sars-CoV-2 (e a tale scopo aveva prodotto un certificato medico). Il Tribunale, nel respingere il ricorso, chiarisce che l'attore non può vantare alcun diritto a svolgere il proprio lavoro in *Homeoffice* nel suo luogo di residenza né in base al suo contratto di lavoro né in base alla legge.

Nella prospettiva dell'osservatore italiano la pronuncia desta un certo interesse là dove il Tribunale esclude che un siffatto diritto possa trovare un fondamento nell'obbligo codificato dal § 618 BGB, che, al pari del nostro art. 2087 c.c., impone al datore di lavoro di garantire la sicurezza dei luoghi di lavoro e di adottare tutte le misure di protezione necessarie e indispensabili a tutelare la salute dei dipendenti. E infatti – osserva il giudice – le modalità con cui il datore di lavoro può adempiere a tale obbligo rientrano nella normale discrezionalità giacché costituiscono una espressione del proprio potere organizzativo-gestionale. Dunque, non si può escludere, per esempio, che il datore possa decidere di destinare un ufficio a più persone, qualora sia in grado di garantire adeguate misure di protezione per evitare il contagio (distanziamento fisico, igienizzazione etc.).

⁴³ Lag Rheinland Pfalz 18 dicembre 2014, 5 Sa 378/14.

⁴⁴ ArbG Augsburg 7 maggio 2020 - 3 Ga 9/20.

Infine, appare quanto mai significativa la recente pronuncia con cui il Lag di Berlino-Brandenburgo⁴⁵ ha riformato quella del Tribunale del lavoro di Berlino, accolta con molto scalpore. Il Tribunale aveva ritenuto, infatti, che il datore di lavoro, prima di emettere il c.d. recesso modificativo per motivi oggettivi (che nella specie comportava la chiusura della sede di Berlino della propria azienda e la delocalizzazione a Wuppertal), avrebbe dovuto verificare se, applicando una misura più blanda, il dipendente potesse svolgere il proprio lavoro da casa con telelavoro in alternanza. La Corte di appello, al contrario, si mostra di diverso avviso: in tal caso si ritiene che il recesso modificativo sia sorretto da una valida giustificazione sociale in quanto il datore di lavoro aveva rispettato il principio di proporzionalità, proponendo al dipendente una modifica che avrebbe inciso il meno possibile sulle sue condizioni di lavoro per cui questi avrebbe potuto ragionevolmente accettarla. In altre parole, il lavoro in *Homeoffice* non poteva, *nella specie*, considerarsi una misura più blanda.

La conclusione deve essere salutata con favore: l'impressione è che il giudice di primo grado fosse intervenuto "a gamba tesa" in un campo riservato alla discrezionalità dell'impresa, che aveva concepito un modello nel quale le mansioni interessate dovevano svolgersi in presenza e l'*Homeoffice* era riservato solo a un gruppo di dipendenti specificamente definito. L'ampia diffusione che oggi registra l'*Homeoffice* non può di per sé costituire un motivo per interferire nella sfera della libertà organizzativa e obbligare il datore a predisporre ulteriori postazioni di lavoro da casa. Ciò significherebbe, altrimenti, tradire anche la scelta del legislatore di non introdurre per legge un obbligo a concedere il lavoro da remoto⁴⁶. Nulla esclude tuttavia che la conclusione possa essere diversa a fronte di un modello organizzativo nel quale la presenza fisica del lavoratore non sia da ritenere necessaria per svolgere le mansioni previste dal contratto di lavoro, oppure esistano pattuizioni aziendali che riconoscano un diritto in tal senso: in tali casi, l'*Homeoffice* potrà essere privilegiato rispetto al recesso modificativo.

⁴⁵ Del 24 marzo 2021, 4 Sa 1243/20.

⁴⁶ Cfr. al riguardo la nota di GÜNTHER, BÖGLMÜLLER, *Lag Berlin-Brandenburg: kein Homeoffice-Angebot vor Kündigung erforderlich*, in <https://www.gleisslutz.com/>.

4.1. *Il diritto del lavoratore a lavorare in Homeoffice nella normativa pandemica e nelle altre normative speciali*

Un discorso diverso va fatto con riguardo alla normativa emergenziale pandemica e alle normative speciali indirizzate a particolari categorie di dipendenti – come quelli occupati nelle istituzioni (enti) dell’amministrazione federale – che si trovano in una particolare condizione di bisogno (si pensi a genitori con figli piccoli o a chi si prende cura di familiari oppure le persone con gravi disabilità). È chiaro che in simili ipotesi la questione della sussistenza di un diritto al lavoro in *Homeoffice* va impostata in termini diversi.

Nel primo caso l’imperativo categorico del distanziamento per fini di tutela della salute ha imposto una semplificazione nell’accesso al lavoro da remoto e ha indotto il legislatore a prevedere che “*in caso di lavoro da svolgere in ufficio (Büroarbeit) o di attività comparabili, il datore di lavoro de(bba) proporre ai dipendenti la possibilità di svolgere queste attività da casa purché non vi siano ragioni oggettive urgenti ostative. I dipendenti devono accettare tale proposta se non sussistono ragioni contrarie [...]*” (cfr. § 28b (7) IfSG⁴⁷ e in precedenza § 2 (4) *Corona-ArbSchVO*)⁴⁸. Chi volesse ricavare da tale normativa un argomento a favore dell’esistenza di un diritto soggettivo perfetto al lavoro in modalità agile si potrebbe trovare dinanzi ad un’“arma spuntata” giacché l’attuazione del lavoro da remoto è rimessa pur sempre ad una comune volontà delle parti contraenti. Tuttavia, anche se la legge non elimina completamente il ruolo del consenso negoziale in merito alla scelta del luogo di lavoro⁴⁹, lo spazio lasciato alla libertà negoziale dei contraenti, per contemperare virtuosamente ragioni sanitarie ed economico-organizzative, è circoscritto a tal punto da far pensare che il legislatore imponga, di fatto, a ciascuno di essi una sorta di obbligo a contrarre⁵⁰.

Diverso è il caso delle normative, rivolte a categorie speciali, ove ugualmente si riconosce, in talune ipotesi, in capo al datore di lavoro, un obbligo

⁴⁷ Del 24.04.2021, vgl. BGBl. I 2021, 805, 807.

⁴⁸ SARS-CoV-2 del 21 gennaio 2021, entrata in vigore il 27 gennaio 2021.

⁴⁹ È significativo il richiamo al dato testuale: il datore di lavoro è obbligato a offrire ai dipendenti un lavoro in “*Homeoffice*”, se non si oppongono ragioni oggettive che potrebbero imporre di lavorare in presenza. I datori di lavoro sono invitati a documentare attentamente questi motivi. BT-Drs. 19/28732, S. 20 e 21.

⁵⁰ Con riferimento alla normativa italiana cfr., analogamente, MONDA, *Il lavoro agile “emergenziale” tra identità giuridica e problemi applicativi*, i p. 287; Cfr. in generale sul tema anche ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss.

a concedere al dipendente lo svolgimento della prestazione in modalità agile (*Telearbeit e mobile Arbeit*). In questo senso va richiamata anzitutto la legge per la parità tra donne e uomini nell'amministrazione federale e nei tribunali federali del 24 aprile del 2015 [§ 16 (1) f. 2 *BgleiG*, a cui con ogni probabilità si ispira la normativa italiana emanata durante l'emergenza sanitaria: art. 39, c. 1 d.l. n. 18/20], che impone alle amministrazioni federali di garantire la modalità da remoto ai dipendenti con responsabilità familiari o assistenziali (es. genitori con figli piccoli o caregiver di persone con disabilità grave). Il legislatore subordina la fruizione di tale diritto alla condizione che tale modalità rientri nell'ambito delle "possibilità di servizio" (*dienstlichen Möglichkeiten*), riservando, dunque, agli enti amministrativi il compito di valutare se l'utilizzo della modalità agile sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Tuttavia, la decisione assunta dall'amministrazione è sindacabile in sede giudiziale⁵¹. La richiesta di svolgere l'attività in telelavoro non può essere respinta con un semplice diniego senza addurre valide ragioni di servizio in senso contrario (es. oggettiva incompatibilità con le mansioni del lavoratore istante)⁵².

Per quanto riguarda, ancora, le persone con gravi disabilità, il § 164 co. 4 n. 1 e 4 del SGB IX – a differenza della normativa poc'anzi esaminata – non richiama espressamente il ricorso alla modalità in *Homeoffice*, ma postula in generale la necessità di collocare il disabile in un posto di lavoro adeguato (mirato)⁵³. In simili ipotesi i giudici hanno ammesso l'esistenza di un diritto vero e proprio ad utilizzare tale modalità⁵⁴, esercitabile concretamente, a condizione che tale modalità risponda ad un criterio di ragionevolezza (es.: se si tratta di un lavoro possibile solo da casa)⁵⁵ e non comporti spese spropositate per il datore di lavoro. A parte altre ipotesi⁵⁶ la concessione di un *Home-*

⁵¹ PICKER, *Rechtsanspruch auf Homeoffice?*, in *ZFA* 2019, 269, 276.

⁵² VG Koblenz, 18 febbraio 2015 – 2 K 719/14.KO Rn. 27; cfr. anche VG Trier, 1 marzo 2011 – 1 K 1202/10.TR Rn. 18.

⁵³ Cfr. anche BROSE in: BeckOK, SozR, 60. Edition, § 164 SGB IX Rn. 23, 24; Düwell in: LPK-SGB IX, § 164 Rn. 179 ff. Cfr. LArbG Hamburg, 15 aprile 2015 – 5 Sa 107/12 Rn. 35 f.

⁵⁴ In tal senso Lag Niedersachsen (6 dicembre 2010 – 12 Sa 860/10 – BeckRS 2011, 68917) aveva risposto affermativamente in un caso in cui l'impiegato paraplegico aveva già svolto il suo lavoro a casa due giorni alla settimana senza alcuna lamentela e ora avrebbe potuto lavorare completamente a casa perché l'azienda locale era chiusa.

⁵⁵ PICKER, *Rechtsanspruch*, cit., p. 269, 276; MÜLLER, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis*, Nomos, 2020, Rn. 64.

⁵⁶ Cfr. MÜLLER, *Homeoffice*, cit., Rn. 71.

office non risponde a tale criterio se contrasta con la decisione del datore di lavoro di strutturare la propria organizzazione del lavoro⁵⁷. In tal caso, non esistono strumenti efficaci per ottenere forzosamente la modalità in *Homeoffice*⁵⁸.

Infine, va ricordato, per completezza, che nel diritto tedesco un obbligo per il datore di lavoro a concedere al dipendente lo svolgimento della prestazione in telelavoro alternato può trovare, in qualche misura, un fondamento, tra le altre cose, nella clausola di correttezza e buona fede di cui al § 241 (2) del BGB tedesco, che (al pari degli artt. 1175 e 1375 del c.c. italiano), obbliga in generale ciascuna delle parti di un contratto a salvaguardare i diritti e gli interessi della controparte. Tuttavia, anche tale norma è applicabile in ipotesi eccezionali⁵⁹. In particolare, affinché il lavoratore possa pretendere che il datore di lavoro tenga conto dei suoi interessi, deve sussistere un grave impedimento (*unüberwindbares Leistungshindernis*) allo svolgimento della prestazione di lavoro originariamente concordata, come, ad esempio, una malattia del lavoratore che gli impedisce di recarsi sul posto di lavoro⁶⁰. Peraltro, la salvaguardia degli interessi del lavoratore non deve essere garantita incondizionatamente, ma solo se la deroga rispetto a quanto originariamente concordato sia ragionevole per il datore di lavoro e non vi siano ragioni oggettive di segno contrario⁶¹.

5. Il ruolo della fonte collettiva. Gli accordi aziendali di codeterminazione

Come s'è visto, in Germania, coerentemente con il § 3 dell'accordo quadro sul telelavoro siglato dalle parti sociali europee, nel caso del telelavoro in alternanza (*Homeoffice*), l'autonomia individuale svolge, di regola, un ruolo cruciale nella fase costitutiva del rapporto al punto che il consenso di entrambe le parti si configura, nella sostanza, come un elemento "ontologico"

⁵⁷ Vgl. LArbG Hamburg, Urt. v. 15.04.2015 - 5 Sa 107/12 Rn. 35 f.

⁵⁸ OBERTHÜR, *Telearbeit im Homeoffice*, in *MDR*, 2015, p. 1269, 1270.

⁵⁹ HUSEMANN, *Homeoffice - Begriff, Anspruch und Herausforderungen in juris - Die Monatszeitschrift jM* 7/2021, pp. 274-281.

⁶⁰ MÜLLER, *Homeoffice*, cit., Rn. 98.

⁶¹ Cfr. OBERTHÜR, *Telearbeit*, cit., p. 1269, 1270. È questo il caso, ad esempio, in cui il lavoro da casa si ponga in contrasto l'organizzazione del lavoro del datore di lavoro o comportamenti elevati oneri economici: MÜLLER, *Homeoffice*, cit., Rn. 104.

della fattispecie. La regolazione della materia è poi affidata, come si è ricordato all'inizio, alle tipiche fonti che operano in un sistema come quello in esame, ancorato al modello duale di rappresentanza collettiva. In questa materia, in assenza di un esplicito rinvio legale, l'autonomia collettiva occupa uno spazio di regolazione autonomo, apprestando una normativa di cornice (in particolare sul trattamento economico e normativo nel lavoro a distanza). Particolare rilievo assumono poi in questa materia gli accordi aziendali di codeterminazione nei quali trova espressione la *Mitbestimmung*: tali accordi, essendo subordinati nella gerarchia delle fonti al contratto collettivo (§ 77 *BerVG*), possono soltanto intervenire su materie non regolate nei contratti collettivi (o non comunemente regolate in essi) o, comunque per specificare il contenuto di questi ultimi. Come vedremo tra poco, tali strumenti negoziali vengono profondamente valorizzati quali fonti di regolazione di alcune forme organizzative di lavoro a distanza dalla recente legge sulla modernizzazione del consiglio aziendale (BR) (*Betriebsrätemodernisierungsgesetz*), entrata in vigore il 18 giugno 2021, e volta allo scopo di facilitare l'istituzione e l'elezione dei consigli aziendali nel mondo digitale.

La contrattazione collettiva e gli accordi di codeterminazione aziendale il più delle volte sanciscono il principio della volontarietà dell'accesso al lavoro mobile, chiarendo dunque che nessuno può essere obbligato contro la sua volontà a svolgere il telelavoro e che il rifiuto di utilizzare tale modalità organizzativa non può giustificare un trattamento meno favorevole.

Secondo la dottrina più accreditata, anche se la legge di recente approvata nulla prevede al riguardo la contrattazione collettiva e l'accordo aziendale di codeterminazione sono legittimati non solo a rimettere all'accordo individuale alcuni profili relativi all'utilizzo del *Homeoffice* (per es. stabilire se il lavoratore debba ottenere un'autorizzazione), ma anche a riconoscere *un diritto* a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile (*rectius* col telelavoro in alternanza)⁶². In tale ipotesi i *partner* negoziali possono prevedere anche che il diritto a lavorare da casa sia fruibile soltanto per determinati giorni della settimana oppure subordinarlo a condizioni particolari. Prendendo come modello il § 16 del *BGleiG* tale diritto può essere riconosciuto limitatamente al caso in cui a casa vivono bambini in età scolastica o persone bisognose di cure e assistenza. Inoltre, in analogia con la normativa in materia di *part-time* (§ 8 co. 4 *TzBfG*), l'accoglimento di una richiesta del lavoratore

⁶² DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 551.

in tal senso può essere condizionato all'assenza di "motivi oggettivi" o "impellenti ragioni aziendali" che depongono in senso contrario⁶³. Come suggerito da alcuni autori, gli accordi possono stabilire che nel caso in cui l'esistenza di "esigenze aziendali impellenti" sia controversa e non si raggiunga un punto di convergenza tra le parti la questione debba essere rimessa al BR e al datore di lavoro e, se del caso, al collegio arbitrale.

Qualora il lavoro non debba essere prestato interamente in *Homeoffice*, in analogia con quanto previsto nel *part-time* (*TzBfG*), si ritiene che la fonte negoziale debba determinare esattamente la collocazione temporale nella quale va prestato il lavoro in modalità agile (per es.: lunedì e giovedì, tre giorni alla settimana). In tali ipotesi, l'intenzione di lavorare da casa deve essere comunicata al datore di lavoro e ai propri superiori con congruo anticipo: alcuni autori⁶⁴ suggeriscono, tuttavia, di prevedere un preavviso di almeno due mesi; dunque, un termine più breve rispetto a quello previsto dal § 8, Abs. 2 del *TzBfG*, che si giustifica in quanto in tal caso non rileva la quantità di lavoro prestato ma soltanto il luogo di svolgimento della prestazione di lavoro. Come previsto nel *part-time* (§ 8, co. 6 del *TzBfG*), si ritiene che, nel caso in cui la proposta venga rifiutata definitivamente, essa possa essere riproposta soltanto decorso un anno.

Nei giorni in cui lavora in *Homeoffice* il lavoratore deve rendersi possibilmente raggiungibile in determinate ore; inoltre, deve esserci la possibilità che anche nei giorni di *Homeoffice* il lavoratore possa sopraggiungere in azienda per motivi urgenti. Se si tratta di mansioni che non devono essere eseguite esclusivamente tramite *pc*, il lavoratore deve documentare le ore di lavoro prestate. Infine alla fonte contrattuale è rimesso il compito di chiarire la questione se ci si può sciogliere dal rapporto mediante recesso.

Più dibattuto è il ruolo che può giocare in questa materia il consiglio aziendale. È pacifico che la normativa tedesca non garantisca al *BR* un diritto di codeterminazione con riguardo alla costituzione del telelavoro in alternanza o del telelavoro mobile, il che significa che il datore di lavoro prima di prendere una qualsiasi decisione in merito al luogo di svolgimento della prestazione di lavoro non è tenuto ad acquisire il consenso di tale organismo⁶⁵. Né quest'ultimo può dunque sollecitare l'adozione di tali modalità di

⁶³ DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 415.

⁶⁴ DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 552.

⁶⁵ MÜLLER, *Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis*, cit., Rn. 551.

lavoro mediante lo strumento del *Initiativrecht*; strumento, questo, solitamente riconosciuto, come è noto, nelle materie oggetto di codeterminazione (solo durante il coronavirus è stato eccezionalmente previsto un diritto di codeterminazione di questo genere).

Tuttavia, già prima del varo della legge del giugno 2021, nella letteratura più accreditata era condivisa l'idea che a tal riguardo si potessero utilizzare alcune garanzie di carattere generale previste nella legge sulla costituzione aziendale (*BetrVG*) al fine di sollecitare una decisione del datore in merito al telelavoro. In particolare, DÄUBLER sostiene che, in caso di non concessione di un *Homeoffice*, il lavoratore possa rivolgersi, ai sensi del § 85 *BetrVG*, al BR, il quale, a sua volta, può farsi portavoce di tale esigenza e invitare il datore di lavoro a trovare un rimedio. In tal modo, se il confronto con la parte datoriale su un possibile rimedio non dovesse sfociare in una soluzione amichevole, può essere chiamato in causa l'*Einigungsstelle*, ossia il collegio arbitrale, il quale può decidere sulla legittimità dell'istanza e stabilire cosa il datore di lavoro sia obbligato a fare per porre rimedio.

Pertanto, si ritiene anche⁶⁶ che la conclusione di un accordo in *Homeoffice* possa essere favorita dal fatto che il consiglio aziendale dispone di un diritto di co-determinazione su numerose questioni affini, che possono suggerire una "soluzione complessiva". Viene di solito posto in rilievo il fatto che la "collocazione" in *Homeoffice* potrebbe costituire un trasferimento ai sensi del § 95, co. 3 *BetrVG*, il che legittima il BR a rifiutare il proprio consenso (*Zustimmungsverweigerungsrecht*) ai sensi del § 99 *BetrVG* – anche se si lavora a casa solo nei singoli giorni della settimana.

In questo quadro si inserisce la nuova legge sulla modernizzazione del consiglio aziendale poc'anzi menzionata: si tratta di una normativa, fortemente voluta dal DGB, che rafforza il ruolo del BR, includendo, tra le altre cose, nel catalogo delle materie che formano oggetto della *Mitbestimmung* (c.d. questioni sociali) alcune tematiche inerenti alla regolamentazione del telelavoro mobile (*mobile Telearbeit*). In particolare, la nuova legge, pur con riguardo al solo *mobile Arbeit*, riconosce in capo al BR un diritto di co-determinazione in merito al trattamento economico e normativo del telelavoratore; e ciò al fine di garantire condizioni generali di trattamento uniformi e vincolanti per tutti i dipendenti, nel *BetrVG*. Sotto il profilo in esame la nuova legge compie un passo nella giusta direzione, ma si tratta solo di un piccolo passo giacché

⁶⁶ DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 414.

il diritto di codecisione non riguarda l'*an* e cioè la scelta se introdurre o no il *mobile Arbeit*, bensì il *quomodo*: il BR potrà dunque tutt'al più avere voce in capitolo su alcune condizioni di trattamento: in particolare, la quantità di tempo necessaria per il telelavoro mobile, la distribuzione dell'orario di lavoro giornaliero, il luogo da cui può essere svolto il telelavoro mobile e, viceversa, l'eventuale presenza obbligatoria in azienda, l'uso attrezzature di lavoro e gli aspetti sulla sicurezza del lavoro. Ne consegue che il consiglio aziendale potrà avvalersi del *Initiativrecht* connesso, di regola, alla codeterminazione, solo con riguardo agli aspetti attinenti all'"organizzazione/regolamentazione del telelavoro mobile", non per "imporre" al datore di lavoro l'adozione del telelavoro⁶⁷.

6. Questioni in materia di orario di lavoro

Il profilo dell'organizzazione dell'orario di lavoro merita un attento esame in questa sede. In Germania, come altrove, si osserva spesso come lo sviluppo del telelavoro (da casa, in treno o in una camera d'albergo) comporti una tendenziale intensificazione ed un prolungamento del tempo di lavoro oltre i limiti di durata previsti dalla legge. L'assunto che ci sia una netta separazione tra luogo di lavoro e domicilio e, di conseguenza, tra tempo di lavoro e tempo libero è oggi illusorio (come nel caso dei *knowledge workers*)⁶⁸, il che può dipendere dal fatto che il compito assegnato è troppo pesante per poter essere eseguito entro le 40 o le 48 ore.

La questione che si pone con maggiore urgenza è quella di apprestare sistemi adeguati per garantire che la normativa sull'orario di lavoro (*Arbeitszeitgesetz: ArbZG*) trovi concreta ed effettiva applicazione anche perché essa

⁶⁷ Cfr. GÜNTHER, BÖGLMÜLLER, *Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz - Betriebsverfassung 4.0?*, in Gleiss Lutz-Podcast "Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz", luglio 2021, i quali però fanno notare che il BR potrebbe in via indiretta pronunciarsi sulla scelta dell'adozione giacché nell'organizzazione dell'orario di lavoro rientra anche il numero dei giorni di presenza in azienda. Cfr. per una panoramica sugli attuali sviluppi della codeterminazione nelle materie sociali BIEDER, *Die Entwicklung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87, Abs. 1*, in NZA-RR, 2022, pp. 561-566.

⁶⁸ Cfr. „Bismarck hat sich für Work-Life-Balance nicht interessiert“, in *Wirtschaftswoche*, 14 agosto 2022, dove è pubblicata l'intervista a Bernhard Badura che è stato uno dei primi studiosi tedeschi a occuparsi intensamente dell'equilibrio tra lavoro e vita privata.

prevede garanzie strumentali alla tutela del diritto fondamentale alla salute e alla sicurezza. Nel caso di *Homeoffice* o di telelavoro mobile si pone anzitutto il problema della misurazione dell'orario di lavoro: nella dottrina tedesca è ben chiara la consapevolezza che l'adozione di tecniche tradizionali – quali sistemi automatizzati di rilevazione della presenza – rischi di arrecare un pregiudizio alla garanzia, costituzionalmente tutelata (art. 13 GG), dell'inviolabilità del domicilio, oppure, nel caso di telelavoro mobile, ponga non poche difficoltà di ordine pratico, considerando che, in tal caso, il lavoro può essere svolto in un qualsiasi luogo.

Dottrina e giurisprudenza non dubitano che in caso di *Homework* o di *mobile Arbeit* debba trovare applicazione la normativa prevista dall'*ArbZG* (non solo per quanto riguarda il limite di durata massima dell'orario giornaliero e settimanale, i periodi minimi di riposo, le festività etc. ma) anche là dove essa prevede a carico del datore di lavoro l'obbligo di istituire un sistema di misurazione delle ore di presenza nella postazione lavorativa qualora risultino eccedenti il limite legale delle 8 ore giornaliere (§ 16, co. 2 *ArbZG*). Il Bag ha sancito il principio di carattere generale secondo cui il datore di lavoro deve organizzare la propria impresa in modo tale che il consiglio aziendale possa in ogni momento vigilare sul rispetto dell'orario di lavoro previsto nei contratti collettivi e nell'*ArbZG*⁶⁹, il che presuppone che il datore abbia documentato complessivamente le ore di lavoro svolto.

Nel telelavoro mobile il datore di lavoro deve fare affidamento in gran parte sulle informazioni fornite dal lavoratore (a cui può anche delegare l'obbligo di misurazione)⁷⁰ senza però astenersi dal verificarne la plausibilità, per non rischiare di incorrere in sanzioni amministrative (per negligenza). Inoltre, indipendentemente da quanto previsto nel contratto di lavoro, è tenuto a registrare l'inizio e la fine dell'orario di lavoro giornaliero del singolo dipendente: solo se queste informazioni sono disponibili, il consiglio aziendale si troverà in condizione di poter verificare il rispetto dei limiti di orario di lavoro concordati collettivamente, se non siano superate le quarantotto ore settimanali, e sia stato rispettato il riposo di undici ore in base al § 5 dell'*ArbZG*.

⁶⁹ Bag 6 maggio 2003 - I ABR 13/02 - NZA 2003, 1348. DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 150 e 416. Tuttavia, il consiglio aziendale non possiede alcun diritto di iniziativa per introdurre un sistema di registrazione dell'orario di lavoro: così BAG, 13 settembre 2022 - I ABR 22/21.

⁷⁰ Così KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit.

L'applicazione del § 16, co. 2, *ArbZG* alle nuove forme organizzative sembra coerente con gli orientamenti del diritto dell'Ue: a tal riguardo la Cge, con la pronuncia del 2019⁷¹, ha fugato un equivoco sorto nel dibattito, chiarendo che il ricorso al lavoro agile non può essere considerato inconciliabile con l'istituzione di un sistema che consenta di misurare in modo “oggettivo, affidabile e accessibile” la durata effettiva dell'orario di lavoro svolto poiché in assenza di tale sistema sarebbe impossibile garantire il perseguimento delle finalità della normativa europea (efficace protezione delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori e migliore tutela della loro salute e sicurezza). Ciò non toglie che nel lavoro svolto da casa e nel telelavoro mobile sia necessario sperimentare strumenti specifici per un adeguato controllo dell'osservanza dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro, dei periodi minimi di riposo e del divieto di lavoro durante le festività; e a tal riguardo la contrattazione collettiva, quale che sia il livello, assume un ruolo di particolare rilievo⁷². Se il lavoro si svolge esclusivamente *on line*, i partner sociali possono prendere in considerazione l'uso di modalità elettroniche e di *software* idonei ad automatizzare i processi di rilevazione, controllo e gestione dei dati di presenza; tuttavia, l'accordo di codeterminazione deve garantire che i dati risultanti dalla rilevazione siano utilizzati esclusivamente ai fini della contabilità delle buste paga, dovendo escludersi un monitoraggio sulla qualità del lavoro⁷³.

Questioni specifiche emergono qualora, come accade nella prassi negoziale, nell'ambito del lavoro agile o del telelavoro mobile, venga adottato

⁷¹ 14 maggio 2019 - C-55/18 ove si fa riferimento alla necessità di predisporre un mezzo efficace per ottenere l'accesso a dati oggettivi e affidabili riguardanti la durata dell'orario di lavoro svolto dai lavoratori in ciascuna impresa. Sul possibile impatto della pronuncia cfr. DÄUBLER, *Was ändert die Digitalisierung am Arbeitsrecht?* in Festschrift Travlos-Tzanetatos, 2020, pp. 183-201.

⁷² Il CESE propone che, nel contesto del telelavoro e nel rispetto della legislazione europea e nazionale e della contrattazione collettiva a livello nazionale, regionale, settoriale o di singola azienda, le imprese utilizzino meccanismi adeguati che consentano di misurare l'orario di lavoro normale e quello straordinario. Secondo il CESE, i metodi di controllo e registrazione dell'orario di lavoro dovrebbero perseguire rigorosamente tale scopo, essere noti ai lavoratori e non intrusivi, e rispettare la vita privata dei lavoratori, tenendo conto dei principi applicabili in materia di protezione dei dati.

⁷³ A differenza che nell'*Homeoffice* nel *mobile Arbeit* viene in considerazione solo una registrazione elettronica. Chi lavora in viaggio o presso clienti sarà in genere online, quindi è improbabile che (*Selbstaufschreibung*) l'autoregistrazione venga in considerazione.

il modulo di lavoro denominato “*Vertrauensarbeitszeit*” (lett. “orario di lavoro basato sulla fiducia”), che consente al dipendente di gestire in elevata autonomia il proprio tempo di lavoro, senza essere legato a precisi vincoli di orario: in pratica, gli si affida solo un determinato compito da assolvere (es.: portare a compimento uno schizzo di progetto o un piano di costruzione entro una certa data), lasciandogli la facoltà di decidere quando e dove eseguirlo. In particolare, il lavoratore può autodeterminare non solo l’arco temporale nel quale eseguire la fase di lavoro da remoto, ma anche il *quantum* della prestazione lavorativa e dunque la sua durata⁷⁴.

In simili ipotesi uno dei problemi che si pongono è se possa operare l’esclusione dall’obbligo di misurazione della durata contemplata dall’art. 17, par. 1 della dir. 88/2003 in materia di orario di lavoro per i casi in cui la durata dell’orario, a causa delle caratteristiche dell’attività esercitata, “non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi”. La letteratura, analogamente a quanto accade in altri sistemi⁷⁵, sembra orientarsi in senso negativo⁷⁶ anche in considerazione del fatto che il lavoratore raramente gode di una totale autonomia nella organizzazione del proprio tempo di lavoro. Peraltro, in Germania la legge non ha previsto alcuna esenzione per le ipotesi in cui il lavoratore gode di un margine di libertà nel determinare la collocazione e la durata del proprio orario di lavoro.

Questione legata alla misurazione dell’orario è poi quella della qualificazione della disponibilità (permanente)/contattabilità (*ständige Erreichbarkeit*)

⁷⁴ DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 149.

⁷⁵ A tal proposito, è interessante rilevare che il legislatore italiano ha ampliato l’elenco dei lavoratori esclusi in base alla normativa comunitaria dalle norme di tutela e per i quali non è neppure necessaria la misurazione dell’orario di lavoro e ha incluso in esso “le prestazioni rese nell’ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro” (art. 17, co. 5, lett. d, del d.lgs. n. 66/2003). Tuttavia, la norma non menziona il lavoro agile: del resto, la l. n. 81/2017, all’art. 18, onde evitare che il lavoratore sia esposto al rischio di iperconnessione, sancisce il rispetto della durata massima giornaliera e settimanale della prestazione. Cfr. sul punto LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell’orario per finalità di tutela della salute*, nota a Cge 14 maggio 2019 – C-55/18, in *RGL*, 2020, p. 428 e ss.; PERUZZI, *Lavoro agile: flessibilità temporale, (dis)connessione, controllo. Una riflessione in prospettiva giuslavoristica*, in PERUZZI (a cura di), *Il lavoro da remoto. Aspetti giuridici e sociologici*, Giappichelli, 2021.

⁷⁶ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 149 il quale non dubita che: “Das Arbeitszeitrecht gilt auch hier”. Cfr. sul tema anche HEITMANN, FIETZ, ZIESCHANG, *Sicheres und gesundes Arbeiten von zu Hause aus: Informationen und Empfehlungen zu Homeoffice und Vertrauensarbeitszeit*, in *DGUV Forum* 5-6/2020, pp. 17.

prevista nel *mobile Office*: (anche) nel sistema tedesco ci si chiede se ed in che misura tali periodi possano essere ricondotti alla nozione di orario di lavoro. A tal riguardo, si distingue anzitutto un regime “di pronta disponibilità” (*Bereitschaftsdienst*) da quello di mera reperibilità (*Rufbereitschaft*): la prima ipotesi (che può essere qualificata come orario di lavoro) si configura allorquando il lavoratore sia obbligato a trovarsi in azienda o nelle vicinanze per iniziare immediatamente a lavorare in caso di necessità⁷⁷. Al contrario, si parla di mera reperibilità (che non rientra nella nozione di *Arbeitszeit*) nel caso in cui il lavoratore può scegliere liberamente la propria dimora, dovendo essere raggiungibile per poter iniziare a lavorare entro un termine ragionevole dopo aver ricevuto una notifica (per lo più per telefono). Affinché si possa configurare in concreto la reperibilità, secondo la giurisprudenza, il datore di lavoro deve avere la facoltà di richiedere la presenza del lavoratore entro un intervallo temporale di almeno 45 minuti giacché altrimenti la facoltà di scelta della propria dimora non potrebbe considerarsi effettiva⁷⁸.

Il problema è che l'*ArbZG* non prevede una precisa disciplina al riguardo, e non fissa alcuna soglia massima per la reperibilità. L'idea di consentire che il lavoratore – con l'impegno di rispondere immediatamente – possa mantenersi a disposizione per una intera giornata libera solleva non poche perplessità⁷⁹. La consapevolezza di poter essere chiamati in qualsiasi momento ed essere tenuti a svolgere un'attività entro un breve intervallo di tempo può di fatto comportare un eccessivo sacrificio della libertà personale

⁷⁷ Cfr. sulla scorta della giurisprudenza europea, DÄUBLER, *Digitalisierung und Arbeitsrecht*, cit., p. 152; FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office*, cit., pp. 83 e ss.; C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Ville de Nivelles*, secondo cui non si configura mera reperibilità se il lavoratore ha l'obbligo di rispondere al datore e recarsi sul luogo di lavoro entro un tempo così breve da impedirgli di dedicarsi ai propri interessi personali e sociali.

⁷⁸ Bag 22 gennaio 2004 – 6 AZR 5444/02 – ZTR 2005, 27.

⁷⁹ Vale la pena segnalare che in altri sistemi, come in quello austriaco, non manca chi ritiene che, almeno in quei casi in cui il lavoratore deve dare una risposta immediata dopo essere stato contattato, ricorra anche la disponibilità a lavorare (*Arbeitsbereitschaft*): RISAK, *Arbeiten in der Grauzone zwischen Arbeitszeit und Freizeit - Dargestellt am Beispiel der „Dauererreichbarkeit“ am Smartphone*, in ZAS 2013, 296 [298]). Per alcuni rilievi sul punto cfr. DULLINGER (recensione al volume di FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht im Mobile Office*, reperibile su <https://www.drda.at/>) secondo cui il vincolo alla libertà del lavoratore non deriva dall'obbligo di portare con sé uno smartphone, come si è ritenuto, bensì dal dover essere costantemente a disposizione, il che rende impossibile svolgere un gran numero di attività (andare al cinema, soggiornare in zone o edifici con scarsa ricezione di internet, determinati sport, visitare un museo o una cerimonia religiosa, ubriacarsi, ecc.).

del lavoratore, che, in tal modo, non sarebbe messo nelle condizioni di acquisire il pieno recupero delle proprie energie psico-fisiche. Per queste ragioni il Bag – ritenendo necessario prendere in considerazione l’interesse del dipendente alla programmazione della propria vita privata – ha qualificato la reperibilità alla stregua di orario di lavoro ai fini del *Mitbestimmungsrecht*, per cui il BR ha il potere di codeterminare la sua durata e la sua collocazione temporale⁸⁰. Il BR può imporre ad esempio che la reperibilità non sia prevista durante determinate ore della giornata o il fine settimana.

Si ritiene che, anche nel caso di telelavoro mobile, l’accordo aziendale di codeterminazione possa ritagliarsi uno spazio di regolazione per predefinire una cornice temporale, per esempio un minimo (un giorno) e un massimo (quattro giorni) di giorni nei quali il lavoro si svolge all’esterno, oppure una fascia temporale nella quale il lavoratore deve rendersi reperibile e operativo entro un brevissimo lasso di tempo⁸¹; e ciò, fermo restando che dovrà essere, ragionevolmente, il contratto individuale a stabilire nel singolo caso in che misura è possibile un’attività in *Homeoffice*.

Infine, la tutela dell’effettività dei tempi di riposo può essere messa in discussione nel momento in cui si pretende durante una determinata fascia oraria lo svolgimento di alcune attività, come rispondere ad una telefonata di lavoro o leggere un’e-mail. A tal riguardo, ci si chiede se piccole interruzioni del tempo libero possano essere considerate “attività di lavoro”, e dunque se siano tali da comportare il decorso di un nuovo periodo di riposo di almeno undici ore secondo il § 5 dell’*ArbZG*. Secondo l’opinione prevalente esse non rilevano ai fini dell’applicazione del § 5 *ArbZG*⁸², per cui non sa-

⁸⁰ Bag 21 dicembre 1982 – I ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit. In Germania, del resto, l’esperienza negoziale ha svolto un ruolo significativo sul punto: diverse imprese (Volkswagen, BMW) hanno firmato accordi aziendali (di codeterminazione) nei quali si prevede lo spegnimento dei server aziendali dopo una certa ora del giorno e durante il weekend oppure si fa rientrare nella nozione di orario di lavoro l’attività svolta per rispondere alle mail fuori dall’orario di lavoro. Cfr. WEISS, *Challenges fo Labour Law and Industrial Relations*, in Manfred Weiss, *A legal Scholars without Borders*, Adapt, 2022, p. 61 (73), nonché BIASI, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione*, in *DRI*, 2022, p. 400.

⁸¹ È ciò che DÄUBLER, anzi, raccomanda (*Digitalisierung*, cit., p. 154).

⁸² FREYLER, *Arbeitszeit- und Urlaubsrecht*, cit., pp. 160 ss. In giurisprudenza cfr. BAG 13 novembre 1986 – 6 AZR 567/83, AP Nr. 27 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG 26 gennaio 1989 – 6 AZR 566/86, ZTR 1989, S. 318: in entrambe le decisioni si esclude la possibilità di ricondurre alla nozione di orario di lavoro (con conseguente interruzione dei periodi di riposo) l’apertura e chiusura serale delle porte di una sala adibita ad eventi da parte di un custode scolastico.

rebbe necessario concedere un nuovo periodo di riposo purché lo scopo della norma – ossia la tutela della salute del dipendente in caso di eccessivo carico di lavoro – sia perseguito ugualmente. Tuttavia, in dottrina non sono mancate posizioni più articolate, sostenendosi che non tutte le interruzioni debbano essere considerate irrilevanti⁸³. Sul punto si auspica da più parti un intervento di chiarificazione da parte del legislatore giacché la normativa esistente in materia di orario di lavoro non pone limiti ben definiti⁸⁴. Per quanto riguarda il profilo della reperibilità, si ritiene, ancora una volta, che il contratto individuale sia la sede più adatta a specificare in quale fascia oraria il dipendente sia obbligato a leggere le sue e-mail, fermo restando che qualora si oltrepassi l'orario di lavoro effettivo, occorrerà interrogarsi sulle ricadute di tale accordo. Infine, alcuni autori propongono, più in generale, una modifica del § 7, co. 1, n. 3, *ArbZG* volta ad ampliare il potere del contratto collettivo e dell'accordo di codeterminazione di deroga – mediante clausole di apertura/uscita – alle previsioni in materia di riposo giornaliero nell'ottica di concedere al telelavoratore un margine più ampio di libertà nella gestione del proprio tempo ed al contempo offrire maggiori misure di protezione⁸⁵.

7. Salute e sicurezza dei telelavoratori

L'uso di tecnologie digitali in caso di *Homeoffice* e di telelavoro mobile può causare un accrescimento dei rischi per l'integrità psico-fisica. In tali casi, la normativa generale in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro mobile, così come quella sull'orario di lavoro, trova piena applicazione. Il luogo di svolgimento del lavoro non assume, infatti, rilievo ai fini della de-

⁸³ Così KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit. Cfr. sull'argomento anche RISAK, *Arbeiten in der Grauzone*, cit., p. 300, secondo cui brevi interruzioni dovrebbero essere insignificanti solo nell'ambito del periodo di riposo settimanale, ma non per il periodo di riposo giornaliero. Sull'incidenza che le normative in materia di riposo settimanale e di festività possono avere sul telelavoro mobile o sul lavoro da casa cfr. di recente MÜLLER, *Mobile Arbeit bzw. Arbeit im Home-Office an Sonn- und Feiertagen*, in *BB 2022*, 1460-1464.

⁸⁴ Problematica appare la qualificazione come periodo di riposo di quei periodi di tempo nei quali il lavoratore deve essere fondamentalmente disponibile, ma non necessariamente pronto per iniziare immediatamente i lavori. Qualora tali periodi si qualificassero effettivamente come periodi di riposo, si dovrebbe comunque stabilire in che misura altre disposizioni limitino tale reperibilità.

⁸⁵ Oggi è ammessa una riduzione fino a nove ore ove richiesta dalle caratteristiche dell'attività esercitata. Così KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit., pp. 14-15 e aa. ivi citati.

terminazione del suo campo di applicazione⁸⁶, che include qualsiasi forma di lavoro subordinato e, come prevede espressamente il § 2, co. 2, n. 3, anche quello parasubordinato, con l'unica eccezione del lavoro a domicilio (*Heimarbeit*), per il quale la *HAG* contempla norme speciali. Non trovano invece applicazione alle forme organizzative in esame altre discipline specifiche, come quella prevista nell'ordinanza sui luoghi di lavoro (*ArbStättV*), che integrano la normativa generale, ma che, come abbiamo visto, sono dotate di un ambito applicativo più ristretto (§ 2, co. 7).

Le principali conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione dell'*Arbeitsschutzgesetz* riguardano tre aspetti: a) il datore di lavoro è tenuto, ai sensi del § 3, c. 1 (*ArbSchG*), ad adottare tutte le misure necessarie a garantire e a migliorare la sicurezza e la tutela della salute sul lavoro. A tal fine, assume un fondamentale rilievo l'obbligo di valutazione dei rischi di cui al § 5 che si estende anche ai rischi specifici legati alla particolare modalità di esecuzione del lavoro (postura, condizioni ergonomiche, etc.)⁸⁷; b) anche in questi casi l'Ispettorato del lavoro (*Gewerbeaufsicht*) può monitorare il rispetto delle normative applicabili; c) il canale di codeterminazione previsto dal § 87, co. 1, n. 7 *BetrVG* consente di integrare la normativa di tutela, sia pure limitatamente al lavoro subordinato poiché il *BetrVG* non trova applicazione ai lavoratori parasubordinati.

In questa materia le fonti tipiche del sistema di codeterminazione possono svolgere un ruolo diverso a seconda della modalità di lavoro a distanza prescelta. Nel caso di telelavoro in alternanza le parti possono stabilire che le previsioni contenute nel *ArbStättV* si applichino anche nelle ipotesi in cui non ricorrono le condizioni da essa previste (ad es. l'istituzione delle postazioni di telelavoro nella sfera privata del dipendente). Un trasferimento in blocco di tali previsioni sarebbe impensabile nel *mobile Arbeit* giacché in tal caso può mancare anche la predeterminazione del luogo della singola prestazione, potendo la scelta essere lasciata al singolo lavoratore. Peraltro, le caratteristiche di queste forme organizzative possono rendere più difficoltoso, se non impossibile, anche l'adempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi previsti dalla normativa sulla sicurezza, come quello di valutazione

⁸⁶ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 185 e aa. citati in nota 52 del volume.

⁸⁷ I rischi professionali connessi al lavoro digitale in genere sono molto meno evidenti che nel lavoro tradizionale. Tuttavia, gli studi hanno mostrato che l'utilizzo dello schermo, specie se prolungato, può provocare una serie di disturbi specifici alla vista e agli occhi, alla spalla, al collo e alla parte bassa della schiena. DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 176.

dei rischi. Sebbene tale obbligo sia strumentale alla tutela di un diritto fondamentale statuito da una disposizione costituzionale, qual è quello alla salute, il prestatore potrebbe legittimamente impedire al datore di effettuare la valutazione dei rischi, invocando la speciale tutela prevista dall'art. 13 del GG che garantisce l'inviolabilità del domicilio privato⁸⁸. In ragione di ciò, diversi autori suggeriscono di stipulare un accordo aziendale, che riservi al datore di lavoro o ad un suo delegato il diritto ad accedere nella abitazione privata del dipendente al precipuo fine di adempiere a tali obblighi. Ed infatti si ritiene che per poter ispezionare il posto di lavoro "domestico" sia imprescindibile il consenso del dipendente⁸⁹. In ogni caso, va evidenziato che, in base al § 15 *ArbSchG*, il dipendente è tenuto a cooperare, fornendo tutte le informazioni necessarie. Il che può assumere particolare rilievo per poter superare le difficoltà di implementazione rilevate nella prassi nel caso del *mobile Arbeit* là dove spesso accade che le condizioni di fatto esistenti non siano note al datore di lavoro e questi non possa nemmeno assumersi una reale responsabilità al riguardo. Peraltro, l'ufficio allestito presso i clienti o l'arredamento della camera d'albergo non sempre rispondono agli standard di tutela applicabili al luogo di lavoro o nella modalità *Homeoffice*. In questo senso la dottrina auspica un intervento di un accordo a livello aziendale per apportare alla regolazione le modifiche e gli adattamenti opportuni.

8. *Potere di controllo e tutela dei dati personali*

È indubbio che nel lavoro a distanza il potere di controllo si svolge con modalità inedite, potendo sfumare o, comunque, subire una metamorfosi in conseguenza di un adattamento del modello organizzativo che impone di valorizzare una modalità di valutazione della prestazione fondata sugli obiettivi raggiunti: come nel caso di lavoro agile, il datore di lavoro si troverà impossibilitato ad esercitare le tradizionali forme di controllo per la parte di prestazione svolta all'esterno e potrà chiedere al telelavoratore di relazionare sullo stato di avanzamento dei propri progetti in determinati ambiti e presentare i risultati (parziali) della propria attività.

D'altra parte, con la digitalizzazione gli strumenti di lavoro, impiegati

⁸⁸ SCHÖLLMANN, *Mobile Working, Telearbeit*, cit., 83.

⁸⁹ HUSEMANN, *Homeoffice - Begriff, Anspruch und Herausforderungen in juris - Die Monatszeitschrift jM* 7/2021, pp. 274-281, note 19 e 20.

da remoto, si trasformano in dispositivi di controllo: l'utilizzo *tablet*, pc, smartphone o di programmi *software* per rendere la prestazione porta automaticamente ad acquisire numerosi dati attinenti alla sua sfera sia lavorativa che personale, potendo dar luogo a pratiche pervasive, come quelle consistenti nella tracciatura di tutti i tasti digitati sulla tastiera o delle attività svolte sullo schermo (c.d. *keylogger*), che mettono a rischio la dignità e la riservatezza del lavoratore⁹⁰. Si ripropone dunque il problema di limitare il potere di controllo del datore specie quando esso si eserciti tramite l'uso di strumenti informatici dotati di una straordinaria capacità di raccogliere ed elaborare informazioni.

A tal riguardo viene in considerazione la normativa specifica di tutela dei dati personali contenuta nel Reg. Ue (UE/2016/679), noto come *GDPR*, e nel *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG), che fissano i principi a cui deve attenersi il datore di lavoro che si trovi nella condizione di raccogliere ed elaborare dati. Peraltro, nell'ordinamento tedesco la protezione dei dati personali aveva già trovato una sua consacrazione quale diritto fondamentale grazie all'apporto della Corte costituzionale, che, a partire da una importante pronuncia del 1983⁹¹, aveva dedotto dal diritto generale della personalità (att. 1.1 e 2.1 del GG) un diritto all'autodeterminazione sulle informazioni (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), ossia "la facoltà del singolo di decidere essenzialmente da sé sulla trasmissione e l'uso dei propri dati personali". Il diritto all'autodeterminazione sulle informazioni trova una concreta realizzazione nelle disposizioni della *BDSG* (§ 1 cpv. 1 *BDSG*), dovendo escludersi una sua violazione qualora il trattamento dei dati sia conforme alle disposizioni del *BDSG*⁹².

L'utilizzo delle informazioni personali, anche se raccolte in forma occulta, richiede una giustificazione ai sensi degli artt. 4 e ss. del Reg. Ue. Il parametro per valutarne la legittimità è individuato anzitutto nel requisito della necessità (per es. ove necessario per decisioni di assunzione o per l'esecuzione, o la risoluzione del rapporto di lavoro); il § 26 del *BDSG* stabilisce anche le modalità in cui va prestato l'eventuale consenso del lavoratore e opera un rinvio ai principi di cui all'art. 5 del *GDPR* (adeguatezza, pertinenza e limitatezza del trattamento in relazione ai fini per i quali il controllo è effettuato etc.).

In linea generale, come prevede la relazione di accompagnamento alla legge, la legittimità dei sistemi di trattamento di dati deve essere valutata sulla

⁹⁰ Sul punto v. FRANK, *Corona und die Detektive* "Corona und Keylogger!? - Kontrollmöglichkeiten in Zeiten von Home-Office in *Betriebs-Berater* 4/2021, 248-252.

⁹¹ BVerfG 15 dicembre 1983 - BVerfGE 65, 1 [43 ff.].

⁹² Bag 29 giugno 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 22.

base di un equo temperamento tra le posizioni reciproche in campo e, in particolare, tra l'interesse del datore di lavoro al trattamento dei dati e i diritti della persona del dipendente (c.d. concordanza pratica). Il controllo di proporzionalità richiede di accertare che non siano disponibili altri strumenti ugualmente efficaci, benché meno lesivi dei diritti della persona. In altri termini, è da ritenere inammissibile la raccolta, l'elaborazione e l'utilizzo di dati laddove essi sacrificino in modo eccessivo la sfera personale del dipendente tenuto conto dell'interesse del datore di lavoro ad acquisire l'informazione⁹³.

In applicazione di tali principi il Bag⁹⁴ ha ravvisato una lesione del diritto all'autodeterminazione sulle informazioni nel caso di un datore di lavoro che aveva applicato, senza il consenso del lavoratore, un *keylogger* nel pc aziendale per acquisire segretamente informazioni sul suo conto: secondo i giudici un sistema del genere – che presuppone una videosorveglianza segreta quasi “a tappeto”, continuativa e molto approfondita del comportamento dei dipendenti – è da ritenere in contrasto con il § 32 co. 1 *BDSG* qualora non sussista il sospetto di un reato penale o di altra grave violazione dei doveri relativi al dipendente giustificata da fatti concreti⁹⁵.

All'opposto, il Bag ha ammesso la legittimità dell'uso di applicazioni digitali, meno invasive, che mirano a prevenire la violazione degli obblighi contrattuali del dipendente senza inibire la sua libertà di programmare autonomamente le proprie azioni. È il caso dei *software* che consentono la memorizzazione temporanea delle pagine web visitate e il controllo casuale della cronologia al fine di verificare il rispetto del divieto di utilizzo privato dei sistemi informatici aziendali⁹⁶. In tali casi assume rilievo il fatto che vengano registrati *solo* i dati necessari a tale scopo ossia gli indirizzi e i titoli delle pagine consultate e l'orario in cui si svolge la navigazione su internet⁹⁷.

⁹³ Bag 29 giugno 2017 - 2 AZR 597/16, BB 2017, 2364, NZA 2017, 1179, 1183, Rn. 32.

⁹⁴ Bag 27 luglio 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 31 mwN, BAGE 159, 380; cfr. anche Bag 28 marzo 2019 - 8 AZR 421/17, BB 2019, 2035 Ls, NZA 2019, 1212, 1216, Rn. 39.

⁹⁵ Bag 27 luglio 2017 - 2 AZR 681/16 - BAGE 159, 380 [391]. Cfr. anche BAG 29 giugno 2017 - 2 AZR 597/16 secondo cui è inammissibile ai sensi dell'art. 32, co. 1, *BDSG* anche una indagine segreta “al buio” per verificare se un dipendente si stia comportando in violazione del dovere. E ciò indipendentemente dal fatto che fossero disponibili mezzi più miti ed ugualmente efficaci.

⁹⁶ Bag 27 luglio 2017 - 2 AZR 681/16, cit.

⁹⁷ Lag Berlino-Brandeburgo 14 gennaio 2016 - 5 Sa 657 /15. Sulle caratteristiche che deve avere lo *screenshot* cfr. STÜCK, ArbRAktuell 2019, 216, 217 m. w. N.; GÜNTHER, BÖGLMÜLLER, ArbRAktuell 2020, 186, 188: nur bei Tatverdacht.

I principi generali per la raccolta e il trattamento dei dati dei dipendenti si applicano ugualmente anche nell'ipotesi in cui il lavoro a distanza non si svolga da casa. In base all'art. 32 del Reg. UE 2016/679 devono essere messe in atto speciali misure tecniche e organizzative per garantire un livello di sicurezza del trattamento adeguato al rischio. L'utilizzo dei dispositivi aziendali richiede diverse precauzioni, come la creazione di una *password* da mantenere effettivamente segreta, ma anche, se necessario, la rinuncia a memorizzare dati ed il criptaggio dei canali di informazione e del disco rigido. Occorre anche osservare i suggerimenti pratici per l'aggiornamento di un pc in precedenza utilizzato solo in forma privata.

Infine, nel caso di *mobile Arbeit* l'attuazione pratica della garanzia dei dati secondo l'art. 32 del Reg. UE 2016/679 si rivela ancor più problematica che nell'*Homeoffice* giacché lo schermo è esposto allo sguardo di terzi presenti in treno o in altri mezzi di trasporto. Peraltro, in tali ipotesi il dispositivo potrebbe anche essere smarrito o rubato più facilmente. Pertanto, appare più urgente il ricorso alla crittografia. In caso di smarrimento, deve essere possibile cancellare tutti i dati da remoto.

9. *Strumentazione per l'Homeoffice e costi*

Un'altra questione assai dibattuta attiene all'individuazione del soggetto su cui ricade l'obbligo di provvedere agli strumenti necessari allo svolgimento del lavoro a distanza, così come alla loro manutenzione. In Germania dottrina e giurisprudenza, attenendosi ad un principio di gratuità del lavoro a distanza, ritengono che tale obbligo, di regola, incomba sul datore di lavoro⁹⁸. Del resto, il requisito dell'alienità di mezzi costituisce un elemento essenziale per la qualificazione del lavoro "subordinato"⁹⁹.

Gli accordi aziendali dispongono dunque, in genere, che il datore debba fornire il *pc* e la stampante e consentire l'accesso alla rete aziendale¹⁰⁰. Il lavoratore, invece, pur mettendo a disposizione la propria stanza, munita di mobili, ai sensi del § 670 BGB, ha diritto a ricevere un compenso per l'utilizzo del proprio spazio abitativo come per i costi del telefono e dell'accesso internet. L'accordo aziendale può determinare un importo forfettario.

⁹⁸ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 553.

⁹⁹ DÄUBLER, *Bring your own Device - Arbeit mit eigenen Geräten?*, in *PersR 2015*, pp. 38-42.

¹⁰⁰ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 553.

In tale ipotesi si ritiene che nel caso di difetto o di rottura del dispositivo il datore di lavoro, ove messo in mora, sia tenuto a continuare a corrispondere la retribuzione pattuita ai sensi del § 615 c. 1, BGB. Tale norma pone a suo carico anche il rischio di una causa sopravvenuta di impossibilità allo svolgimento della prestazione non imputabile; in caso di smarrimento dell'oggetto in questione, è obbligato a procurarne un altro in sostituzione.

Il quadro si complica se il lavoratore viene abilitato all'uso di propri dispositivi. Il fenomeno, identificato negli USA con l'acronimo (*BYOD*), si è diffuso già da qualche anno nella Rft, e pone gli stessi problemi anche se l'uso dei dispositivi è soltanto occasionale. Nell'ottica del datore di lavoro, questa modalità consente vantaggi innegabili (es. risparmio sui costi di acquisto del dispositivo, maggiore disponibilità del lavoratore durante il tempo libero, etc.), anche se non è tutto oro ciò che luccica. Anzitutto, tale modalità di svolgimento della prestazione non può essere decisa unilateralmente dal datore di lavoro ma richiede la stipula di un accordo, le cui condizioni possono essere oggetto di un sindacato di ragionevolezza ex § 307, c. 1 f. 1 del BGB (*AGB-Kontrolle*): di dubbia legittimità sarebbe una clausola che vieti qualsiasi uso privato della strumentazione¹⁰¹. In secondo luogo, le conseguenze derivanti dalla perdita (furto) o rottura del dispositivo possono essere diverse a seconda dei casi: di regola, in analogia con quanto stabilito per il caso in cui il dipendente, d'accordo con il datore, utilizzi la propria auto per ragioni di servizio¹⁰², il datore è tenuto al rimborso ai sensi del § 670 BGB anche se il dipendente fa un uso anche personale del dispositivo¹⁰³. L'applicabilità di tale obbligo incontra però alcuni limiti: in particolare non opera in caso di negligenza grave; in quello di negligenza media si configura un concorso di responsabilità; in caso di negligenza lieve, spetta infine l'intero risarcimento.

¹⁰¹ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 101.

¹⁰² BAG 22 giugno 2011 - 8 AZR 102/10, NZA 2012, 91.

¹⁰³ DÄUBLER, *Digitalisierung*, cit., p. 107 a cui non convince la tesi di GÖPFERT, WILKE, *Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke*, in NZA 2012, 765 (769), i quali prospettano un rapporto distinto di locazione (*Mietverhältnis*).

10. Conclusioni

A conclusione di questa indagine sul lavoro a distanza nell'esperienza tedesca occorre chiedersi quali indicazioni si possano ricavare per il contesto italiano e quali possibili scenari futuri si prefigurino in questa materia. Benché sul tema si contendano il campo posizioni divergenti¹⁰⁴, appare realistica la previsione che la “remotizzazione forzata”, registrata durante l'emergenza sanitaria, sia destinata a lasciare un segno indelebile: stando agli ultimi rapporti, in Germania il lavoro agile ha raggiunto una diffusione ben più significativa che da noi (si sfiora il 25 % mentre in Italia la media è del 13,6)¹⁰⁵. Nel dibattito tedesco sono emerse diverse criticità del quadro regolativo vigente e non sorprende che le principali questioni ancora aperte nel sistema in esame (e dunque le sfide in materia) siano simili a quelle su cui si stanno confrontando gli altri sistemi europei.

In Germania, la rivisitazione della nozione di subordinazione, avvenuta per via giurisprudenziale e poi consacrata dall'intervento normativo del 2017, sopra richiamato così come l'apporto teorico fornito dalla dottrina, contribuiscono in qualche misura a sdrammatizzare la questione della natura subordinata del rapporto con riguardo alle forme organizzative in esame. Tuttavia, i problemi di inquadramento, che si pongono quando il lavoro è prestato esclusivamente all'esterno, restano attuali nonostante si ritengano possibili diverse qualificazioni (telelavoro “a domicilio” o telelavoro parasubordinato)¹⁰⁶; e ciò, considerando anche che il sistema tedesco, come il nostro, sconta l'assenza di una riforma complessiva del lavoro autonomo che grantisca un'estensione effettiva dell'apparato di tutele per il lavoro economicamente dipendente.

Una questione ancora aperta è anche quella relativa all'applicabilità della normativa in tema di salute e sicurezza giacché proprio in considerazione della maggiore flessibilità delle coordinate del luogo della prestazione può accadere che il datore di lavoro non si trovi nella condizione, da solo, di assumere determinate informazioni strumentali all'adempimento dei suoi obblighi. In tal caso (quando si tratta per esempio di ispezionare la postazione

¹⁰⁴ Così ad esempio CREUTZBURG, *Wenn Homeoffice Bedrohung wird*, FAZ vom 25.11.2020, p. 18.

¹⁰⁵ Cfr. il rapporto Istat citato in *Per lo smart working rivoluzione a metà poco e solo nel privato*, *la Repubblica*, 8 agosto 2022, p. 21.

¹⁰⁶ Più nel dettaglio sul punto cfr. KRAUSE, KÜHN, *ICT-enhanced remote*, cit., p. 8.

di lavoro domestico o di ricevere dal dipendente le informazioni necessarie) diviene fondamentale il ruolo del consenso del dipendente.

Si è poi avuto modo di porre in luce la difficoltà di conciliare la normativa tedesca in materia di orario di lavoro, assai restrittiva, con le caratteristiche tipiche del telelavoro mobile e dell'*Homeoffice* e, in particolare con gli elevati spazi di autonomia e flessibilità di cui gode questo tipo di lavoratore. Poco chiara appare anzitutto la linea di confine tra disponibilità permanente e mera reperibilità che viene affidata ad orientamenti ondivaghi della giurisprudenza; ma è anche problematico in sede applicativa escludere il periodo di reperibilità dalla definizione di orario di lavoro giornaliero allorquando il prestatore è soggetto ad alcuni vincoli che ne limitano la possibilità di attendere ai propri interessi: in tal caso, il lavoratore resterebbe esposto al rischio di iperconnessione. Ciò anche in ragione del fatto che il diritto tedesco, discostandosi in parte dal diritto dell'Ue, come si è visto, non consente di computare le interruzioni brevi nella durata del riposo. Restano in ogni caso i dubbi sulla tenuta della normativa in materia giacché nella prassi il telelavoro è spesso associato ad un superamento in via informale dei limiti temporali fissati dal legislatore sul riposo minimo giornaliero con il rischio conseguente di compromettere gli obiettivi di conciliazione tra la vita professionale e la vita familiare¹⁰⁷. Di tali pratiche abusive si prendeva atto anche nel *Koalitionsvertrag*, stipulato all'indomani delle elezioni del 2021, nel quale i partiti di governo, sulla scorta di una precedente proposta¹⁰⁸, si erano proposti di rendere più flessibili le norme attualmente vigenti in materia di orario di lavoro (in particolare quelle sull'orario massimo giornaliero) al fine di garantire ai dipendenti un margine di autonomia più ampio nella organizzazione dei tempi di lavoro durante la settimana. L'idea è quella di inserire nell'*ArbZG* clausole di apertura che consentano ai contratti collettivi o, sulla base di contratti collettivi, agli accordi aziendali di codeterminazione, di sganciarsi dai vincoli legali e svolgere un *ruolo autorizzatorio* con riguardo all'istituzione di moduli di orario di lavoro flessibile,

¹⁰⁷ GIESEN, *Stellungnahme für die Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 3.5.2021*.

¹⁰⁸ Si fa riferimento alla proposta presentata dai parlamentari del FDP (BT-Drucks. 19/23678) ove si parte dal presupposto che la normativa tedesca sull'orario di lavoro stabilisce vincoli inutilmente più stringenti rispetto alla direttiva Ue (dir. 2003/88/CE). Si invita dunque il governo, tra le altre cose, a introdurre, piuttosto che un orario di lavoro massimo, esattamente lo stesso orario di lavoro settimanale massimo, in modo da garantire più autonomia nella organizzazione dell'orario durante la settimana.

in particolare, prevedendo accordi di deroga alla disciplina sui tempi di riposo.

Può invece oggi considerarsi (in parte) acquisita, anche in Germania, la natura volontaria, per entrambe le parti, del lavoro a distanza; su questo profilo si era molto dibattuto, specie sul piano dello *ius condendum*, soprattutto nella prima fase della pandemia. Nella proposta di legge avanzata dal Ministero del lavoro (BMAS) nell'ottobre 2020 – e poi respinta dalla Cancelleria – si intendeva addirittura riconoscere ai dipendenti una sorta di diritto a lavorare nella modalità di lavoro da remoto per almeno 24 giorni all'anno. Si tratta, tuttavia, di una soluzione fin troppo *tranchant*, che dà adito a non pochi dubbi: essa non solo è in aperto contrasto con gli approdi giurisprudenziali e con le fonti europee – che come è noto da tempo pongono particolare enfasi sulla consapevolezza e volontarietà del telelavoro – ma appare incompatibile con l'elevato grado di fiduciarità che caratterizza il telelavoro mobile¹⁰⁹. Il *Koalitionsvertrag*, pur lasciando da parte l'ipotesi di un riconoscimento per legge del diritto a lavorare in modalità agile – che compariva nei precedenti accordi di programma –¹¹⁰ ripropone la soluzione, meno invasiva, prospettata nella bozza più recente del 14 gennaio 2021 (intitolata proposta di legge sul telelavoro mobile), che ricalca la disciplina promozionale presente nei Paesi Bassi¹¹¹: essa prevede un obbligo per il datore di discutere in merito alla richiesta del dipendente di svolgere la propria attività in “telelavoro mobile” (con riguardo all'inizio, la durata, la portata e la distribuzione dell'orario, nonché il tipo di lavoro mobile) e di giustificarne l'eventuale rifiuto con ragioni oggettive. La suddetta proposta si espone ad analoghi rilievi. La sanzione prevista nel caso in cui il datore non ottemperi all'obbligo di consultazione e non motivi l'eventuale rifiuto comprime in modo eccessivo ed inaccettabile l'autonomia negoziale e la libertà organizzativa del datore di lavoro giacché si finge che l'accordo sia stato raggiunto alle condizioni proposte dal dipendente, ipotizzando, nella sostanza, una sorta di obbligo a contrarre a carico del datore. Ad ogni modo, la questione rimane sul tappeto anche a seguito del recente intervento normativo: come si è visto, il legislatore tedesco è intervenuto solo

¹⁰⁹ Come è stato scritto per lo smart working italiano: esso “*funziona sulla base di un rapporto di fiducia e collaborazione tra le parti particolarmente intenso, che sostituisce timbratura del cartellino e altri controlli sull'assiduità dell'impegno*”. Così ICHINO, *Un'idea sbagliata dello smart working*, in *la voce.it*.

¹¹⁰ Cfr. *Koalitionsvertrag* del 7.2.2018.

¹¹¹ GIESEN, *Stellungnahme für die Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales* del 3.5.2021.

per valorizzare il ruolo delle strutture di rappresentanza presenti in azienda (*Mitbestimmung*), investendole del compito di (co)determinare il *quomodo* del lavoro a distanza. Questa normativa ha suscitato reazioni diverse: per alcuni essa avrebbe un valore soltanto simbolico¹¹², per altri invece, pur dando adito ad alcuni dubbi interpretativi, si pone in linea con le tendenze evolutive della prassi negoziale¹¹³: gli accordi di codeterminazione aziendale in materia, sebbene ancora poco diffusi, hanno contribuito a rispondere efficacemente alla richiesta di flessibilità imposta dalle nuove modalità di lavoro e, in qualche modo, possono offrire una tutela adeguata in caso di carico di lavoro eccessivo o di condizioni di lavoro dannose per la salute. Sotto questo profilo l'esempio tedesco – come del resto anche quello spagnolo – appare molto istruttivo anche per il caso italiano: da noi era stata da più parti invocata la necessità di intervenire con una normativa organica, che apprestasse, con coerenza e con una visione di insieme, una cornice di tutela normativa ed economica di carattere generale. L'analisi dell'esperienza tedesca in riferimento alle nuove forme di organizzazione del lavoro, rese possibili dall'evoluzione tecnologica, conferma che il diritto del lavoro italiano, trovandosi di fronte ad identiche sollecitazioni sociali, può rispondere al cambiamento e affrontare la complessità della realtà digitalizzata con una strumentazione differente e più duttile rispetto a quella sinora impiegata. Pur continuando a lasciare alcuni spazi di regolazione per il riconoscimento delle nuove istanze di libertà e autonomia individuale (per es. la scelta di attuare questa modalità di lavoro) la legge potrebbe combinare la tecnica “tipica” della regolamentazione tramite rinvio (controllo sindacale), con un potenziamento del canale partecipativo, per favorire uno spostamento del potere decisionale in questa materia nelle sedi periferiche.

La norma imperativa di legge deve certo presidiare il lavoro a distanza ma, al contempo, potrebbe rilanciare il ruolo della contrattazione collettiva, “quale rete di protezione sociale in grado di attivare la libertà e l'autonomia personale”¹¹⁴: appare essenziale non solo rimeditare i perimetri (confini) che oggi individuano la fattispecie ma mettere al centro i bisogni di protezione e le aspirazioni di vita della persona del lavoratore, che va

¹¹² GIESEN, *Stellungnahme für die Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 3.5.2021*.

¹¹³ GÜNTHER, BÖGLMÜLLER, *Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz*, cit.

¹¹⁴ CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella “grande trasformazione”*, *L'innovazione sociale in sei tappe*, in *Biblioteca '20 maggio'*, 2/2019, p. 81.

tutelata indipendentemente dallo schema contrattuale di cui è in qualche modo oggetto. Pertanto, non ci si può illudere di poter calare dall'alto modelli regolativi in grado di bilanciare una volta per tutte i diversi interessi in gioco. Si rende necessario, al contrario, privilegiare tecniche in grado di garantire un equilibrato dosaggio tra fonti eteronome ed autonome, come è il caso delle classiche clausole di apertura menzionate nelle proposte tedesche più recenti. E infatti, solo i partner sociali, essendo a conoscenza della realtà aziendale nel rispettivo settore, possono cogliere le esigenze di adattamento dell'assetto protettivo di regolazione ai diversi contesti e indicare le soluzioni regolative ottimali in grado di rappresentare e valorizzare nel migliore dei modi i nuovi bisogni e le istanze di autonomia e di libertà individuale.

Abstract

Il saggio parte da una ricognizione delle fonti di disciplina del lavoro a distanza nel sistema tedesco, dando conto del dibattito sviluppatosi in questa materia, anche in una prospettiva de iure condendo, sugli aspetti più problematici, come quelli inerenti alle questioni definitorie, alla qualificazione del rapporto di lavoro, alla volontarietà, all'organizzazione dell'orario di lavoro, ai rischi per la salute e la sicurezza, al potere di controllo e la tutela della *privacy* e infine alla fornitura delle attrezzature di lavoro. Nella parte finale l'a. conclude, tra l'altro, che in Germania la questione della natura subordinata del rapporto con riguardo alle forme organizzative in esame può essere in qualche misura sdrammatizzata, sebbene sia ancora attuale come in Italia. Infine, auspica la sperimentazione di tecniche in grado di garantire un equilibrato dosaggio tra fonti eteronome ed autonome, come è il caso delle classiche clausole di apertura menzionate nelle proposte tedesche più recenti.

The essay starts with an analysis of the legal framework and the collective bargaining on remote work in Germany, providing an account of the literature on the most problematic aspects, such as those related to employee status issues, the voluntary nature of the introduction of mobile work, the working time, health and safety risks, monitoring, surveillance and data protection and, finally, work equipment. In the final section the a. concludes that the question of the classification of mobile worker as employee cannot be underestimated neither in Germany nor in Italy. The Author draws inspiration from the German case for proposing, in the last part of the paper, the adoption of the techniques, traditionally used in Germany, capable of guaranteeing a balanced mix between heteronomous and autonomous sources, as is the case with the opening clauses mentioned in the most recent German draft legislation.

Keywords

Telelavoro, telelavoratore mobile, contrattazione collettiva, accordo quadro, flessibilità, Germania.

Telework, mobile worker, collective bargaining, framework agreement, flexibility, Germany.

Thomas Dullinger

Homeoffice e lavoro a distanza in Austria*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Profili definatori. **3.** Attuazione dell'*Homeoffice*. **4.** Strumenti di lavoro e compensazione dei costi. **5.** Altri aspetti riguardanti l'*Homeoffice*. **6.** Contratti collettivi e *Homeoffice*. **7.** Il recesso dalla modalità di lavoro in *Homeoffice*. **8.** Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

In Austria l'*Homeoffice* e il lavoro da remoto (d'ora in poi lavoro a distanza) sono stati oggetto di studio da parte della dottrina giuridica almeno a partire dagli anni '90¹. Inoltre, tali modalità organizzative hanno suscitato un certo interesse nella prassi e nella contrattazione collettiva che hanno introdotto specifiche discipline sul punto. Tuttavia, solo in conseguenza del Covid-19 il lavoro da casa è diventato un fenomeno molto diffuso. La normativa austriaca, in vigore dal 1.04.2021, ha cercato di fornire una risposta alle questioni che derivano dall'espansione di tale forma organizzativa e ha rivisto profondamente la regolamentazione in materia di *Homeoffice*². Il presente saggio concentrerà l'attenzione sui profili della regolazione più rilevanti del lavoro da casa alla luce delle vecchie e nuove norme legislative, ponendo in rilievo gli approdi e le criticità della nuova legislazione.

* La traduzione dall'inglese è di Raffaello Santagata de Castro.

¹ TROST, *Der Arbeitnehmer in eigener Wohnung*, in ZAS, 1991, p. 187.

² Legge federale con cui viene modificata la normativa sui contratti di lavoro (*Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*), la legge sulla costituzione aziendale (*Arbeitsverfassungsgesetz*), la legge che regola la responsabilità dei dipendenti per i danni causati in servizio (*Dienstnehmerhaftpflichtgesetz*), la legge sull'Ispektorato del lavoro del 1993, la legge generale sulla previdenza sociale e la legge sull'assicurazione sanitaria e contro gli infortuni dei dipendenti pubblici; BGBl I 61/2021).

2. Profili definitivi

Prima dell'entrata in vigore della normativa relativa al c.d. *Homeoffice* nel sistema austriaco erano rinvenibili definizioni variegata per identificare le particolari forme di esecuzione del rapporto di lavoro in cui il lavoratore svolge una prestazione all'esterno, tra cui quella di telelavoro e di *Homeoffice*. La carenza di una nozione giuridicamente vincolante rendeva tuttavia difficoltoso individuare gli esatti confini di tali fattispecie, per cui le definizioni utilizzate nella prassi finivano talvolta per assumere un significato diverso a seconda del contesto³.

Dal 1.4.2021 esiste una nozione legale di “lavoro in *Homeoffice*”. L'*Homeoffice* si caratterizza in ragione del fatto che un dipendente svolge regolarmente la prestazione di lavoro nel proprio domicilio (§ 2h, c. 1 AVRAG)⁴. Pertanto, la modalità di esecuzione del lavoro in *Homeoffice* presenta tre tratti distintivi: la regolarità, la prestazione di lavoro e l'abitazione come luogo di lavoro.

La nuova normativa non chiarisce cosa debba esattamente intendersi con l'avverbio “regolarmente” (*regelmäßig*). Nella lingua tedesca tale espressione potrebbe essere interpretata nel senso di richiedere un periodo di estensione temporale minimo di lavoro a casa (ad esempio, 10 ore settimanali in media) ovvero potrebbe essere intesa come sinonimo di “periodicità prestabilita”, e cioè per riferirsi ad un evento che si svolge “con cadenza regolare” (ad esempio, ogni lunedì e ogni venerdì). Tuttavia, nella letteratura giuridica è risultata prevalente l'opinione che il lavoro da casa potesse essere ricondotto in ogni caso alla fattispecie *Homeoffice* purché tale diversa modalità di esecuzione della prestazione non sia del tutto occasionale⁵. La relazione illustrativa al testo di legge avvalorava questa tesi⁶. Dal punto di vista del diritto tributario, invece, la normativa subordina l'applicazione di determinati benefici alla condizione che il lavoratore abbia svolto la prestazione in *Homeoffice* per un numero minimo di giorni (art. 16 co. 1 n. 7a, lett. a EStG)⁷. Il

³ FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA* 2020, p. 512 et seq.

⁴ Legge di modifica al diritto dei contratti di lavoro (*Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz*, BGBl 459/1993).

⁵ GRUBER-RISAK, *Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A) - Eine erste Einschätzung der arbeitsrechtlichen Inhalte*, in *CuRe*, 2021/5; DULLINGER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG, paras. 18 et seq.

⁶ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 5.

⁷ Legge federale del 7 luglio 1988 sulla tassazione del reddito delle persone fisiche

termine “prestazione di lavoro” (*Arbeitsleistung*) si riferisce a qualsiasi tipo di prestazione che può essere oggetto di un contratto di lavoro subordinato. Non assume rilievo se il dipendente sia obbligato o no a svolgere questa specifica modalità organizzativa purché egli presti l’attività per adempiere agli obblighi derivanti dal proprio contratto di lavoro⁸. Né rileva se per lo svolgimento dell’attività lavorativa si faccia ricorso a strumenti tecnologici ICT⁹.

Per “abitazione” (*Wohnung*) si intende l’appartamento o la casa in cui risiede il dipendente, comprensivi di balcone o giardino e cantina o garage¹⁰. È da ritenere riconducibile a tale definizione anche l’appartamento o la casa del *partner* o di un parente stretto. Per contro, il concetto di “abitazione” non può includere altre ipotesi, quali, ad esempio, quella in cui si lavora in un bar, su un treno o in uno spazio condiviso di un ambiente di lavoro con altre persone (*coworking*)¹¹. Tale distinzione, pur essendo stata ampiamente criticata nella letteratura giuridica¹², risponde certamente all’intento perseguito dal legislatore¹³.

Le forme di lavoro a distanza nelle quali il lavoratore non è presente presso la sede del datore di lavoro e non svolge regolarmente la prestazione in ambito domiciliare non sono disciplinate dalla normativa più recente e sono denominate lavoro a distanza nelle sezioni successive.

3. *L’attuazione del c.d. Homeoffice*

L’attività in modalità *Homeoffice* va esaminata principalmente con riguardo al profilo relativo al luogo di lavoro. Secondo le regole generali, il luogo di adempimento dell’obbligazione di lavoro è determinato nel contratto di lavoro o, in mancanza, dagli usi o tenendo conto delle circostanze

(*Bundesgesetz vom 7. Juli 1988 über die Besteuerung des Einkommens natürlicher Personen*, BGBl 400/1988).

⁸ DULLINGER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG, para. 22.

⁹ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 4.

¹⁰ DULLINGER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG para. 27.

¹¹ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 4.

¹² KÖRBER-RISAK, *Home-Office als neue Arbeitsform*, in KÖRBER-RISAK, *Praxishandbuch Home-Office*, 2021, p. 9.

¹³ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 4; FELTEN, “*Mobile*” Arbeit - eine arbeitsrechtliche Annäherung, in *DRdA*, 2022, p. 163.

del contratto di lavoro¹⁴. In caso di dubbi, la prestazione di lavoro deve essere eseguita presso la sede del datore di lavoro¹⁵.

In Austria, i contratti di lavoro, in genere, determinano espressamente il luogo di lavoro. Di solito, si prevede, di comune accordo, anche che il datore di lavoro possa modificare unilateralmente (almeno in una certa misura) il luogo di lavoro prescelto. Secondo l'opinione prevalente, tuttavia, la scelta della modalità in *Homeoffice* non può fondarsi su tale clausola¹⁶. Non si può presumere che il lavoratore, accettando una simile pattuizione, intenda riservare al datore di lavoro un potere di disporre del proprio spazio abitativo giacché a tal fine sarebbe necessario una specifica pattuizione. Sennonché, mentre secondo parte della letteratura una simile pattuizione sarebbe addirittura inammissibile¹⁷, altra parte della dottrina ritiene che tali accordi siano in linea di principio leciti, a condizione che nel singolo caso specifico una simile disposizione possa dirsi appropriata per il dipendente¹⁸.

Quando l'epidemia da coronavirus ha iniziato a diffondersi in Austria una parte degli autori aveva sostenuto, per forza di cose, che l'obbligo di lavorare da casa in determinate circostanze potesse trovare un fondamento negli obblighi accessori del contratto di lavoro (*Treupflicht*)¹⁹. In situazioni di emergenza, i dipendenti hanno infatti un obbligo a svolgere una prestazione che, normalmente, non assumono²⁰. Da allora, però, quello che era uno strumento per dare una risposta temporanea alla situazione contingente è divenuto, in molti settori produttivi, uno *status quo* permanente, che non può trovare alcuna legittimazione nell'obbligo di fedeltà. Peraltro, secondo altra parte della dottrina già all'inizio della crisi l'imposizione unilaterale dell'*Homeoffice* era da considerare illegittima²¹.

¹⁴ KIETAIBL, REBHAIN in NEUMAYR, REISSNER, *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2018, § 1153 ABGB para. 22.

¹⁵ OGH 16.9.1987, 9 ObA 92/87.

¹⁶ BARTMANN, ONDREJKA, *Home-Office in Zeiten von COVID-19*, in *ZAS*, 2020, p. 165; FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 516.

¹⁷ FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 518.

¹⁸ AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG paras. 118 et seq; DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in *ZAS*, 2021, p. 189.

¹⁹ FRIEDRICH, *Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19*, in *ZAS*, 2020, p. 157 et seq; EICHMEYER/EGGER, *Ausgewählte Praxisrechtsfragen zum Homeoffice*, in *RdW*, 2020, p. 849.

²⁰ OGH 20.4.1994, 9 ObA 23/94; KIETAIBL/REBHAIN in NEUMAYR/REISSNER, *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2018, § 1153 ABGB para. 38.

²¹ FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 516 et seq.

Il nuovo § 2h, co. 2 AVRAG prevede che la modalità di svolgimento della prestazione *Homeoffice* possa essere istituita soltanto per effetto di un accordo sottoscritto da entrambe le parti. Pertanto, non esiste né un diritto soggettivo a lavorare da casa né un obbligo in tal senso. Né le parti del contratto di lavoro sono legittimate a stipulare un accordo che riconosca al datore di lavoro il potere di disporre unilateralmente la modalità in *Homeoffice*²².

Secondo l'espressa formulazione dell'art. 2 cpv. 2 AVRAG il contratto va stipulato in forma scritta. Tuttavia, un accordo stipulato oralmente o per fatti concludenti è comunque valido giacché la forma scritta non è prevista a pena di nullità²³. Peraltro, qualora il datore di lavoro violi il requisito della forma scritta dell'accordo, sarà chiamato a farsi carico di eventuali incertezze sull'esatto contenuto²⁴.

Questa disposizione non trova applicazione nel caso di lavoro da remoto; tuttavia, le regole generali del diritto civile nella maggior parte dei casi portano allo stesso risultato. La differenza più significativa tra le due ipotesi di lavoro a distanza risiede probabilmente nel fatto che le parti contraenti possono in linea di principio anche prevedere la facoltà del datore di lavoro di scegliere unilateralmente la modalità di lavoro da remoto.

4. *Gli strumenti di lavoro e la compensazione dei costi*

Il primo nodo da sciogliere nell'ipotesi in cui la modalità in *Homeoffice* sia stata validamente prevista è quello relativo alla assunzione dei costi necessari a svolgere l'attività lavorativa nella modalità prescelta. Occorre domandarsi quale dei due soggetti debba farsi carico di fornire le attrezzature necessarie allo svolgimento di tale lavoro e chi debba sostenerne i costi.

Secondo le regole generali, il datore di lavoro deve mettere a disposizione tutti gli strumenti di lavoro richiesti e provvedere alla copertura dei relativi costi²⁵. Tuttavia, le parti del contratto di lavoro possono accordarsi di-

²² DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in *ZAS*, 2021, p. 189; AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG paras. 120 et seq.

²³ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 4.

²⁴ AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2h AVRAG para. 112.

²⁵ WINDISCH-GRAETZ, *Arbeitsrecht II*, new academic press, 2020, p. 67; RISAK, *Home Office I - Arbeitsrecht - Vertragsgestaltung, Arbeitszeit und ArbeitnehmerInnenschutz*, in *ZAS*, 2016, p. 206; EICHMEYER, EGGER, *Ausgewählte Praxisrechtsfragen zum Homeoffice*, in *RdW*, 2020, p. 851.

versamente. Pertanto, non è escluso che il dipendente sia obbligato a procurarsi da solo l'attrezzatura necessaria o parte di essa (ad esempio un tavolo e una sedia o la connessione ad Internet)²⁶. Non è ancora chiaro in che misura i costi possano essere scaricati sul dipendente. Vi sono buone ragioni per ritenere che, nella maggior parte dei casi, il dipendente abbia almeno il diritto alla compensazione dei costi aggiuntivi effettivamente sostenuti. Tuttavia, se il lavoro in modalità *Homeoffice* è stato previsto nell'interesse esclusivo o prevalente del dipendente, il rimborso delle spese a carico del datore di lavoro può essere limitato ulteriormente²⁷.

Per quanto riguarda le attrezzature digitali di lavoro, il nuovo § 2h, co. 3 AVRAG ha rafforzato le tutele del lavoratore a distanza. Si prevede che se le parti scelgono di adottare la modalità di lavoro in *Homeoffice*, il datore di lavoro debba fornire tutte le attrezzature necessarie a tal fine (ad esempio un *notebook*, uno smartphone o una connessione Internet). Questa disposizione è peraltro derogabile ad opera dell'autonomia individuale poiché viene fatto salvo il potere, demandato alle parti contraenti, di disporre che il lavoratore utilizzi la propria attrezzatura: in tal caso, il datore di lavoro è tenuto a rimborsare i costi corrispondenti. Le spese possono essere sostenute anche mediante un'apposita somma determinata in via forfettaria. Le deroghe a questa norma sono consentite solo se più favorevoli per il lavoratore. Pertanto, di regola, non è possibile una limitazione del diritto al rimborso.

Per quanto riguarda le attrezzature di lavoro non digitali, resta ferma la regola generale sopra menzionata. Lo stesso discorso vale per tutte le attrezzature di lavoro utilizzate in caso di lavoro a distanza.

5. Ulteriori profili riguardanti l'*Homeoffice*

In relazione all'*Homeoffice* si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina su diversi altri profili, alcuni dei quali sono stati oggetto di attenzione in occasione dei più recenti interventi legislativi.

Qualora un dipendente cagioni involontariamente un danno al datore di lavoro durante il lavoro, il risarcimento può essere ridotto o omissso (§ 2,

²⁶ HAIDER in KOZAK, *ABGB und Arbeitsrecht*, 2019, §§ 1014–1016 ABGB para. 24.

²⁷ DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in ZAS, 2021, p. 191.

co. 1 DHG)²⁸. Non c'è motivo di ritenere che questa regola non debba valere nel caso in cui l'evento dannoso si verifichi mentre si lavora da casa²⁹. Tuttavia, non è chiaro se, ed in che modo, questa norma di favore possa essere estesa nei confronti di chi convive con il dipendente (ad esempio, coniuge, figli) laddove, ad esempio, tali persone risultassero responsabili del danneggiamento dell'attrezzatura di lavoro del datore di lavoro. La nuova normativa (§ 2, co. 4, DHG) include nel proprio campo di applicazione anche le persone che convivono con il lavoratore che cagionino al datore di lavoro un danno legato al lavoro svolto presso il proprio domicilio (ai sensi del § 2h, co. 1, AVRAG). Tuttavia, a causa della formulazione alquanto ambigua e dell'assenza di note esplicative al riguardo, la portata di questo beneficio non è chiara nel dettaglio³⁰.

Questioni analoghe sorgono con riguardo agli infortuni sul lavoro. Gli infortuni che il diritto della sicurezza sociale considera in riferimento ai lavoratori sono quelli che si verificano in una connessione spaziale, temporale e causale con lo svolgimento dell'attività lavorativa (§ 175 co. 1, *Allgemeine Sozialversicherungsgesetz*, ASVG³¹). A causa di alcune precedenti decisioni della Corte Suprema non era chiaro fino a che punto la tutela contro gli infortuni sul lavoro potesse trovare applicazione nel *Homeoffice*³². Pertanto, il § 175, co. 1a, ASVG prevede ora espressamente che sono indennizzabili anche gli infortuni occorsi durante il lavoro da casa. Di recente, la Suprema Corte ha anche riconosciuto, in linea di principio, la tutela previdenziale in base alla norma generale³³. Tuttavia, nei casi riguardanti l'*Homeoffice* resta problematica l'individuazione di una precisa linea di confine tra infortunio sul lavoro e infortunio non protetto³⁴. Lo stesso vale per il lavoro a distanza³⁵.

²⁸ Legge federale del 31 marzo 1965 sulla limitazione della responsabilità per danni dovuti dai lavoratori (*Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer*, BGBl 80/1965).

²⁹ BRODIL in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2 DHG, paras. 5, 17; Brodil, *Home Office II - Haftung bei entgrenzter Arbeit*, in ZAS, 2016, p. 210 et seqq.

³⁰ BRODIL in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2 DHG, paras. 19 et seqq.

³¹ Legge federale del 9 settembre 1955 sulla sicurezza sociale generale (*Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung*, BGBl 189/1955).

³² BRODIL, *Neue Arbeitsformen und Unfallversicherung - Versicherungsschutz bei entgrenzter Arbeit*, in ZAS, 2019, p. 14 et seqq.

³³ OGH 27.4.2021, 10 ObS 15/21k.

³⁴ BRODIL in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2 DHG, paras. 35 et seqq.

³⁵ BRODIL in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 2 DHG, paras. 59 et seqq.

In dottrina si discute circa l'applicabilità delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro (in particolare l'*ASchG*³⁶) nel *Homeoffice*. La nuova legge, come emerge dalla relazione illustrativa, si limita a fare un piccolo accenno alla questione³⁷, ma non prende posizione al riguardo. Il legislatore ha disciplinato soltanto uno specifico aspetto là dove vieta agli organi di vigilanza dell'Ispettorato del lavoro di accedere nell'abitazione di un dipendente che lavori in modalità *Homeoffice* (§ 4, co. 10, *ArbG*³⁸). Secondo l'opinione prevalente in letteratura le disposizioni dell'*ASchG* non sono applicabili in linea generale al lavoro in *Homeoffice*. Trovano applicazione alcune di tali previsioni solo se il datore di lavoro organizza la postazione di lavoro³⁹. Tuttavia, di recente ha ricevuto maggiore seguito in dottrina la tesi che ritiene applicabili anche al lavoro in *Homeoffice* almeno le disposizioni generali dell'*ASchG*⁴⁰. Un argomento centrale portato a sostegno di questa tesi si basa sull'interpretazione dell'*ASchG* alla luce della dir. 89/391/CEE⁴¹⁻⁴².

È invece per lo più pacifico che si applichi la normativa sull'orario di lavoro. Per cui, devono essere rispettati sia i limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero sia i periodi minimi di riposo. Lo stesso vale per il riposo settimanale e le festività nazionali⁴³. Secondo le regole generali, il sistema di misurazione dell'orario di lavoro deve essere mantenuto anche nel

³⁶ Legge federale sulla sicurezza e la salute sul lavoro (*Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit*, BGBl 450/1994).

³⁷ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 4.

³⁸ Legge federale sull'ispezione del lavoro (*Bundesgesetz über die Arbeitsinspektion*, BGBl 27/1993).

³⁹ BARTMANN/ONDREJKA, *Home-Office in Zeiten von COVID-19*, in *ZAS*, 2020, p. 164; KÖCK/PRASSER, *Checkliste: Home-Office-Vereinbarung*, in *ZAS*, 2016, p. 247; RISAK, *Home Office I - Arbeitsrecht - Vertragsgestaltung, Arbeitszeit und ArbeitnehmerInnenschutz*, in *ZAS*, 2016, p. 208 et seq. See also GRUBER, *Arbeitnehmerschutz bei Teleheimarbeit*, in *ZAS*, 1998, p. 67 et seq; TROST, *Der Arbeitnehmer in eigener Wohnung*, in *ZAS*, 1991, p. 184.

⁴⁰ STINAUER, *ArbeitnehmerInnenschutz im Home-Office*, in KÖRBER-RISAK, *Praxishandbuch Home-Office*, 2021, p. 83 et seq; FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 520 et seq; DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in *ZAS*, 2021, p. 191 et seq.

⁴¹ Direttiva del Consiglio, del 12 giugno 1989, relativa all'introduzione di misure volte a incoraggiare il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul lavoro, OJ L 183/1989, p. 1.

⁴² DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in *ZAS*, 2021, p. 191 et seq.

⁴³ BARTMANN in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, 2. Teil, paras. 2 et seqq.

lavoro in *Homeoffice* (§ 26 AZG⁴⁴). L'inizio e la fine dell'orario di lavoro devono essere chiaramente documentati. Secondo il § 26 cpv. 3 AZG, tuttavia, l'obbligo di registrazione riguarda solo la durata del lavoro giornaliero dei dipendenti che svolgono il proprio lavoro prevalentemente presso il proprio domicilio. Poiché la Corte di giustizia, sulla scorta della direttiva sull'orario di lavoro⁴⁵, prevede l'obbligo di ricorrere ad uno strumento che consenta di determinare con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale⁴⁶ e poiché nella specie il sistema di registrazione non consente di verificare se i periodi minimi di riposo siano stati rispettati perché non è chiaro quando il lavoro inizia e quando termina, questa possibilità non è da ritenere compatibile con il diritto dell'Ue⁴⁷.

Infine, esiste un dibattito vivace sulla protezione dei dati in casa. Ciò riguarda, da un lato, la sicurezza dei dati del datore di lavoro, dall'altro, il trattamento dei dati dei dipendenti. Anche a tal riguardo, mancano disposizioni di legge specifiche⁴⁸.

6. *Contratti collettivi e Homeoffice*

In Austria, come in Germania, esistono due diverse tipologie di contratti stipulati da strutture di rappresentanza collettiva: i contratti collettivi di lavoro (*Kollektivverträge*) e gli accordi di codeterminazione aziendale (*Betriebsvereinbarungen*). Mentre i primi coprono tipicamente interi settori industriali, i secondi sono applicabili a livello di singola azienda o di unità produttiva⁴⁹. Per dare attuazione al lavoro in *Homeoffice* non è necessario né un contratto collettivo né un accordo di codeterminazione aziendale.

Prima delle modifiche legislative sopra richiamate, i contratti collettivi di lavoro potevano già contenere disposizioni complete sul lavoro in *Homeoffice*⁵⁰.

⁴⁴ Legge federale dell'11 dicembre 1969 sulla regolamentazione dell'orario di lavoro (*Bundesgesetz vom 11. Dezember 1969 über die Regelung der Arbeitszeit*, BGBl 461/1969).

⁴⁵ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, OJ L 299/2003, p. 9.

⁴⁶ ECJ 14.5.2019, C-55/18, CCOO paras. 40 ff.

⁴⁷ MAZAL, *Neue Arbeitszeitaufzeichnung: Wahrheit statt Schönung - Konsequenzen auch für Home-Office*, in *ecolex*, 2019, p. 657 et seq.

⁴⁸ LEISSLER/TERHAREN in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, 4. Teil, paras. 1 et seqq.

⁴⁹ KIETAIBL, *Arbeitsrecht I*, new academic press, 2020, p. 196 et seqq, 262 et seqq.

⁵⁰ FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 513 et seq.

Nella prassi, tuttavia, ciò si verificava solo in pochi settori e le regole introdotte erano il più delle volte di carattere generale⁵¹. Era controverso se e in che misura gli accordi di codeterminazione aziendale potessero introdurre previsioni in materia di *Homeoffice*, mentre non si dubitava che il contratto collettivo aziendale potesse avere un ruolo fondamentale almeno su alcuni profili di regolazione dell'*Homeoffice* (ad esempio, quelli inerenti all'orario di lavoro e all'uso delle attrezzature del datore di lavoro portate a casa)⁵².

Le incertezze sono state in gran parte diradate dal legislatore. Ai sensi del § 97 co. 1 n. 27 *ArbVG*⁵³, l'accordo di codeterminazione aziendale può ora apprestare una disciplina generale sul *Homeoffice*. In particolare, tale fonte di regolazione si può occupare del profilo relativo alle attrezzature necessarie e all'assunzione dei relativi costi⁵⁴, dettare regole più di dettaglio riguardanti il luogo di lavoro e le modifiche all'orario di lavoro e, ancora, la salute e sicurezza sul lavoro e protezione dei dati. Tuttavia, sarebbe inammissibile un *Betriebsvereinbarung* che regoli direttamente la remunerazione⁵⁵. Inoltre, deve escludersi che un obbligo da parte del lavoratore di lavorare da casa possa trarre fondamento in un tale accordo poiché una simile previsione si porrebbe in contrasto con il principio della volontarietà di cui al § 2h cpv 2 *AVRAG*⁵⁶. È controverso, invece, se un vero e proprio diritto a lavorare da casa possa essere riconosciuto al dipendente per il tramite dell'accordo di codeterminazione aziendale⁵⁷.

⁵¹ FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 513.

⁵² GRUBER-RISAK, *Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A) - Eine erste Einschätzung der arbeitsrechtlichen Inhalte*, in *CuRe*, 2021/5; DULLINGER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 97 *ArbVG*, paras. 14 et seqq; FELTEN, *Home-Office und Arbeitsrecht*, in *DRdA*, 2020, p. 514 et seq.

⁵³ Legge federale del 14 dicembre 1973 sulla costituzione aziendale (*Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung*, BGBl 22/1974).

⁵⁴ Initiativantrag 1301/A BlgNR 27. GP p. 5.

⁵⁵ DULLINGER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, 2021, § 97 *ArbVG*, paras. 5 et seqq.

⁵⁶ AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, § 2h *AVRAG*, paras. 122 et seq.

⁵⁷ *Contra*: GERHARTL, *Gesetzliche Regelung des Homeoffice - Arbeitsrechtliche Aspekte der Neuregelung*, in *ASoK*, 2021, p. 164. Ammette invece questa ipotesi: AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, § 2h *AVRAG*, para. 125.

7. *Il recesso dalla modalità di lavoro in Homeoffice*

Secondo le regole generali, l'accordo per il lavoro in modalità *Homeoffice*, che costituisce parte integrante del contratto di lavoro, non è recedibile da una delle due parti. Questo può verificarsi solo se tale accordo contempli il diritto di reversibilità, che consiste nel diritto di modifica o di revoca dell'accordo (per es. per continuare a svolgere l'attività lavorativa in presenza)⁵⁸.

Tuttavia, le nuove disposizioni in materia di *Homeoffice* hanno introdotto una deroga a questo principio: secondo il § 2h cpv 4 AVRAG, ambedue le parti del contratto di lavoro possono recedere per giusta causa (*wichtiger Grund*) dall'accordo sul lavoro in *Homeoffice* in presenza di un preavviso di un mese nell'ultimo giorno di un mese solare. L'accordo può anche essere a tempo determinato o contenere disposizioni per il recesso. Questa disposizione merita particolare attenzione per due ragioni. Anzitutto, essa prevede la possibilità di risolvere solo una parte del contratto di lavoro, cosa che non è possibile secondo le norme generali del diritto del lavoro austriaco. In secondo luogo, il legislatore combina il recesso per giusta causa con la presenza di un periodo di preavviso e di una data di risoluzione. Questa scelta normativa introduce uno strappo sistematico nel diritto del lavoro austriaco⁵⁹ e comunque solleva non pochi problemi pratici. In talune ipotesi infatti non ci si può certamente aspettare che una parte resti vincolata all'accordo sul lavoro in *Homeoffice* sia pure solo temporaneamente. Eppure, la formulazione della legge è chiara al riguardo e richiede in questi casi anche il rispetto del termine di preavviso e della scadenza.

Questo problema può essere in qualche modo sdrammatizzato con un'accorta predisposizione delle norme contrattuali. Le parti del contratto di lavoro possono sforzarsi di adattare la regolamentazione delle modalità di esercizio del potere di recesso. Tuttavia, non è chiaro fino a che punto possa spingersi l'autonomia privata. Ad esempio, non è chiaro se sia possibile introdurre un'ipotesi di recesso senza preavviso e senza una scadenza e se sia possibile prevedere un'ipotesi di recesso aperta solo al datore di lavoro, ma non al lavoratore⁶⁰.

⁵⁸ REISSNER in NEUMAYR/REISSNER, *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2018, § 20 AngG, paras. 96 et seq.

⁵⁹ AUER-MAYER in KÖCK, *Der Homeoffice-Kommentar*, § 2h AVRAG, paras. 180 et seq.

⁶⁰ DULLINGER, *Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice*, in ZAS, 2021, p. 193 et seq.

Tuttavia, nella prassi potrebbero porsi ulteriori questioni anche per altri motivi. Quando questa nuova normativa è entrata in vigore, l'*Homeoffice* era praticato in molte aziende in Austria a causa della pandemia, senza che la base legale di questa tipologia di lavoro fosse chiara. Le nuove norme si applicano anche a questi accordi. I datori di lavoro, tuttavia, di regola, saranno difficilmente disponibili a sottoscrivere un accordo di *Homeoffice* che non sia recedibile *ad nutum*. Questi casi possono essere risolti solo con la fissazione di una scadenza a seconda della situazione pandemica.

8. Osservazioni conclusive

Alcuni aspetti di criticità dell'*Homeoffice* possono trovare una soluzione nella nuova normativa generale esistente anche se gli esiti interpretativi cui perviene la letteratura non risultano sempre in linea con la realtà. Ne è un esempio significativo il tentativo di qualificare la modalità di lavoro da casa quale promanazione del potere organizzativo. Probabilmente non era ancora pienamente maturata la consapevolezza dell'illegittimità di un simile approccio. La normativa esistente avrebbe potuto superare le criticità poste dall'*Homeoffice*, ma, d'altra parte, quella precedentemente in vigore lasciava all'autonomia individuale un certo spazio per indebolire lo standard di tutela. Anche se il ricorso a tale strumento era sottoposto a taluni vincoli, nella prassi alcune ambiguità di fondo della normativa in materia aumentavano il rischio di abusi da parte dei datori di lavoro. Al riguardo, è emblematico il profilo concernente il rimborso delle spese. Infine la vecchia normativa lasciava aperte ulteriori questioni, come quella concernente la responsabilità dei parenti del dipendente per danni cagionati alle apparecchiature.

In linea di principio, l'intervento legislativo esaminato ha avuto il merito di attualizzare la disciplina dell'*Homeoffice* alla luce delle intervenute modificazioni del quadro socio-economico. Tuttavia, le previsioni di dettaglio restano assai problematiche. A cominciare dal fatto che le nuove normative hanno creato nuove tipologie di lavoro a distanza. La differenziazione tra *Homeoffice* e telelavoro, in particolar modo, pone non solo problemi pratici, ma anche questioni di legittimità costituzionale. Vi è da chiedersi se il diverso trattamento riservato a situazioni comparabili possa trovare una giustificazione ragionevole o si debba rinvenire qui una violazione del diritto fonda-

mentale alla parità di trattamento (art. 7, co. 1 B-VG⁶¹). Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per la distinzione tra apparecchiature di lavoro digitali e non.

Un altro punto critico importante è costituito dal fatto che il legislatore non scioglie alcuni nodi che avrebbe dovuto affrontare. In particolare, l'applicabilità dell'*ASchG* per l'*Homeoffice* avrebbe dovuto essere chiarita per legge, in quanto tale tematica ha un impatto diretto e di ampia portata sul lavoro svolto nell'*Homeoffice*.

Infine, sono state introdotte nuove disposizioni non coerenti con il sistema giuridico complessivo vigente. Tali norme possono essere state ispirate da obiettivi legittimi, ma sembrano trascurare altre legittime preoccupazioni giacché non pongono le condizioni idonee ad assicurare un quadro di certezza del diritto e accrescono i rischi di decisioni inadeguate in singoli casi giudiziari.

⁶¹ Legge costituzionale federale (*Bundes-Verfassungsgesetz*, BGBl 1/1930).

Abstract

In Austria l'*Homeoffice* e il lavoro da remoto sono stati oggetto di studio da parte della dottrina giuridica almeno a partire dagli anni '90. Inoltre, tali modalità organizzative hanno suscitato un certo interesse nella prassi e nella contrattazione collettiva che hanno introdotto specifiche discipline sul punto. Tuttavia, solo in conseguenza del Covid-19 il lavoro da casa è diventato un fenomeno molto diffuso. La normativa austriaca, in vigore dal 1.04.2021, ha cercato di fornire una risposta alle questioni che derivano dall'espansione di tale forma organizzativa e ha rivisto profondamente la regolamentazione in materia di Homeoffice. Il presente saggio concentrerà l'attenzione sui profili della regolazione più rilevanti del lavoro da casa alla luce delle vecchie e nuove norme legislative, ponendo in rilievo gli approdi e le criticità della nuova legislazione.

Working from home and remote work have been discussed by legal doctrine in Austria since at least the 1990s. Also, working from home and remote work to some amount have been the object of interest in the practice and in a few collective bargaining agreements, to the extent that some specific rules were introduced for this kind of work. However, working from home only became a widespread phenomenon due to COVID-19. With effect from 1.04.2021, Austrian legislation reacted to this development by implementing new provisions regarding "home office". This essay addresses the most relevant legal aspects of working from home under the old and the new legislative rules, highlighting the achievements and shortcomings of the new legislation.

Marco Tufo

Il *télétravail* in Francia tra modelli “partecipativi” e finalità emergenziali

Sommario: **1.** Le fonti del *télétravail*: dalla contrattazione collettiva alla regolamentazione codicistica. **2.** Il *télétravail* nel *Code du travail*. **3.** Il *droit à la déconnexion*. **4.** Il *télétravail* nell’esperienza pandemica. **5.** Una comparazione tra *télétravail* e lavoro agile.

1. *Le fonti del télétravail: dalla contrattazione collettiva alla regolamentazione codicistica*

Diversamente dall’Italia, in Francia, anche in tempi recenti, il lavoro digitale a distanza¹ si è da sempre espresso principalmente, se non esclusivamente, nelle fonti legali e collettive come nella prassi, in forma di telelavoro, o meglio, di *télétravail*.

Nonostante ricerche autorevoli attestassero una buona diffusione del fenomeno nel Paese transalpino già prima della pandemia da Covid-19², altre indagini non sono concordi sul punto, lamentando una generale insoddisfazione rispetto allo scarso impatto del lavoro da remoto sulla forza lavoro nel suo complesso e ridimensionandone la portata³, al netto dell’esperienza emergenziale.

¹ Cfr. TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Editoriale Scientifica, 2021.

² V. ad esempio il rapporto congiunto di EUROFOUND e ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union and the International Labour Office, 2007, p. 15, secondo il quale nel 2015 i telelavoratori francesi erano pari al 25% della forza lavoro.

³ Da più ricerche emerge infatti come, seppur vi sia stata una crescita nell’utilizzo del *télétravail* dai primi del 2000 a oggi, le sue percentuali di diffusione sarebbero ancora basse e, in

Al di là di tali rilievi statistici – viziati spesso dalle differenti concezioni di telelavoro prese a riferimento da ciascuna ricerca – è prevalentemente nelle aziende francesi di grandi dimensioni che il *télétravail* è stato adottato da metà anni Novanta, attraverso la contrattazione collettiva aziendale, in assenza di una specifica legislazione dedicata.

Se prima della stipulazione dell'Accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002 il caso più noto è quello del contratto collettivo di *Banques Populaires*, concluso nel luglio 1996 e finalizzato a promuovere il telelavoro domiciliare specialmente nei confronti dei lavoratori disabili⁴, è dopo il 2002 che le parti sociali dedicano maggiore attenzione al fenomeno. L'Accordo quadro europeo, infatti, viene inizialmente recepito in Francia attraverso l'Accordo nazionale interprofessionale del 30 luglio 2005 (*Accord national interprofessionnel du 19 Juillet 2005 relatif au télétravail*), sottoscritto dai sindacati e dalle organizzazioni datoriali più rappresentative del Paese (nello specifico, Cfdt, Cfe-Cgt, Cfct, Cgt-Fo, Cgt, tra i sindacati, e Medef, Cgpm e Upa, tra le organizzazioni datoriali) e successivamente dotato di efficacia *erga omnes* tramite decreto del Ministro del lavoro del 30 maggio 2006⁵.

Intorno ai principi dell'Accordo interprofessionale, che ricalcano essenzialmente quelli dell'Accordo quadro europeo⁶, si sviluppa dunque in Francia, nel primo decennio del nuovo millennio, la contrattazione collettiva settoriale e quella aziendale. Nello specifico, in data 6 ottobre 2006 viene concluso il contratto collettivo nazionale per il settore delle telecomunicazioni sul telelavoro (*Accord du 6 octobre 2006 relatif au télétravail*)⁷ mentre a livello aziendale, ove il telelavoro continua ad essere adottato in prevalenza da imprese di grandi dimensioni, possono ricordarsi due esperienze significative.

ogni caso, difficilmente accertabili, attesa anche l'esistenza di una consistente quota di telelavoratori "informali", ossia di dipendenti che telelavorano sulla base di accordi taciti con i datori di lavoro, senza seguire le regole fissate dalla legge o dalla contrattazione collettiva (AGUILERA, LETHIAIS, RALLET, PROULHAC, *Home-based telework in France: Characteristics, barriers and perspectives*, in *TR*, 2016, p. 1 ss.).

⁴ EUROFOUND, *Teleworking and industrial relations in Europe*, Eurofound, 27 novembre 1998, p. 8.

⁵ RAY, ROJOT, *France*, in BLANPAIN, *European Framework Agreements and Telework. Law and Practice. A European and Comparative Study*, Kluwer Law, 2007, p. 158.

⁶ Cfr. EUROFOUND, *National intersectoral agreement reached on telework*, Eurofound, 26 ottobre 2005.

⁷ Cfr. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, in *Commission Staff Working Paper*, 2 luglio 2008, p. 15 s.

Da un lato, va segnalato l'accordo Renault del 2007, di rilievo soprattutto per aver portato l'azienda automobilistica a superare la soglia simbolica dei 1000 telelavoratori⁸. Dall'altro lato, nel giugno 2009 viene sottoscritto l'accordo del gruppo France Télécom Orange⁹, il quale, nell'economia di questo scritto, risulta interessante soprattutto per le forme di telelavoro che prevede: 1) il telelavoro alterato tra ufficio e abitazione del dipendente; 2) il telelavoro da effettuarsi presso i “centri satellite”, ossia presso uffici collocati nelle vicinanze del domicilio del dipendente; 3) il telelavoro “occasionale”¹⁰, che consiste nella facoltà del lavoratore di chiedere al datore di poter lavorare eccezionalmente da casa in presenza di situazioni di emergenza scaturite da un'attività lavorativa che avrebbe dovuto essere eseguita nei locali aziendali¹¹. È tuttavia nel 2012 che il *télétravail* ottiene dignità di istituto lavoristico attraverso la codificazione delle regole di cui all'Accordo interprofessionale del 2005 negli artt. L1222-9 – L1222-11 del *Code du travail* (d'ora in avanti CT), con LOI 22 marzo 2012 n. 387, art. 46¹². In tale occasione, però, il legislatore transalpino non si limita a recepire i contenuti dell'Accordo del 2005 nel CT ma introduce anche alcune novità, relative, in particolare, al diritto di priorità per i telelavoratori nell'accesso ai posti rimasti vacanti in azienda, all'istituzione del telelavoro “emergenziale”, attraverso il quale viene per la prima volta derogato il principio di volontarietà, nonché all'estensione delle regole del telelavoro, limitate dall'Accordo al solo settore privato, al lavoro pubblico, incorporando una disposizione legislativa approvata appena dieci giorni prima dell'entrata in vigore dei nuovi artt. L1222-9 – L-1222-11¹³. Ulteriori modifiche alla disciplina codicistica del *télétravail* sono state poi apportate dall'*Ordonnance* 22 settembre 2017 n. 1387, art. 21, dalla LOI 5 settembre 2018 n. 771, art. 68, e, infine, dalla LOI 24 dicembre 2021 n. 1774, art. 5, le quali ci restituiscono l'attuale regolamentazione dell'istituto, che esploreremo più dettagliatamente nel prossimo paragrafo.

⁸ JEAN, *Labour Code covers teleworking*, Eurofound, 20 giugno 2012, p. 1.

⁹ Nello specifico, i quattro sindacati stipulanti erano CFDT, CFE-CGC, CFTC e CGT-FO ma non i sindacati maggiormente rappresentativi nel gruppo France Télécom al tempo, ossia CGT e SUD (cfr. EUROFOUND, *Telework agreement signed at France Télécom Orange*, Eurofound, 9 novembre 2009, p. 1).

¹⁰ Si tratta di una tipologia di telelavoro presente anche nell'ordinamento belga, ove il telelavoro “occasionale” è regolato dalla LOI 5 marzo 2017 n. 2017011012, artt. 22-28.

¹¹ EUROFOUND, *Telework agreement signed*, cit., p. 2.

¹² Cfr. JEAN, *op. cit.*

¹³ LOI 12 marzo 2012 n. 247, art. 133.

2. *Il télétravail nel Code du travail*

La *Section 4, Chapitre II, Titre II, Livre II, Première partie* della *Partie législative* del *Code du travail* è dunque dedicata al *télétravail*, che l'art. L1222-9 definisce come qualsiasi forma di organizzazione del lavoro subordinato in cui l'attività lavorativa, pur potendo essere eseguita nei locali datoriali, viene svolta all'esterno degli stessi, su base volontaria, attraverso l'utilizzo delle tecnologie informatiche. Come è agevole notare, tale definizione è assai simile a quella dell'Accordo quadro europeo e per la sua ampiezza è idonea a ricomprendere gran parte delle forme di telelavoro, più o meno flessibili, dal telelavoro "a casa" a quello "mobile", a quello "alternato"¹⁴. Anzi, la definizione di telelavoro di cui al CT, art. L1222-9, risulta anche più estesa di quella dell'Accordo quadro europeo e, quindi, dell'Accordo intersettoriale del 2005, non facendo menzione, a differenza di questi ultimi, del fatto che il telelavoro debba svolgersi su "base regolare", il che consente di far rientrare nella nozione codicistica anche il telelavoro "occasionale", già adottato, come visto, dalla contrattazione collettiva di secondo livello prima della codificazione dell'istituto.

Quanto agli strumenti regolativi, l'art. L1222-9 propone una sorta di gerarchia delle fonti del telelavoro, delegate a disciplinare l'istituto nel rispetto dei principi dettati dagli articoli in commento. In prima battuta il Codice richiama la contrattazione collettiva aziendale, in mancanza della quale il datore di lavoro può adottare una *charte*, ossia un regolamento aziendale, previa consultazione del *Comité Social et Économique* (d'ora in avanti CSE), ove presente¹⁵. Laddove, poi, non sia possibile ricorrere a tali fonti, l'art. L1222-9 affida la regolazione del telelavoro alla fonte residuale dell'accordo individuale tra lavoratore e datore, il quale può essere formalizzato "con qualsiasi mezzo" ("*par tout moyen*") e cioè, in linea teorica, anche in forma orale.

La regolamentazione del *télétravail* ad opera della contrattazione collettiva aziendale o, in sua mancanza, della *charte* non è tuttavia totalmente libera, dovendo tali fonti presentare obbligatoriamente alcuni contenuti per legge. Innanzitutto, devono essere disciplinate le condizioni per il passaggio al te-

¹⁴ RAMOS MARTIN, VISSER, *A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework*, in *IJCL*, 2008, p. 534 s.

¹⁵ Ciò in quanto i CSE, che costituiscono i principali organi aziendali di rappresentanza dei lavoratori in Francia, sono presenti nelle sole imprese con più di 11 dipendenti (cfr. CT, artt. L2311-1 - L2317-2).

le lavoro e le condizioni di ritorno del lavoratore all’effettuazione della prestazione in azienda, in particolare nei casi in cui l’autorità pubblica, secondo le disposizioni del Codice dell’ambiente¹⁶, abbia adottato misure necessarie a ridurre l’inquinamento atmosferico, quando esso abbia superato le soglie di tollerabilità, ad esempio attraverso la limitazione del traffico automobilistico. Specifiche previsioni devono inoltre essere destinate alle condizioni di accesso al telelavoro da parte dei lavoratori disabili e delle lavoratrici in gravidanza. Vanno anche definite, insieme alle modalità tramite le quali il lavoratore può accettare il telelavoro e mediante cui è possibile controllare i tempi di esecuzione della teleprestazione, le fasce orarie di reperibilità del telelavoratore e i criteri di ripartizione dei carichi di lavoro dei telelavoratori, tenendo conto dell’operatività del principio di parità di trattamento con i colleghi “interni” ai locali aziendali.

A prescindere dalla tipologia di fonte che disciplina il telelavoro, l’art. L1222-9 del CT stabilisce che, in ogni caso, gli infortuni occorsi nel luogo del telelavoro durante la sua esecuzione sono da presumersi infortuni sul lavoro.

Come si è visto, il passaggio al *télétravail* è volontario per il dipendente, essendo necessario il suo consenso quando a prospettarlo sia il datore di lavoro, tanto che il rifiuto del lavoratore non può in alcun modo integrare un motivo di cessazione del rapporto di lavoro. Tuttavia, l’accesso al telelavoro non è un diritto del dipendente. E infatti, nel caso in cui la richiesta di telelavorare provenga dal dipendente, necessita il consenso del datore, il quale può rigettare la domanda senza fornire motivazioni, salvo laddove l’istante posseda i requisiti per passare al telelavoro ai sensi del contratto collettivo aziendale o della *charte* oppure nell’ipotesi in cui questi sia disabile o *caregiver* familiare.

Il CT, all’art. 1222-10, prevede inoltre alcuni obblighi aggiuntivi a carico del datore di lavoro, rispetto a quelli generali del diritto del lavoro. Si tratta, in particolare: di informare il telelavoratore riguardo alle restrizioni nell’utilizzo delle attrezzature informatiche, *hardware* e *software*, e alle sanzioni conseguenti al mancato rispetto di tali restrizioni; di dare la priorità al telelavoratore per rientrare nei locali aziendali, occupando un posto compatibile con le proprie capacità e competenze professionali, e di informarlo riguardo all’esistenza di tali posizioni; di organizzare, almeno una volta all’anno,

¹⁶ *Code de l’environnement*, art. L223-1.

un colloquio con il telelavoratore per discutere delle sue condizioni e del suo carico di lavoro.

Tra le disposizioni codicistiche sul *télétravail* di grande interesse è infine l'art. L1222-11, il quale prevede che “In caso di circostanze eccezionali, in particolare la minaccia di un’epidemia, o in caso di forza maggiore, l’attuazione del telelavoro può essere considerata come un adeguamento della postazione di lavoro reso necessario per consentire la continuità dell’attività aziendale e garantire la tutela degli impiegati” (traduzione mia). In sostanza, il legislatore francese, con diversi anni di anticipo rispetto alla pandemia da Covid-19, ha istituito attraverso tale disposizione una forma di telelavoro “emergenziale” a cui il datore di lavoro può ricorrere per via unilaterale, senza il consenso del lavoratore, in presenza, appunto, di situazioni di emergenza, quale una pandemia, al fine di tutelare la salute dei dipendenti, il loro posto di lavoro e la continuità della produttività aziendale. E come è agevole comprendere, tale disposizione, il cui utilizzo era stato nel corso del tempo piuttosto marginale, si è rivelata assai utile in occasione dell’esplosione della pandemia che stiamo vivendo al momento in cui si scrive¹⁷.

3. *Il droit à la déconnexion*

La disciplina del *télétravail* è quindi principalmente dettata dai predetti articoli del *Code du travail* e dalla contrattazione collettiva. Tuttavia, un profilo cruciale del telelavoro e delle altre forme di lavoro digitale a distanza è stato regolato a parte dal legislatore francese: la disconnessione.

È proprio in Francia che la dottrina, già nel 2002, teorizza per la prima volta il *droit à la déconnexion*, definito come “il diritto alla vita privata del ventunesimo secolo”¹⁸. Ed è ancora in Francia che il diritto alla disconnessione fa ingresso nelle aule giudiziarie, già agli inizi del 2000, con la sentenza del 17 febbraio 2004 n. 01-45.889, pronunciata dalla *Chambre sociale* della *Cour de Cassation*¹⁹. In particolare, nel caso di specie un autista di ambulanza si era

¹⁷ DALMASSO, *La crescita del telelavoro in Francia durante il Covid-19*, in *RGL*, 2021, p. 288 s.

¹⁸ Come segnala DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *LLI*, 2017, p. 21, che richiama RAY, *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle*, in *DS*, 2002, p. 939 ss.

¹⁹ *Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 février 2004, 01-45.889, Inédit*, consultabile all’indirizzo web: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007473856/>.

rifiutato di rispondere a tre chiamate telefoniche effettuate dal datore di lavoro durante la pausa pranzo (dalle 12,30 alle 13,00) sul suo cellulare. Per tale ragione, il lavoratore, in data 19 novembre 1998, era stato licenziato per colpa grave, consistente nell’essersi rifiutato di prestare servizio e nell’aver messo in pericolo la vita dei pazienti e il futuro dell’impresa datrice. Il provvedimento espulsivo veniva ritenuto legittimo da parte della *17e Chambre sociale* della *Cour d’Appel* di *Aix-en-Provence*, con sentenza del 18 settembre 2001. Tuttavia, la *Cour de Cassation* rovesciava il verdetto di secondo grado, ritenendo non colpevole la condotta del lavoratore che viene contattato sul proprio cellulare dal datore fuori dall’orario di lavoro e, quindi, riconoscendo implicitamente il diritto alla disconnessione nei confronti di tutti i dipendenti, telelavoratori e non²⁰.

Anche nella prassi, poi, vi sono state sperimentazioni della disconnessione in grandi aziende transalpine (quali Areva, nel settore dell’energia nucleare, Axa France, in quello assicurativo, La poste e Orange, nelle comunicazioni), a volte supportate dalla stipulazione di accordi collettivi in materia, come quello per i dipendenti delle industrie *high tech* e della consulenza (per le divisioni francesi di Google, Facebook, Deloitte e PwC) sottoscritto l’1 aprile 2014 dai sindacati Cft e Cgc e dalle associazioni datoriali Syntec e Cinov²¹. Di tali esperienze ha tenuto conto il c.d. rapporto Mettling sulla “Trasformazione digitale e vita lavorativa”²², presentato nel settembre 2015 su incarico del Ministero del lavoro francese da parte dell’allora vicedirettore e responsabile delle risorse umane di Orange, Bruno Mettling. Il rapporto, tra le altre cose, segnalando la necessità di adottare strumenti pratici di disconnessione, quali la disattivazione dei *server* aziendali o la separazione degli indirizzi email e dei numeri di telefono professionali da quelli personali, invocava il completamento del diritto alla disconnessione con un dovere alla disconnessione, attraverso la contrattazione collettiva e promuovendo iniziative formative al riguardo, allo scopo di contrastare la pervasività delle ICT, in grado di far sbiadire ogni linea di demarcazione tra tempi di lavoro e non lavoro²³.

²⁰ RAY, ROJOT, *op. cit.*, p. 167; DI MEO, *op. cit.*, p. 25.

²¹ FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, p. 551.

²² METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, settembre 2015, consultabile all’indirizzo web: <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/154000646.pdf>.

²³ *Ivi*, p. 20 ss.

Sulla scorta di ciò, il legislatore francese, con l'art. 55 della c.d. *LOI travail* o El-Kohmri²⁴ n. 1088 dell'8 agosto 2016, ha modificato l'art. L2242-8 (oggi art. L2242-17, co. 7, a seguito dell'intervento della *LOI* 24 dicembre 2019 n. 1428, art. 82) del CT, prevedendo per la prima volta in ambito legislativo il *droit à la déconnexion*²⁵. Ebbene l'attuale art. L2242-17, co. 1 del CT afferma che le modalità di pieno esercizio del diritto alla disconnessione – che non viene definito – e l'attuazione da parte dell'impresa di meccanismi di regolamentazione dell'uso degli strumenti informatici, al fine di garantire il rispetto dei tempi di riposo, di congedo e della vita personale e familiare, sono oggetto della negoziazione annuale obbligatoria aziendale, per le imprese ove sono costituite una o più sezioni sindacali delle organizzazioni più rappresentative, in materia di pari opportunità e qualità del lavoro²⁶. In mancanza di accordo, come nel caso dell'introduzione del *télétravail*, il datore di lavoro potrà adottare unilateralmente una *charte*, previo parere del CSE, la quale non dovrà solamente occuparsi di definire le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione ma anche azioni di formazione e sensibilizzazione all'uso ragionevole delle ICT dirette ai dipendenti, ai quadri e ai dirigenti, con l'intento di accompagnare alla “disconnessione tecnica” quella “intellettuale”²⁷.

4. Il *télétravail* nell'esperienza pandemica

Come anticipato, l'esistenza del telelavoro “emergenziale” di cui all'art. L1222-II CT ha reso meno complesso nell'ordinamento francese affrontare l'esperienza del lavoro da remoto durante la pandemia da un punto di vista normativo rispetto a quanto avvenuto in altri Paesi, come l'Italia. Eppure, i commentatori transalpini hanno ravvisato alcune criticità in materia di *télétravail* che originano principalmente dall'incompletezza della disciplina codicistica e pattizia esistente. Si è registrato, infatti, un utilizzo prevalente del telelavoro unilaterale, senza alcun coinvolgimento dei CSE, secondo valutazioni variabili da impresa a impresa, che hanno dato luogo a una notevole disomogeneità nell'utilizzo di tale forma organizzativa. Ancora, dubbi sono

²⁴ Dal nome dell'allora Ministra del lavoro, Myriam El-Khomri.

²⁵ Cfr. MOREL, *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, in *LLI*, 2017, p. 4 ss.

²⁶ Cfr. art. L2242-2 CT.

²⁷ Così FENOGLIO, *op. cit.*, p. 552, nel richiamare RAY, *op. cit.*, p. 940.

sorti in ordine all'estensione del potere di controllo datoriale sul lavoratore da remoto, come anche alle conseguenze derivanti dal rifiuto da parte del lavoratore di passare al telelavoro “emergenziale”. E neppure vi è stata chiarezza riguardo alle possibili ripercussioni sul rapporto di lavoro del rifiuto del dipendente a rientrare in azienda, rientri che a volte sono stati concordati coi sindacati mentre altre volte sono stati decisi senza alcun accordo né mediante l'interpello dei CSE²⁸.

In assenza di interventi legislativi, il Governo francese, durante la pandemia, si è limitato a emanare protocolli privi di efficacia prescrittiva e diretti ora a sollecitare l'utilizzo del *télétravail* ora a qualificarlo come “regola” nell'esecuzione della prestazione per chi ricopriva mansioni compatibili col lavoro da remoto²⁹.

In tale contesto, le parti sociali (per i datori di lavoro Medef e Cpmc, per i lavoratori Cfdt, Cftc e Fo), in data 26 novembre 2020, hanno stipulato un nuovo Accordo interprofessionale, l'*Accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020 pour une mise en œuvre réussie du télétravail*, allo scopo di rispondere agli interrogativi sollevati dall'esplosione del telelavoro pandemico³⁰. Il nuovo Accordo interprofessionale è stato poi dotato di efficacia generalizzata con decreto del Ministero del lavoro del 2 aprile 2021 (*Arrêté du 2 avril 2021 portant extension de l'accord national interprofessionnel pour une mise en œuvre réussie du télétravail*)³¹.

L'Accordo è risultato tuttavia di scarsa portata innovativa, in quanto ha finito per ricalcare le disposizioni dell'Accordo interprofessionale del 2005 e del CT, artt. 1222-9 – 1222-11. I pochi aspetti di originalità rispetto alla disciplina vigente hanno riguardato: una maggiore attenzione, sotto il profilo organizzativo, all'individuazione delle attività compatibili col telelavoro, da individuare attraverso la negoziazione collettiva, la cui centralità viene ribadita, anche con riferimento alla regolamentazione del diritto alla disconnessione (artt. 2.1-2.2); la necessità di provare l'esistenza dell'accordo individuale di telelavoro, in mancanza dell'accordo collettivo o della *charte*, per iscritto, nonché di informare sempre per iscritto il dipendente in ordine, ad esempio,

²⁸ DALMASSO, *op. cit.*, p. 289 s.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Il testo dell'Accordo è consultabile all'indirizzo web: https://www.fntp.fr/sites/default/files/content/26112020_ani_teletravail.pdf.

³¹ Consultabile all'indirizzo web: https://www.legifrance.gouv.fr/download/file/dox/MrRrowbJf-VvtWjfdP4skWz9bycTYO_ruLbmKhtq8=/JOE_TEXTE.

alle eventuali regole collettive applicabili, ai criteri di valutazione della teleprestazione, alle modalità di collegamento con i colleghi, alle attrezzature, al loro uso e ai loro costi (art. 2.3.2); la subordinazione dei controlli sul telelavoratore alla preventiva consultazione del CSE e informazione dei dipendenti (art. 3.1.3); una maggiore attenzione al mantenimento del legame sociale con i colleghi “interni” ai locali aziendali e alla prevenzione dell’isolamento (art. 5); la previsione da parte della contrattazione aziendale o della *charte* in sua mancanza delle modalità organizzative di attuazione del telelavoro in caso di circostanze eccezionali o forza maggiore e la definizione delle regole applicative del telelavoro “emergenziale”, come ad esempio la possibilità per il dipendente di usare i propri strumenti informatici (art. 7).

5. Una comparazione tra *télétravail* e lavoro agile

Sebbene in Francia manchi qualsiasi riferimento lessicale, nelle fonti legali e collettive come nella prassi, che possa accostarsi all’espressione “lavoro agile”, appare opportuno verificare, a scopo comparatistico, quali siano i punti di convergenza e divergenza tra *télétravail* e lavoro agile. Ciò non solo per mere esigenze di ricerca ma anche al fine di comprendere se sia possibile trarre dalla normativa sul *télétravail* qualche insegnamento utile per il nostro Paese in prospettiva regolativa³².

Va innanzitutto osservato che l’ampia definizione codicistica di *télétravail* e anche l’attenzione, da ultimo dimostrata dall’Accordo interprofessionale del 2020, verso la prevenzione dell’isolamento del telelavoratore, consentono senza dubbio l’attuazione di forme di lavoro da remoto “alternato”, unica ipotesi di lavoro agile tecnologico legittimata dalla l. 22 maggio 2017 n. 81, ma anche di filosofie *smart* di organizzazione del lavoro che valorizzano la fiducia tra le parti, l’autonomia e la responsabilizzazione del dipendente, nonché il “lavorare per obiettivi”³³. E ancora, la spiccata vocazione conciliativa e inclusiva del *télétravail*, soprattutto rispetto ai disabili e ai *caregiver* familiari, è contemplata anche dal lavoro agile di cui alla l. n. 81/2017, che eleva la

³² Senza, ovviamente, voler legittimare “trapianti” impropri da un ordinamento all’altro (cfr. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *MLR*, 1974, p. 1 ss.).

³³ E infatti lo stesso Accordo interprofessionale del 2020 fa riferimento a tali concetti (v. in particolare, artt. 4.1 e 7.4).

conciliazione a funzione dell’istituto e che accorda priorità di accesso al lavoro agile alle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del congedo di maternità e ai lavoratori genitori di figli disabili gravi *ex l. 104/1992*³⁴.

Eppure, rimangono alcune distanze evidenti tra *télétravail* e lavoro agile nella sua versione “ordinaria”, ossia non “emergenziale”.

La prima riguarda le fonti regolative. Come è noto, infatti, il lavoro agile di cui alla l. n. 81/2017 privilegia l’accordo individuale come fonte dell’istituto, senza menzionare in alcun punto la contrattazione collettiva, la quale, in ogni caso, si è sviluppata comunque in tale ambito, prima e durante la pandemia, tanto da divenire, di fatto, la fonte principale del lavoro agile. Diversamente, il telelavoro francese viene disciplinato in prima battuta dalla contrattazione collettiva cui segue, in suo difetto, la *charte* adottata dal datore previa consultazione del CSE, mentre l’accordo individuale viene relegato a fonte residuale del *télétravail*, a cui ricorrere solo quale *extrema ratio*. Da questo punto di vista il telelavoro francese, seguendo modelli di partecipazione delle parti sociali alla costruzione delle regole del telelavoro, sembra avvicinarsi non tanto al lavoro agile ma piuttosto allo *smart working* italiano, intendendosi per tale quel complesso di forme organizzative del lavoro, prevalentemente digitali, che sono state attuate nel nostro Paese attraverso la contrattazione collettiva di secondo livello e i regolamenti aziendali³⁵, fonti, appunto, analoghe a quelle delegate in via principale per il *télétravail*.

La seconda differenza concerne le diverse funzioni assegnate al *télétravail* rispetto a quelle del lavoro agile. Sebbene, infatti, i due istituti abbiano una indubbia vocazione conciliativa, il legislatore italiano, diversamente da quello francese, non ha attribuito al lavoro da remoto alcuna funzione emergenziale prima della pandemia né ad oggi tale funzione è stata dotata di stabilità normativa, attraverso la sua sistematizzazione in un testo di legge organico.

A *latere* di tali osservazioni va anche registrata la minore estensione del diritto alla disconnessione nel nostro ordinamento rispetto a quello francese, almeno stando alla lettera della legge. In Francia, infatti, tale diritto riguarda tutti i dipendenti, a distanza e non, mentre in Italia la disconnessione è qualificata come diritto solamente dal d.l. 13 marzo 2021 n. 30, conv. in l. 6 maggio 2021 n. 61, art. 2, co. 1-*ter*, il quale peraltro lo riserva ai soli dipendenti

³⁴ L. n. 81/2017, art. 18, co. 1 e 3-*bis*.

³⁵ FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in RIDL, 2018, p. 638.

pubblici che eseguono la prestazione in modalità agile³⁶, laddove nel lavoro privato la l. n. 81/2017, art. 19, co. 1, affida all'accordo individuale di lavoro agile unicamente l'individuazione delle misure tecniche e organizzative necessarie ad assicurare la disconnessione.

Con il Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021³⁷ le parti sociali (Cgil, Cisl, Uil, Ugl, Confsal, Cisl, Usb, Confindustria, Confapi, Confcommercio, Confesercenti, Confartigianato, Cna, Casartigiani, Alleanza cooperative, Confagricoltura, Coldiretti, Cia, Copagri, Abi, Ania, Confprofessioni, Confservizi, Federdistribuzione, Confimi e Confetra) hanno assegnato alla contrattazione collettiva un ruolo centrale nella regolamentazione del lavoro agile, ponendo invece l'accordo individuale in posizione subordinata, il che riduce la distanza con l'ordinamento francese in punto di fonti senza però annullarla del tutto, rimanendo l'efficacia soggettiva del Protocollo – per quanto ad ampia copertura – limitata alle sole parti stipulanti e priva di effetti *erga omnes*. Per il resto, il Protocollo, con l'intento di fornire regole generali sul lavoro agile, non ha previsto una disciplina particolare per situazioni di emergenza analoga al *Code du travail* né ha qualificato la disconnessione come diritto del lavoratore. Si ritiene che questi due aspetti, invece, meriterebbero di essere valorizzati dal legislatore italiano *de iure condendo*, sia per la capacità del lavoro da remoto di attutire le conseguenze delle emergenze, come quella pandemica ma non solo³⁸, e allo scopo di riordinare la frammentata disciplina emergenziale, priva, a tutt'oggi, di sistematizzazione, sia in ragione della necessità di riconoscere in modo chiaro a tutti i lavoratori e a tutte le lavoratrici un diritto, quello alla disconnessione, divenuto fondamentale nel contesto della rivoluzione tecnologica.

³⁶ Ciò si rileva a prescindere dalla possibilità di riconoscere tale diritto per via interpretativa a tutti i lavoratori, dipendenti e non, pubblici e privati, a distanza e non, valorizzando gli artt. 2087, 1175 e 1375 cod. civ. (per tale tesi sia consentito il rinvio a CALVELLINI, TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, in *Labor*, 2018, p. 403 ss.).

³⁷ Su cui v. ZOPPOLI L., *Tra linee guide, protocolli e circolari il lavoro agile resta un ircocervo*, in *RGL Giur.*, 2022, p. 1 ss.

³⁸ Si fa riferimento, ad esempio, a calamità naturali o ad altri eventi imprevedibili. In questo senso, va ricordato l'accordo Leonardo S.p.a. sullo *smart working* (testo consultabile all'indirizzo web: <http://www.uilnazionale.it/wp-content/uploads/2018/09/20180912-Leonardo-Verbale-di-accordo-Genova.pdf>), sottoscritto in occasione del crollo del Ponte Morandi in data 12 settembre 2018, allo scopo di limitare i disagi occorsi ai lavoratori dell'azienda stipulante dovuti alle ripercussioni negative del crollo sulla viabilità genovese e al fine di garantire la continuità produttiva dell'azienda stessa.

Abstract

Il presente contributo propone una comparazione tra la disciplina francese sul telelavoro e quella italiana sul lavoro agile. Dopo aver ricostruito il quadro normativo del *télétravail* sotto il profilo delle fonti regolative, vengono descritti i contenuti della sua disciplina legislativa e pattizia, precedente e successiva all’esplosione della pandemia da Covid-19, prestando attenzione anche alla regolamentazione del diritto alla disconnessione in Francia. Si offre, in conclusione, una riflessione comparata con la normativa italiana sul lavoro agile, segnalando convergenze e divergenze tra le discipline dei due Paesi, anche in una prospettiva *de iure condendo*.

The present contribution proposes a comparison between the French regulation on telework and the Italian one on agile work. Reconstructed the regulatory framework on *télétravail* from a regulatory sources point of view, the contents of legal and collective regulations on telework, before and after the outbreak of the Covid-19 pandemic, are described, also paying attention to the right to disconnect in France. Then, a comparative analysis with the Italian legislation on agile work is made, pointing out convergences and divergences between the disciplines of the two countries, also from a *de iure condendo* perspective.

Keywords

Telelavoro, *télétravail*, lavoro agile, disconnessione, *droit à la déconnexion*, Francia.

Telework, *télétravail*, agile work, disconnection, *droit à la déconnexion*, France.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Parthenope

Angelo Abignente

Ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Napoli Federico II

Raffaele De Luca Tamajo

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Thomas Dullinger

Professore supplente di Diritto civile e commerciale, Università di Amburgo Helmut-Schmidt

Fortunato Gambardella

Associato di Diritto amministrativo, Università della Campania Luigi Vanvitelli

João Leal Amado

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Coimbra

Mariagrazia Militello

Associata di Diritto del lavoro, Università di Catania

Teresa Coelho Moreira

Associata di Diritto del lavoro, Università del Minho

Pasquale Monda

Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Łukasz Pisarczyk

Associato di Diritto del lavoro, Università di Varsavia

Raffaello Santagata de Castro

Associato di Diritto del lavoro, Università della Campania Luigi Vanvitelli

Nancy Sirvent

Ordinaria di Diritto del lavoro dell'Unione europea, Università di Alicante

Michele Tiraboschi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia

Marco Tufo

Dottore di ricerca di Diritto del lavoro, Università di Siena

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
dalla Grafica Elettronica (Na)

