

Numero 1 / 2019
(estratto)

Filippo Notaro

Il lavoro agile nel quadro della vecchia (o nuova?) subordinazione*

**Articolo tratto dall'intervento al convegno "Il diritto del lavoro in evoluzione: dalle nuove collaborazioni coordinate e continuative al lavoro agile" tenuto ad Empoli il 19 Ottobre 2018*

Il lavoro agile nel quadro della vecchia (o nuova?) subordinazione

Filippo Notaro,
Avvocato del Foro di Pisa

Sommario: 1. Introduzione - 2. Definizione - 3. La disciplina del lavoro agile - 3.a. Il patto individuale - 3.b il Recesso - 3.c Potere di controllo e disciplinare - 3.d Sicurezza sul lavoro - 3.e. Trattamento del lavoratore agile - 4. Il lavoro agile: profili di problematicità. La questione dell'inquadramento del rapporto di lavoro agile rispetto alle tradizionali categorie di lavoro autonomo e subordinato - 5. Lavoro agile e telelavoro

1. Introduzione.

Trattare il tema del lavoro agile sembrerebbe, a prima vista, implicare un esercizio di mera esposizione descrittiva della nuova fattispecie, poiché la legge inquadra espressamente il nuovo istituto nell'ambito del lavoro subordinato. La questione non è tuttavia così semplice, come emerge dai contributi di dottrina¹ che si sono succeduti subito dopo la promulgazione della legge, tesi ad evidenziare sia pure in forme diverse e con diverse considerazioni, l'interferenza che la nuova categoria del lavoro agile ha esercitato nel delicato dibattito sulla evoluzione dei concetti di autonomia e subordinazione. Se appare suggestivo il fatto che la disciplina del lavoro agile sia, in definitiva, contenuta in una legge che si occupa del lavoro autonomo, ne è stata, piuttosto, la travagliata genesi normativa ad essere caratterizzata da significative oscillazioni, considerando i due disegni di legge che si sono succeduti sulla materia, fino a consegnarci un istituto con elementi che qualcuno ha definito di

¹ Sui quali, si v. la nota 35 che segue.

ibridazione rispetto allo schema tradizionale della subordinazione² oppure, secondo qualcun altro, di penetrazione del lavoro autonomo dentro il lavoro subordinato³.

2. Definizione

Procedendo con ordine, occorre partire dalla definizione di lavoro agile. L'art. 18 della legge n. 81/2017, definisce il lavoro agile «*quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno dei locali aziendali ed 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 o dalla contrattazione collettiva*».

Nei successivi articoli è contenuta la disciplina dell'istituto, che individua il patto individuale come fonte di riferimento del rapporto in modalità agile, elenca i contenuti che deve avere il patto individuale, disciplina il recesso, e indica le misure di sicurezza ed il trattamento economico e normativo che devono essere garantiti al lavoratore agile.

Dunque, il lavoro agile è una particolare modalità esecutiva della prestazione subordinata, che ha le seguenti caratteristiche:

- Le modalità esecutive (ivi compreso il potere di controllo) sono stabilite mediante accordo tra le parti;
- L'esecuzione della prestazione può essere stabilita anche con forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi;

² D. IODICE e R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?* Bollettino Adapt Working paper n. 9 in reperibile in https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/29946/mod_resource/content/1/wp_9_2017_iodice_colombani.pdf

³ G. DE NARDO *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e a qualche nodo irrisolto* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi* Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona Collective Volumes – 6/2017, reperibile in http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-Collective%20Volumes/20171213-120443_gruppo-GGGS_wp-6-2017pdf.pdf, pag. 175

- Non vi sono precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, salvi i limiti massimi di orario di lavoro giornaliero e settimanale (anche se qualcuno ha definito quest'ultimo requisito come un requisito solo eventuale del lavoro agile);
- La prestazione si alterna necessariamente all'interno ed all'esterno all'azienda;
- Manca una postazione fissa di lavoro.
- La prestazione è realizzata con l'utilizzo, che però è solamente eventuale, delle tecnologie informatiche.

In linea di massima, la prestazione è improntata ad una chiara flessibilità esecutiva, se la legge la indica «*senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro e nei soli limiti della durata massima della prestazione lavorativa*» nonché ed ancora «*con organizzazione anche per fasi, cicli ed obiettivi*». A tal proposito vi è subito da notare che l'obbligo del rispetto della durata massima della prestazione lavorativa, non significa inquadrare la prestazione nell'ambito di un parametro orario vincolante; siamo piuttosto in presenza di un limite esterno dettato dalla durata massima (e non normale) della prestazione lavorativa giornaliera o settimanale; per fare un esempio si tratta del rispetto delle 11 ore di riposo consecutive previste dalla legge e del giorno settimanale di riposo.

Come si accennava è stato ipotizzato⁴ che l'assenza di precisi vincoli di orario sarebbe una modalità solo eventuale del lavoro agile. Si è infatti sostenuto che, siccome devono essere rispettati i limiti massimi della durata giornaliera e settimanale e parte della prestazione è svolta anche all'interno dei locali aziendali secondo una misurazione tradizionale dell'orario di lavoro, occorre contabilizzare l'orario anche della prestazione svolta all'esterno, per evitare lo sfioramento dei limiti massimi.

Si è anche osservato⁵ che la necessità di rispettare l'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale pone un limite più stringente nel lavoro agile rispetto al telelavoro, che, secondo l'art. 17 del D. Lgs. n. 66/03, è svincolato dal rispetto dei limiti sull'orario di lavoro, anche quelli di durata massima. In questo senso, se ne è

⁴ S. CAIROLI *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizione e possibili distinzioni* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, cit., pag. 7

⁵ S. CAIROLI *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizione e possibili distinzioni*, cit., pag. 16. Sottolinea il carattere dell'alternatività nella definizione di lavoro agile, dell'elemento della flessibilità di tempo e di luogo L. MONTEROSSO *Il lavoro agile nell'accordo ENEL 4 aprile 2017, anche alla luce della sopravvenuta L. n. 81/2017* in Ridl 2017, fasc. 4 pagg. 199 ss.

ricavato che il lavoro agile non rappresenterebbe, in termini di flessibilizzazione, un'evoluzione del telelavoro ma semmai un istituto addirittura meno flessibile del telelavoro stesso.

In merito alle modalità flessibili della prestazione, non è del tutto fuori luogo porsi preliminarmente la domanda se tale modalità caratterizza solo la parte del rapporto svolta al di fuori dei locali aziendali o anche la parte di rapporto svolta all'interno. Si tratta di un problema che non si poneva per il telelavoro: anche lì la prestazione è svincolata dai vincoli tradizionali, ma non c'è l'elemento essenziale, come invece nel lavoro agile, di una prestazione che si debba necessariamente alternare tra dentro e fuori i locali del datore di lavoro.

Si diceva che il dubbio sarebbe astrattamente lecito, sia perché la modalità esecutiva del rapporto di lavoro è di solito, unica e complessiva, sia perché la nozione di lavoro agile è declinata, nei suoi tratti essenziali, in termini unitari, senza distinguere nel primo periodo dell'art. 18, fra il lavoro svolto dentro e fuori i locali aziendali, mentre invece la condizione della necessaria alternanza tra fuori e dentro i locali, si colloca nella proposizione successiva e separata da un punto; vi è inoltre una Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 3/2017⁶ (sulla quale si ritornerà in seguito) che insiste molto nel qualificare la natura del lavoro agile di per sé, quale modalità di lavoro incentrata sul raggiungimento degli obiettivi invece che sulla presenza fisica del lavoratore.

Dunque, si sarebbe tentati di ritenere che, una volta organizzata la prestazione lavorativa secondo modalità flessibili, ad esempio in funzione del raggiungimento di obiettivi, questo criterio organizzativo riguardi anche la parte di prestazione svolta all'interno dei locali aziendali. Devo dire che invece la posizione diffusamente espressa sembra dare per scontato che la modalità esecutiva flessibile si applichi solo alla parte di prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali, quindi distinguendo le modalità di esecuzione, rispettivamente flessibili e tradizionali, della prestazione svolta all'esterno

⁶ Direttiva n. 3/2017 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della funzione pubblica, intitolata «*Direttiva del presidente del consiglio dei Ministri recante indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'art. 14 della legge 7 agosto 2015 n. 124 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti*». La direttiva è reperibile sul sito del Ministero della Funzione Pubblica, all'indirizzo <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/direttiva-n-3-del-2017-materia-di-lavoro-agile>

e di quella svolta all'interno dei locali aziendali. Questa conclusione è corroborata anche dal fatto che, a proposito del potere di controllo da definire nel patto individuale, la legge si riferisce ai soli contenuti della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, quindi implicitamente rimandando alle forme di controllo datoriali di tipo tradizionale, per quella svolta all'interno dei locali aziendali.

3. La disciplina del lavoro agile

Passando in rassegna velocemente la regolamentazione del lavoro agile, la disciplina è contenuta in una serie di disposizioni di cui agli articoli 18 e ss. della legge n. 81/2017.

3.a. Il patto individuale.

Innanzitutto, vi è il patto individuale, che costituisce la fonte privilegiata se non esclusiva della regolamentazione e che deve avere forma scritta anche se solo «*ai fini della prova e della regolarità amministrativa*»: dunque, non *ad substantiam* e quindi non a pena di nullità ma si è affermato⁷ che la mancata declinazione per iscritto delle forme di esercizio del controllo e delle condotte disciplinarmente rilevanti, le renda inesigibili nei confronti del lavoratore.

La precisazione sulla regolarità amministrativa serve a chiarire che la mancanza della forma scritta produce effetti ai fini dell'applicazione di sanzioni amministrative. Viene in mente -per fare un esempio analogo- il D. Lgs. n. 152/97 che, con analoga disposizione, sanziona amministrativamente la mancata comunicazione scritta al lavoratore dei dati che caratterizzano il rapporto di lavoro. Qui vi è da segnalare che l'art. 23 della legge 81/2017, assoggetta l'accordo sul lavoro agile all'obbligo di preventiva comunicazione al Centro per l'impiego⁸.

Per espressa previsione del legislatore, il patto scritto deve contenere:

- La determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali;

⁷ D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto di lavoro?* cit., pag. 8.

⁸ Sottolinea la riconducibilità all'obbligo di comunicazione di cui all'art. 9-bis d.l. n. 510/1996 G. SANTORO PASSERELLI *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione* in WPCSDLE “Massimo D'Antona.IT -335/2017 consultabile in http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20170526-120712_santoro-passarelli_n327-2017itpdf.pdf

- Le forme di esercizio del potere direttivo e di controllo, sempre con riferimento alla prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali;
- Gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere possibile la prestazione a distanza;
- Le modalità atte a garantire il diritto di disconnessione del lavoratore ed i tempi di riposo;
- L'individuazione delle condotte della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, che danno luogo alle sanzioni disciplinari.

In merito ai contenuti sopra delineati, segnalo brevemente alcune questioni.

Innanzitutto, l'importanza del diritto di disconnessione, che, contrariamente a quanto potrebbe pensarsi, rappresenta un aspetto centrale nel contesto del lavoro agile⁹, perché il controllo che è in grado di esercitare il datore di lavoro attraverso la connessione a distanza, è suscettibile di esercitarsi naturalmente 24 su 24. Si è quindi parlato di un diritto/dovere del lavoratore alla disconnessione, di un diritto cioè indisponibile, perché solo attraverso la disconnessione da remoto -che solo il lavoratore può effettuare attivamente- si garantisce l'effettività del riposo e dunque la tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore. Proprio in ragione di tutte tali implicazioni, si è anzi criticato il legislatore per aver rimesso all'accordo individuale delle parti, la concreta gestione del diritto di disconnessione¹⁰.

Con riferimento alla necessaria individuazione delle forme di controllo e delle fattispecie disciplinari, si è osservato¹¹, come si vedrà meglio, che la determinazione pattizia di tali elementi allontana il lavoro agile dallo schema tradizionale del lavoro subordinato, in cui invece il potere di controllo e disciplinare è espressione di una facoltà unilaterale del datore di lavoro.

⁹ In tal senso A. RICCIO *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 74 ed anche A. DONINI *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 90 ss.

¹⁰ A. RICCIO *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, cit.; L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'esattività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 167

¹¹ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro* in *Ridl* 2017, fasc. 3, pagg. 369 ss.

Quanto all'individuazione delle fattispecie disciplinari, si è poi ipotizzato¹² che le condotte da indicare nel patto individuale potrebbero essere solo quelle che danno luogo a sanzioni conservative; questo perché l'art. 30 comma 3 della legge 183/2010, vincola il giudice al rispetto delle fattispecie di giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento a quelle previste dal contratto collettivo oppure del contratto individuale ma solo se quest'ultimo è stato certificato nelle sedi preposte per la certificazione, condizione che non invece è richiesta per il patto di lavoro agile.

In proposito riterrei più corretta una lettura secondo la quale le fattispecie disciplinari indicate nel patto individuale siano nient'altro che una specificazione di quelle già previste dal contratto collettivo, debbano cioè essere una mera esplicitazione tecnica, un adattamento alle particolari modalità a distanza, delle fattispecie disciplinari già previste dai contratti collettivi per i lavoratori tradizionali. Mi sembra in effetti questa l'unica interpretazione in grado di contemperare la previsione di legge sul lavoro agile con i principi generali del sistema.

In ogni caso, stanti tutte queste implicazioni, è stata mossa¹³ una critica generalizzata al legislatore per aver delegato interamente la concreta regolamentazione delle modalità in lavoro agile, all'autonomia individuale e non a quella collettiva. Si tratta di un aspetto che concorre ad allontanare il lavoro agile dallo schema tradizionale del lavoro subordinato, in cui poco è lasciato alla regolazione delle parti e molto è semmai rimandato alle previsioni inderogabili della legge o dei contratti collettivi. Tra l'altro, la mancanza di modelli collettivi di riferimento, potrebbe mettere le parti in seria difficoltà nella declinazione del patto: penso soprattutto alla questione delle forme di controllo del datore di lavoro ed alla individuazione delle fattispecie disciplinari o ancora alle concrete modalità di disconnessione, tutti elementi di grande delicatezza per le implicazioni che dalla previsione delle parti possono derivare sul rapporto di lavoro o addirittura sulla persona del lavoratore.

¹² A. RICCIO *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, cit., pag. 74

¹³ Tra gli altri si esprimono in questo senso D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.; L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'esauritività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit.; M. CUTTONE *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 47 e ss.

In questo quadro regolatorio, vi può essere un ruolo della contrattazione collettiva? Si ritiene di sì, cioè che la delega del legislatore al patto individuale non equivalga ad un divieto alla disciplina di fonte collettiva di intervenire con una regolamentazione di carattere generale¹⁴; tuttavia, la disciplina collettiva non può sostituirsi alla volontà delle parti, ma costituire tutt'al più un quadro regolatorio di carattere generale al quale le parti possono rimandare in sede di pattuizione individuale, che non può mai mancare. In tale ipotesi, si porrà semmai un problema di gestione, in sede interpretativa, dell'eventuale conflitto di contenuto tra il contratto collettivo ed il patto individuale¹⁵.

3.b il Recesso.

Il secondo istituto specificamente regolato dal legislatore è quello del recesso. La legge prevede il recesso libero con preavviso dal patto individuale solo in caso di accordo a tempo indeterminato. Quando ricorre un giustificato motivo è invece possibile il recesso senza preavviso sia dal patto a tempo determinato sia da quello a tempo indeterminato.

Da questa previsione normativa si ricava -innanzi tutto- che l'accordo sul lavoro agile può essere sia a termine che a tempo indeterminato.

Dopodiché la genericità della legge, che evoca *tout court* il recesso senza ulteriori specificazioni, ha portato a chiedersi¹⁶ se il recesso sia da riferirsi al solo patto sulle modalità esecutive agili oppure debba intendersi come disciplina del recesso dal rapporto di lavoro. Si è evidenziato che il recesso è da riferire alle sole modalità agili della prestazione e non al rapporto di lavoro come tale, altrimenti saremmo in presenza di una nuova forma di recesso *ad nutum* dal rapporto di lavoro e ciò sarebbe in controtendenza rispetto al tradizionale schema del lavoro subordinato¹⁷.

¹⁴ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.; G. MARCHI *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 46; esprime, invece, perplessità sulla possibilità di una regolamentazione collettiva, richiamando il principio interpretativo *ubi lex voluit dixit*, M. CUITONE *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*

¹⁵ Lo evidenzia S. CAIROLI *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, cit., pag. 19

¹⁶ D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit., pag. 9

¹⁷ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

L'esistenza di una disciplina del recesso che sia non dal contratto di lavoro ma dalle sole particolari modalità esecutive agili, consente poi di qualificare il patto individuale sul lavoro agile come un accordo che si giustappone e non si sostituisce al contratto di lavoro subordinato¹⁸; con la conseguenza che l'accordo può essere quindi stipulato anche successivamente all'assunzione. Dunque, si tratta di un accordo che può intervenire in qualsiasi momento e che può essere sia a tempo indeterminato sia a tempo determinato.

Tornando alla disciplina del recesso non si è mancato di criticare la generica formulazione del legislatore anche nel riferimento al "giustificato motivo" di recesso¹⁹, categoria tradizionalmente associata alla risoluzione dal rapporto di lavoro subordinato e non dalle sue modalità esecutive. A proposito del giustificato motivo di recesso dalla modalità agile, si può ipotizzare a questo punto l'estensione delle categorie di giustificato motivo soggettivo o oggettivo elaborate dalla giurisprudenza per il recesso dal contratto di lavoro subordinato, accordando quindi al datore di lavoro la facoltà di recesso senza preavviso dalla modalità agile in caso di esigenze tecnico organizzative che non lo rendano più proficuo²⁰.

Si è poi ipotizzato²¹ che il recesso del lavoratore dalla modalità agile possa in teoria giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo da parte del datore di lavoro, che non consideri più proficua la posizione di lavoro, se resa in modalità tradizionale e non agile; questo perché la modalità di lavoro agile è funzionalmente collegata dalla legge anche all'accrescimento degli obiettivi di competitività del datore di lavoro, che potrebbero quindi essere teoricamente non più raggiungibili se la prestazione viene svolta nella modalità tradizionale e non più agile.

3.c Potere di controllo e disciplinare.

Il legislatore dedica poi una specifica disposizione anche alle forme di controllo datoriale della prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, che devono essere stabilite nell'ambito del patto individuale tra le parti e devono essere declinate nel

¹⁸ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

¹⁹ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

²⁰ Alcune ipotesi di giustificato motivo di recesso dal patto di lavoro agile vengono esemplificate in LUISA MONTEROSSO *Il lavoro agile nell'accordo enel 4 aprile 2017, anche alla luce della sopravvenuta l. n. 81/2017* in Ridl 2017, fasc. 4, pagg. 199 ss.

²¹ D. MEZZACAPO *Il lavoro agile ex legge n. 81/2017: note minime e problemi aperti* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 134

rispetto dell'art. 4 st. lav.; analogamente, il patto individuale deve anche prevedere le fattispecie disciplinari relative alle prestazioni rese al di fuori dei locali aziendali.

La previsione di una determinazione pattizia delle forme di esercizio del potere di datoriale di controllo è uno degli elementi che distingue il lavoro agile dal telelavoro²² e che ha fatto ritenere²³ che ci troviamo di fronte ad un istituto caratterizzato da forme di surrettizia ibridazione rispetto allo schema tradizionale del lavoro subordinato oppure di penetrazione delle modalità proprie del lavoro autonomo dentro la categoria del lavoro subordinato. Sul punto torneremo dopo.

Qui occorre osservare, sul piano meramente descrittivo, che il legislatore si preoccupa di raccordare le forme di controllo del lavoro a distanza, con la disciplina dell'art. 4 st. lav. e questo perché nel caso di lavoro da remoto, il controllo è necessariamente realizzato a distanza e con l'utilizzo di strumenti che lo rendano possibile²⁴. C'è da chiedersi piuttosto, se la modifica dell'art. 4 st. lav. operata nel 2015 (D. Lgs. n. 151/2015), che ha introdotto il nuovo comma 2, escludendo dall'obbligo della preventiva autorizzazione sindacale o amministrativa, quelle forme di controllo a distanza relative a strumenti che sono inscindibili dalla modalità con cui viene resa la prestazione lavorativa²⁵, consenta di escludere, nel lavoro agile, la necessità di una preventiva autorizzazione perché, in ipotesi, si tratterebbe di controllo realizzato attraverso strumenti necessari per rendere possibile la prestazione a distanza²⁶. Tuttavia, anche qui non senza qualche dubbio, perché nel lavoro agile -a differenza che nel telelavoro- l'utilizzo della strumentazione informatica è solo possibile e non necessaria, evocando quindi l'idea di strumenti che, ancorché idonei a consentire il controllo a distanza, sarebbero non necessitati per rendere la prestazione agile. In ogni caso, è sempre necessaria l'informativa individuale al lavoratore prevista dall'art. 4 comma 3 st. lav. per poter utilizzare le risultanze del controllo nel rapporto di lavoro. Informativa che, come prescrive l'art. 4 st. lav., deve contenere tutti gli elementi previsti dalla normativa sulla tutela della riservatezza dei dati personali, tra l'altro

²² In questo senso, G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

²³ Si vedano i riferimenti di cui alle note 2 e 3 che precedono.

²⁴ S. BINI *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. Brevi osservazioni* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 76 e ss.

²⁵ Così il nuovo comma 2 dell'art. 4 st. lav.: «La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze».

²⁶ S. BINI *Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. Brevi osservazioni*, cit.

recentemente cambiata a seguito dell'entrata in vigore del regolamento europeo sul trattamento dei dati personali.

3.d Sicurezza sul lavoro.

C'è poi una disposizione specificamente dedicata alla sicurezza sul lavoro, nella modalità agile. Il datore di lavoro deve garantire la sicurezza del lavoratore contro i rischi derivanti dal lavoro in modalità agile, innanzi tutto informando per iscritto ed almeno una volta l'anno, i lavoratori ed il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza sui rischi generali ed i rischi specifici della modalità di lavoro agile.

E' opinione comune²⁷ che l'obbligo di sicurezza non si esaurisca qui, e che si applichi quanto previsto dall'art. 2087 c.c., quindi con la responsabilità del datore di lavoro anche per la concreta esecuzione della parte di prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali.

La disposizione costituisce, in effetti, un'espansione del tradizionale obbligo di sicurezza perché per la parte della prestazione che si svolge al di fuori dei locali aziendali il datore di lavoro non ha la disponibilità giuridica quanto meno dei locali²⁸. È anche per questo motivo che viene sottolineato espressamente dal legislatore l'obbligo del lavoratore di collaborare all'attuazione delle misure di sicurezza²⁹, obbligo che già poteva ricavarsi dalle norme generali in materia di sicurezza sul lavoro, che come noto sanzionano il lavoratore che non rispetti le misure di sicurezza.

In materia di sicurezza si discute³⁰ poi sull'applicazione, diretta o analogica, dell'art. 3 comma 10³¹ D. lgs. n. 81/2008 (T.u. in materia di salute e sicurezza sui

²⁷ L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'eshaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 154 e ss.

²⁸ D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit., pag. 12

²⁹ Così G. SANTORO PASSARELLI *interventi lavoro etero organizzato, coordinato agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione* in *Dir. Rel. Ind.* 2017, fasc. 3, pagg. 771 ss.

³⁰ Affronta ex professo il problema L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'eshaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008*, cit., pagg. 161 e ss.

³¹ Secondo il quale «A tutti i lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico, compresi quelli di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e di cui all'Accordo-Quadro Europeo sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002, si applicano le disposizioni di cui al Titolo VII, indipendentemente dall'ambito in cui si svolge la prestazione stessa. Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro fornisca attrezzature proprie, o per il tramite di terzi, tali attrezzature devono essere conformi alle disposizioni di cui al Titolo III. I lavoratori a distanza sono informati dal datore di lavoro circa le politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine alle esigenze relative ai videoterminali ed applicano correttamente le Direttive aziendali di sicurezza. Al fine di verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa

luoghi di lavoro), che prevede specifici obblighi per il datore di lavoro nel caso di lavoro svolto con continuità a distanza, anche nella forma del telelavoro. Prevale l'opinione³² che ritiene applicabile anche al lavoro agile, in via quanto meno analogica, la disposizione del Testo unico del 2008, anche se con qualche incertezza perché qui l'utilizzo delle strumentazioni informatiche è solo possibile e non necessario (come invece nel telelavoro) e perché la necessaria alternanza della prestazione tra dentro e fuori l'azienda nel lavoro agile non coincide perfettamente con il concetto di continuità della prestazione resa a distanza a cui fa riferimento l'art. 3 comma 10 del Testo Unico.

3.e. Trattamento del lavoratore agile.

Infine, vi è una disposizione sul trattamento economico e normativo del lavoratore con modalità agile, che deve essere complessivamente non inferiore a quello previsto da contratti collettivi di cui all'art. 51 D. Lgs. n. 81/2017 per i lavoratori tradizionali che svolgono le medesime mansioni. Qui occorre, innanzi tutto, ricordare che l'art. 51 del D. Lgs. n. 81/2015, fa riferimento non solo ai contratti collettivi nazionali, ma anche a quelli territoriali ed aziendali, purché sottoscritti delle oo.ss. comparativamente più rappresentative. Quindi il parametro di equivalenza del trattamento economico e normativo del lavoratore agile deve far riferimento al trattamento comprensivo anche di quelli derivanti da eventuali accordi aziendali.

Dopodiché è il concetto di equivalenza ad essere problematico. Infatti, l'utilizzo da parte del legislatore dell'avverbio “*complessivamente*” impone di considerare l'equivalenza tra i due trattamenti non secondo il criterio della sommatoria, cioè istituto per istituto, ma con il criterio del conglobamento tra due trattamenti in ipotesi anche eterogenei³³: qui, con tutte le difficoltà che ne derivano³⁴, perché è sempre difficile stabilire un rapporto di equivalenza di un trattamento complessivamente

nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere subordinato al preavviso e al consenso del lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio. Il lavoratore a distanza può chiedere ispezioni. Il datore di lavoro garantisce l'adozione di misure dirette a prevenire l'isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all'azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell'azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali».

³² L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'esaurività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.Lgs. n. 81/2008* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit.

³³ L. MONTEROSSO *Il lavoro agile: finalità politiche di welfare e politiche retributive* in in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 29.

³⁴ Sottolinea la problematicità della formulazione legale, G. SANTORO-PASSARELLI *il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile ed il telelavoro*, cit.;

inteso rispetto a quello che si possa determinare dal confronto del singolo istituto. Si pensi al caso in cui il lavoratore agile abbia una retribuzione individualmente superiore a quello degli altri lavoratori tradizionali, ma non abbia ad esempio la quattordicesima, prevista invece per gli altri lavoratori. Il trattamento potrebbe in tal caso definirsi non inferiore e/o equivalente, malgrado l'eterogeneità delle due discipline.

La valutazione dell'equivalenza può essere ancor più difficile, nel caso in cui la modalità agile sia funzionalmente collegata a soli obiettivi e non parametrata all'orario di lavoro e quindi anche la retribuzione agganciata a detti obiettivi; in tal caso, mancherebbe addirittura un criterio univoco per misurare i due trattamenti con riferimento alla stessa retribuzione base.

4. Il lavoro agile: profili di problematicità. La questione dell'inquadramento del rapporto di lavoro agile rispetto alle tradizionali categorie di lavoro autonomo e subordinato

Fin qui la disciplina articolata dalla legge sul lavoro agile con le relative implicazioni.

Dopodiché l'introduzione di questa particolare modalità di lavoro ha generato un dibattito acceso sul piano per c.d. classificatorio, incentrato principalmente su due questioni: la prima è la collocazione del lavoro agile rispetto alla tradizionale distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato; la seconda è invece il rapporto esistente tra il lavoro agile ed il telelavoro, se cioè vi sia una differenza tra i due istituti e quale sia questa differenza.

Sulla prima questione, cioè sulla natura del rapporto di lavoro agile³⁵, il dibattito sembra nascere morto, perché la legge immediatamente definisce il lavoro

³⁵ Sul tema, si segnalano innanzi tutto G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale. Il lavoro agile ed il telelavoro*, cit.; G. SANTORO PASSARELLI *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit.; P. ICHINO *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit.; M. TIRABOSCHI *Ricerche smart working e digitalizzazione del lavoro (I) Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit.; tra i moltissimi altri commenti in tema, si segnalano: D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.; G. MARCHI *Legge contratti collettivi e accordo fra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, cit.; A. DONINI *I confini della prestazione agile: tra diritti alla disconnessione e obblighi di risultato* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pag. 90 ss.; F. FERRARO *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 137 ss.; G. DE NARDO *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e qualche nodo irrisolto* in GRUPPO GIOVANI

agile come una particolare modalità di lavoro subordinato. Dunque, non può essere revocato in dubbio il fatto che si tratti di una forma di subordinazione. Eppure, le riflessioni non si sono fermate qui perché gli elementi di qualificazione del lavoro agile hanno diffusamente spinto ad indagare l'esatta collocazione della nuova tipologia, nel quadro della tradizionale distinzione fra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Non sono mancate le opinioni che hanno segnalato la portata eversiva e potenzialmente destrutturante del lavoro agile rispetto alle tradizionali categorie del lavoro autonomo e subordinato³⁶, segnalando d'altra parte la contiguità della nuova fattispecie alle collaborazioni coordinate e continuative, rispetto alle quali si è evidenziato un rischio di sovrapposizione nell'esperienza pratica, specie per le attività a più elevato contenuto professionale³⁷.

In merito, vi è innanzi tutto, un elemento di contaminazione, più che sistematico, direi quasi topografico o suggestivo, e cioè il fatto che la disciplina del lavoro agile è contenuta in una legge dedicata per il resto non al lavoro subordinato ma al lavoro autonomo. Né si può dimenticare che nell'iter gestazionale della legge sul lavoro agile si sono succeduti due disegni di legge, il primo che, qualificando il lavoro agile come una forma di lavoro subordinato, non conteneva quegli elementi di "ibridazione" -come qualcuno ha detto- che invece hanno caratterizzato il testo della disciplina definitiva³⁸. Nella prima stesura³⁹ di tale disegno di legge nessun riferimento compariva alle forme di organizzazione per fasi, obiettivi e cicli né all'assenza di precisi vincoli di orario. Successivamente a questo disegno, ne era stato presentato un secondo⁴⁰ che invece qualificava il lavoro agile come modalità di esecuzione di un

GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 169 ss.; M. CUTTONO *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, cit.

³⁶ D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.

³⁷ Così G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile ed il telelavoro*, cit.

³⁸ Ripercorre in questi stessi termini la travagliata ed ambivalente gestazione normativa della disciplina sul lavoro agile D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.

³⁹ Così il disegno di legge n. 2233: «art. 13. *Le disposizioni del presente capo sono finalizzate a promuovere il lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, allo scopo di incrementare la produttività e di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. 2. Il lavoro agile consiste in una prestazione di lavoro subordinato che si svolge con le seguenti modalità: a) esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno ed entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; b) possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa; c) assenza di una postazione fissa durante i periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali.*» Segue poi la disciplina regolatoria.

⁴⁰ Disegno di legge n. 2229: «art. 1. *Le disposizioni contenute nella presente legge, relative a forme di lavoro autonomo o subordinato rese in modalità agile e cioè in funzione di progetti e obiettivi o a risultato, rese senza vincoli di orario o di luogo rispetto*

rapporto che poteva essere sia autonomo che subordinato, lo funzionalizzava in maniera diretta al perseguimento di obiettivi e lo declinava in termini di assenza di vincoli di orario.

Si noti, a corredo, l'esistenza di una Risoluzione del Parlamento Europeo del 19 settembre 2016⁴¹ che al punto 48 definisce «*il lavoro agile come un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione.....*»: termini questi ultimi che, nel nostro ordinamento, evocano formule qualificatorie decisamente più vicine al lavoro autonomo che non a quello subordinato.

Ne è scaturita alla fine una soluzione complessa ed articolata nella quale, alla qualificazione espressa di subordinazione, si giustappungono elementi di potenziale deriva rispetto al modello tradizionale del lavoro subordinato.

Innanzitutto, vi è il fatto che la modalità di esecuzione del rapporto può essere determinata «*anche mediante forme di organizzazione per fasi, cicli ed obiettivi e senza precisi vincoli di orario*»⁴². Qui è chiara l'indicazione di una prestazione lavorativa che non è più fondata sull'elemento centrale della presenza fisica del lavoratore sul posto di lavoro, quanto piuttosto sul raggiungimento di obiettivi o quanto meno su una cadenza dell'esecuzione lavorativa organizzata per obiettivi.

In questo senso si esprime la Direttiva n. 3/2017 della Presidenza del Consiglio dei Ministri contenente le *linee guida inerenti forme di organizzazione del lavoro che concilino tempi di vita e di lavoro* tra cui anche il lavoro agile, che ripetutamente insiste su questo elemento -cioè l'individuazione ed il raggiungimento degli obiettivi- come elemento qualificante l'essenza ed il significato della prestazione di lavoro agile, rispetto al modello di lavoro subordinato tradizionale, incentrato invece sull'elemento del controllo della presenza fisica del lavoratore.

alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, si applicano con riferimento a lavoratori, operativi per il tramite di piattaforme informatiche, strumenti tecnologici anche portatili o sistemi interconnessi che rispondano ad almeno uno dei seguenti requisiti:»

⁴¹ La si trova citata nella direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. 3/2017, cit.

⁴² G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.; G. MARCHI *Legge contratti collettivi e accordo fra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, cit.;

Si è inoltre evidenziato⁴³ che l'organizzazione del lavoro per fasi rievoca curiosamente una vecchia formulazione del lavoro a progetto o a programma (lavoro «a progetto, a programma o per fasi di esso»).

Si è ancora osservato⁴⁴ che l'indicazione di una prestazione organizzata per obiettivi sarebbe potenzialmente in grado di mettere in discussione financo la natura del rapporto di lavoro come obbligazione di mezzi, quasi trasformandola in un'obbligazione di risultato, categoria da sempre utilizzata per qualificare, semmai, il lavoro autonomo. Ciò con conseguenze significative ad es. in tema di licenziamento per scarso rendimento, fattispecie fino ad oggi -come noto- altamente problematica nel quadro del rapporto di lavoro subordinato tradizionale e che potrebbe invece, nel lavoro agile, essere collegata semplicemente al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati⁴⁵.

L'altro elemento di deviazione dal tradizionale modello di subordinazione sta nel fatto che le modalità di esecuzione devono essere concordate tra le parti ed in particolare, espressamente, le modalità di esercizio del potere di controllo e del potere disciplinare al di fuori dei locali aziendali. Qui si è segnalato⁴⁶ un chiaro allontanamento dal modello tradizionale del lavoro subordinato, perché lì l'eterodirezione, che costituisce l'*in sé* del lavoro subordinato, è sottratta per definizione alla pattuizione negoziale per essere prerogativa unilaterale essenziale del datore di lavoro direttamente derivante dalla legge. Ma anche chi ha cercato di sminuire la portata eversiva di tale previsione, notando che oggetto del patto individuale non sono i contenuti del potere di controllo -che rimangono unilaterali- ma solo le forme in cui esso si manifesta, ha dovuto però ammettere che «*la formulazione delle norme in relazione all'esercizio dei poteri datoriali, inoltre, rischia di creare confusione sulle fattispecie e sulla distinzione tra lavoro subordinato, lavoro agile e collaborazioni coordinate e continuative*»⁴⁷.

⁴³ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

⁴⁴ D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.

⁴⁵ In questo senso si esprime D. IODICE – R. COLOMBANI *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017 Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, cit.

⁴⁶ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

⁴⁷ G. MARCHI *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, cit.

Rilevo -a margine- che la determinazione nel contratto delle modalità esecutive della prestazione, rievoca il criterio eletto dal legislatore per distinguere, oggi, proprio le collaborazioni coordinate e continuative tra loro, in relazione alle quali la disciplina del lavoro subordinato si applica o meno a seconda che, nella fase di esecuzione, le modalità di coordinamento siano unilaterali del committente oppure siano oggetto di accordo nel contratto individuale; in questo senso sono le indicazioni che si ricavano dall'art. 2 D. Lgs. n. 81/2015 e dalla modifica operata all'art. 409 c.p.c. dall'art. 15 legge n. 81/2017⁴⁸.

Dunque entrambi gli elementi appena accennati (*le forme di organizzazione della prestazione per obiettivi, fasi e cicli e la determinazione pattizia delle forme di controllo datoriale*) hanno fatto ritenere che nelle vesti di una prestazione qualificata come subordinata si celino elementi in grado di farvi confluire fattispecie concretamente non distinguibili da quelle di collaborazione coordinata e continuativa e soprattutto che il modello del lavoro agile (come del lavoro a distanza in generale) mette a dura prova lo schema tradizionale del lavoro subordinato, ritenuto non più attuale nell'era delle tecnologie e dell'informatica, in grado di congegnare forme di prestazione dell'attività lavorativa non riconducibili ai tradizionali concetti spazio-temporali di azienda⁴⁹.

Tanto che non è mancata la critica al legislatore di aver perso un'occasione per attualizzare le tradizionali categorie del lavoro autonomo e subordinato nonché ed ancora di non aver assunto una posizione organica per inquadrare in una nuova complessiva disciplina tutto il lavoro a distanza o gestito con gli strumenti tecnologici. Se n'è concluso che, oggi, il lavoro agile è l'unica forma di lavoro tecnologico e/o a distanza che, pur sfuggendo alle dimensioni spazio-temporali tradizionali della subordinazione, sia però pacificamente qualificato come subordinato⁵⁰, con applicazione, almeno qui, dell'apparato protettivo proprio del lavoro subordinato. Ed in questo senso non si è mancato di rilevare⁵¹ che, solo e soltanto per il lavoro agile,

⁴⁸ Segnala anche questa contraddizione G. MARCHI *Legge, contratti collettivi e accordo tra le parti nella regolamentazione del lavoro agile*, cit.

⁴⁹ Sostanzialmente in questo senso le opinioni espresse in P. ICHINO *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro* in RIDL 2017, fasc. 4, pagg. 525 e ss. e M. TIRABOSCHI *Ricerche Smart Working e digitalizzazione del lavoro (I). Il lavoro agile tra legge contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro* in Dir. Rel. Ind. 2017, fasc. 4, pagg. 521 e ss.

⁵⁰ P. ICHINO *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, cit.

⁵¹ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

oggi vi è l'espressione di un *favor prestatoris*, che ha portato a qualificare *ex ante* come subordinate forme di lavoro di nuova generazione, riducendo, almeno qui ma solo qui, il rischio di incertezza e di vertenzialità avente ad oggetto una riqualificazione del rapporto.

Dunque, e come si vede, se la qualificazione in termini di subordinazione smorza il dibattito sulla natura del lavoro agile, non lo sopisce del tutto, proiettandolo piuttosto nella più ampia discussione di un rinnovato diritto del lavoro dell'era tecnologica, in cui vanno adeguatamente ripensate le tradizionali categorie generali del lavoro autonomo e subordinato⁵².

⁵² In questo senso, M. TIRABOSCHI (in *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione* in WP CSDL E "Massimo D'Antona".IT -335/2017, pag. 42 ss.) si è espresso sulla nuova legge sul lavoro agile, in modo *tranchant*, nei seguenti termini: «*In sede di primo commento della legge 22 maggio 2017, n. 81 può essere sufficiente limitarsi a evidenziare come, ancora una volta e pur tuttavia in un contesto socio economico oggi radicalmente mutato, il legislatore italiano non abbia inteso sciogliere il nodo, se non in apparenza e comunque con opzioni che paiono in controtendenza rispetto alla rivoluzione tecnologica in atto della persistente attualità della categoria giuridica della subordinazione, di cui da tempo si dibatte in dottrina, per inquadrare in termini giuridici e regolare il lavoro che cambia. Rispetto al telelavoro di vecchia generazione si poteva forse ancora resistere alle sollecitazioni di quella dottrina che, per prima, ha inteso ricondurre il modello in questione «nell'ambito di quelle attività cosiddette di risultato» e comunque per operazioni che non fossero «legate al tempo-macchina o al vincolo di orari esterni altrui». E con esse, pur preso atto della difficoltà di inquadrare la multiforme realtà contrattuale del lavoro da remoto all'interno dei tipi legali del Codice Civile, sottovalutare anche l'invito a un rinnovato approccio di sistema al lavoro che cambia. Vuoi nel senso di ricondurre il telelavoro, al pari di altre «figure intermedie caratterizzate da tipicità sociale emergente, bisognose di discipline e tutele eteronome decrescenti», dentro l'area del «lavoro coordinato», da intendersi quale tertium genus tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, o comunque dentro un'area di subordinazione graduata in funzione delle modalità (spazio-temporali) di esecuzione della prestazione di lavoro. Vuoi anche nel senso di abbandonare le tradizionali logiche qualificatorie per impostare il problema dalla parte delle tutele nella prospettiva della codificazione di un moderno Statuto di tutti i lavori per cerchi concentrici e secondo geometrie variabili di protezione del lavoro. Difficile in effetti escludere in radice la funzione qualificatoria delle categorie civilistiche del lavoro autonomo e del lavoro subordinato rispetto a forme tradizionali di telelavoro che, nella maggioranza dei casi davano semplicemente luogo a un cambiamento topografico del luogo di esecuzione della prestazione di lavoro. Altra cosa, tuttavia, è quando la tecnologia incide a tal punto sullo sviluppo della professionalità del lavoratore, sul coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro e sulla scelta dei tempi e delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, da innescare una commistione a contenuto variabile tra logiche di comando e controllo tipiche della idea novecentesca di subordinazione e forme emergenti di lavoro a progetto o per obiettivi, largamente auto-organizzate dal prestatore di lavoro o, comunque, rese in funzione di un tenue coordinamento con il "commitente" / "datore di lavoro". Ciò soprattutto là dove, nel leggere le dinamiche giuridiche del telelavoro si intenda accedere alla tesi che vede nel contratto di lavoro subordinato un contratto di organizzazione o comunque una fattispecie di tutela della persona che lavora in condizioni di dipendenza da una organizzazione altrui. Ed è proprio qui, rispetto a quello che ben potrebbe essere ascritto nel novero di quei «varchi esemplari per approntare una innovativa disciplina giuridica del tempo-lavoro», che il testo della legge 22 maggio 2017, n. 81 è completamente reticente. Al punto da sollevarne non pochi dubbi sui rischi di una estensione (piuttosto che di una migliore conciliazione) dell'assoggettamento del lavoratore (subordinato) agile ai poteri di organizzazione del datore di lavoro di un tempo-lavoro deoggettivizzato senza più chiari confini coi tempi di vita e in funzione della utilità finale attesa dal creditore della prestazione. E questo sino a consentire di ipotizzare un sistema remunerativo incentrato sulla produttività individuale in misura proporzionale alla libertà di organizzazione concessa al prestatore di lavoro dal datore di lavoro. La verità è che forme di telelavoro di terza generazione, variamente etichettate in termini di lavoro agile o smart working, portano a compimento il processo di svalutazione della efficienza qualificatoria del coordinamento spazio-temporale della prestazione di lavoro rispetto alla organizzazione aziendale. E questo perché, a prescindere dalle qualificazioni formali operate dal legislatore, nei rapporti di telelavoro in alternanza, così come avviene per il lavoro agile, un più o meno ampio segmento temporale della prestazione di lavoro è esentato «dal vincolo contrattuale del coordinamento spazio-temporale» con il resto della organizzazione aziendale, «assumendo così i tratti essenziali della prestazione autonoma. La nuova disciplina del lavoro agile, in conclusione, non solo intercetta una parte molto limitata del cambiamento tecnologico in atto nei processi produttivi e nei modi di lavorare, ma neppure contribuisce a comporre quel complesso puzzle del lavoro nella impresa in via di 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*

5. Lavoro agile e telelavoro

L'altra questione posta dal lavoro agile, è quella del confronto con il telelavoro, se esista cioè una differenza sul piano giuridico tra i due istituti e quale sia questa differenza⁵³.

Si tratta di una questione non solo classificatoria, perché ci si è chiesti se alcune disposizioni del nostro ordinamento, riferite espressamente al telelavoro, debbano applicarsi o meno anche al lavoro agile; su tutte l'art. 3 comma 10 T.u. salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, che in relazione al lavoro svolto continuamente a distanza con l'ausilio di strumentazioni tecnologiche, detta specifiche previsioni, in materia di controllo da esposizione ai videoterminali, di diritto di accesso alle postazioni da remoto e di diritto di ispezione dei luoghi di lavoro da parte del lavoratore⁵⁴.

La questione è resa ancor meno semplice perché la disciplina del telelavoro è alquanto frammentata ed eterogenea sul piano delle fonti, innanzi tutto dovendosi distinguere tra settore pubblico, in cui esiste un riferimento definitivo normativo (DPR n. 70/99) e settore privato, in cui invece abbiamo solo un accordo sindacale europeo del 2002⁵⁵, un accordo interconfederale interno del 2004 ed alcune disposizioni di legge, frammentate, che al più si limitano a richiamare l'accordo europeo (il T.u. in materia di sicurezza sul lavoro).

Vediamo allora le definizioni del telelavoro.

un disegno unitario e tanto meno a superare «una serie di equivoci di partenza che il diritto del lavoro si trascina fin dalle sue origini»

⁵³ Sul tema vi sono stati diversi contributi, tra cui si segnalano M. TIRABOSCHI *Ricerche smart working e digitalizzazione del lavoro (I) Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit.; G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo imprenditoriale. Il lavoro agile ed il telelavoro*, cit.; F. D'ADDIO *Considerazioni sulla complessa disciplina del telelavoro nel settore privato alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 81/2017 e della possibile sovrapposizione con il lavoro agile* in *Dir. Rel. Industr.* 2017, fasc. 4, pagg. 1006 ss.; G. SANTORO PASSARELLI *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, cit.; S. CAIROLI *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, cit.; A. RICCIO *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, cit.; A. DONINI *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, cit.; A. DELOGU *Obblighi di sicurezza: tutele contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile* in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (a cura di) *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, cit., pagg. 108 ss.; L. M. PELUSI *Il lavoro agile tra l'esaudività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D. Lgs. n. 81/2018*, cit.

⁵⁴ Il testo della disposizione è riportato nella nota n. 31 che precede.

⁵⁵ Sui limiti di incidenza ed efficacia dell'accordo quadro europeo, in quanto non recepito da una direttiva europea, si veda F. D'ADDIO *Considerazioni sulla complessa disciplina del telelavoro nel settore privato alla luce dell'entrata in vigore della legge n. 81/2017 e della possibile sovrapposizione con il lavoro agile*, cit.

La prima è ricavabile dal DPR 8.3.1999 n. 70 per il pubblico impiego in cui:

- a) Il telelavoro è definito come *«la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente.....in qualsiasi luogo ritenuto idoneo al di fuori della sede di lavoro dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce»;*
- b) La posizione di telelavoro poi è definita come *«il sistema tecnologico costituito da un insieme di apparecchiature e di programmi informatici che consentono lo svolgimento di attività di telelavoro».*

Uscendo dall'ambito specifico del pubblico impiego, esiste poi l'accordo quadro europeo del 2002 (che ha avuto applicazione indiretta sia in relazione all'accordo interconfederale interno del 2004, sia per il richiamo espresso che ne fa l'art. 3 comma 10 del D. Lgs. n. 81/2008), secondo cui il telelavoro è *«una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro in cui l'attività lavorativa che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».*

Le definizioni disponibili sembrano quindi indicare i tratti distintivi del telelavoro, nell'effettuazione continuativa o regolare della prestazione a distanza e nell'utilizzo necessario delle tecnologie, quale modalità di collegamento necessitata con il datore di lavoro.

Così delineato (non senza difficoltà) il telelavoro, è opinione diffusa che esista una differenza con il lavoro agile. Così per esempio la scheda esplicativa di lettura del disegno di legge sul lavoro agile elaborata dalla Camera dei Deputati a corredo del disegno di legge⁵⁶, lo presenta come una *«evoluzione del telelavoro da cui si differenzia per una maggiore flessibilità dei tempi e dei luoghi»;* così ancora la già citata direttiva n. 3/2017 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che rimarca ripetutamente una differenza tra lavoro agile e telelavoro, per la diversa concezione del tempo e dell'orario di lavoro e per l'esercizio del potere di controllo che nel lavoro agile deve trovare regolamentazione pattizia.

⁵⁶ Camera dei Deputati XVII legislatura Documentazione per l'esame dei progetti di legge *«Tutele per il lavoro autonomo e disciplina del lavoro agile Legge n. 81/2017»* Schede di lettura n. 516/2 del 21 giugno 2017, reperibile in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/LA0685b.pdf>.

Così si ricava anche dall'accordistica sindacale sul lavoro agile, intervenuta anche prima della legge n. 81/2017, che, pur definendo in forma di volta in volta diversa il lavoro agile, ne rimarca costantemente la differenza rispetto al telelavoro⁵⁷.

Tutti tali elementi paiono il sintomo che una differenza esista tra i due istituti, come del resto farebbe presumere anche la specifica previsione di legge che, ad esempio nel settore pubblico, non giustificerebbe la coesistenza di due tipizzazioni distinte corrispondenti ai due istituti.

Quali sono dunque gli elementi di differenziazione?

Questi elementi sono stati indicati⁵⁸:

- a) nell'alternanza del lavoro svolto all'interno ed all'esterno dei locali aziendali, che nel lavoro agile è elemento essenziale e non lo è invece nel telelavoro (in questo senso si veda la definizione di telelavoratore contenute nell'art. 2 dpr n. 70/99, in tema di telelavoro alle dipendenze delle p.a.). Anche se qui si è osservato che l'accordo quadro europeo quando parla di prestazione svolta regolarmente a distanza, non vuol intendere "sempre" e che quindi anche nel telelavoro non si possa escludere un'alternanza in questo senso;
- b) nell'utilizzo degli strumenti informatici che è elemento necessitato nel telelavoro e solamente possibile invece nel lavoro agile;
- c) nel contenuto del patto individuale, che nel caso del lavoro agile interviene su ambiti definiti "sconosciuti" al telelavoro⁵⁹, cioè il potere di controllo datoriale e l'individuazione delle fattispecie disciplinari: questa circostanza ha fatto anzi osservare che il telelavoro porrebbe meno problemi di compatibilità con lo schema tradizionale del lavoro subordinato di quanto non ne ponga invece il lavoro agile⁶⁰.

⁵⁷ Per un richiamo alla contrattazione collettiva esistente sul telelavoro v. M. TIRABOSCHI *Smart working e digitalizzazione del lavoro (I) Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro* in Dir. Rel. Industr. 2017, fasc.4, pag. 921.

⁵⁸ Li individua, sia pure per negarne una reale portata distintiva del lavoro agile dal telelavoro M. TIRABOSCHI *Smart working e digitalizzazione del lavoro (I) Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*

⁵⁹ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale. Il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

⁶⁰ G. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro autonomo non imprenditoriale. Il lavoro agile e il telelavoro*, cit.

- d) Infine la mancanza di una postazione fissa, quale corollario della necessaria alternanza tra prestazione resa all'interno e quella resa all'esterno dell'azienda, anche se qualcuno mette in discussione il fatto che l'esistenza di una postazione fissa sia elemento caratteristico del telelavoro: l'accordo europeo sul telelavoro parla di prestazione svolta regolarmente a distanza; regolarità non vuol dire continuità.

Tuttavia, occorre segnalare l'esistenza di almeno un'opinione nettamente contraria a tracciare una differenza tra telelavoro e lavoro agile, tesa ad affermare che non è possibile distinguere tra lavoro agile e telelavoro perché gli elementi propri del lavoro agile ed indicati per marcare la differenza con il telelavoro sarebbero riconducibili anche a quest'ultimo istituto, secondo l'accordo quadro europeo e l'esperienza pratica manifestatasi. In quest'ottica, dunque, l'unica vera differenza sarebbe rimarcabile nel caso di un lavoro in modalità agile realizzato senza l'ausilio di strumenti informatici, invece necessari per il telelavoro, ipotesi per altro preconizzata come di scarsissima esperienza pratica⁶¹.

Dunque, e come si vede anche qui non ci sono certezze ma solo dubbi.

⁶¹ Così MICHELE TIRABOSCHI in *Ricerche smart working e digitalizzazione de lavoro. Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, cit., il quale criticando la scelta legislativa di teorizzare nel lavoro agile una nuova e distinta forma di lavoro a distanza, ha affermato che «nessuna differenza sussist[e] oggi sul piano giuridico ed in termini di disciplina applicabile tra il telelavoro ed il lavoro agile se non in due circostanze del tutto particolari ed a ben vedere anche marginali in tema di casistica reale: quando la prestazione al di fuori dei locali aziendali sia resa senza il supporto di strumentazioni informatiche e telematiche ovvero quando l'alternanza tra lavoro nei locali aziendali e lavoro da altri luoghi sia del tutto occasionale o comunque non programma. Accanto alla presenza di una sia pur minima strumentazione tecnologica elemento necessario per integrare la fattispecie del telelavoro è, infatti, la regolarità della prestazione lavorativa resa da remoto che non significa certo totalità quanto piuttosto quella ripetitività e continuità propria di modelli organizzativi del lavoro che prevedono una pianificazione del tempo di lavoro (in giorni per settimana mese o anno) reso al di fuori dei locali aziendali. Nonostante alcune innegabili interferenze di sistema con la nuova disciplina delle collaborazioni etero-organizzate dal committente, l'art. 18 legge n. 81/2017 non ci consegna dunque alcun "sotto-tipo" (acrobatico o circense) del lavoro autonomo né del lavoro parasubordinato. E non siamo neppure in presenza.....di una sorta di telelavoro evoluto. Si tratta invece più semplicemente di un altro modo per chiamare il telelavoro subordinato con tutto quello che inevitabilmente ne consegue in termini di disciplina oggettivamente applicabile anche al di là di quella genericamente richiamata dal legislatore».