



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto del Lavoro Proredito II

LO SMART-WORKING NELL'ERA DEL COVID-19

RELATORE

**Chiar.mo Prof.
Raffaele Fabozzi**

CANDIDATA

**Lucrezia Bea Sabatini
Matr. 139783**

CORRELATORE

**Chiar.mo Prof.
Roberto Pessi**

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

LO SMART-WORKING NELL'ERA DEL COVID-19

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

NUOVO MODELLO ORGANIZZATIVO: LO SMART WORKING

1. Il lavoro subordinato
 - 1.1. Organizzazione del lavoro prima dello smart working
2. Smart working in Italia nella dimensione della quarta rivoluzione industriale
3. Definizione e principi dello smart working
 - 3.1. Flessibilità di tempo e spazio
 - 3.2. Utilizzo della tecnologia
 - 3.3. Fiducia e responsabilizzazione
 - 3.4. Autonomia sul lavoro
 - 3.5. Volontarietà.

CAPITOLO II

APPLICAZIONE DELLO SMART WORKING

1. Ambito di applicazione dello smart working
2. Quadro normativo: L. 22/05/2017 N. 81
3. Art. 18: lavoro agile
4. Art. 19: forma e recesso
5. Art. 20: diritto all'apprendimento
6. Art. 21: potere di controllo e disciplinare
7. Artt. 22- 23: sicurezza sul lavoro ed assicurazione obbligatoria per infortuni e malattie
8. Potere direttivo del datore di lavoro
9. Trattamento economico ed incentivi: rinvio all'art. 51 d. lgs. 81/2015
10. Divieto di discriminazione del lavoratore in smart working

11. Accesso allo smart working: modifica intervenuta con la legge di bilancio del 2019

12. Differenze con il telelavoro.

CAPITOLO III

LO SMART WORKING NELL'ERA DEL COVID-19

1. Lo smart working in Italia nella dimensione del Covid-19
2. La successione dei Dpcm d'urgenza
3. Correlazione con l'obbligazione di sicurezza ex art. 2087 c.c.
4. Il decreto Cura Italia
5. Gli ultimi provvedimenti.

Conclusioni

Bibliografia

Introduzione

Con la L. n. 81/2017 il legislatore ha disciplinato per la prima volta il lavoro agile quale modalità di svolgimento del lavoro subordinato, lasciando aperti notevoli dubbi, tra cui quello definitorio, in rapporto ad altre forme già codificate, ma poco frequenti, quale è il telelavoro. Il presente studio mira a fornire una definizione di lavoro agile e ad evidenziare in che modo il lavoro agile si rapporti alla nozione tradizionale di subordinazione.

L'emergenza sanitaria in atto ha prodotto due principali effetti nel mondo del lavoro pubblico: una semplificazione del ricorso al lavoro agile attraverso soluzioni temporaneamente derogatorie e la reviviscenza del lavoro a domicilio peraltro sinora sconosciuto nel pubblico impiego. Tale nuovo e temporaneo assetto sposta il baricentro della P.A. verso modelli organizzativi che prescindano dalla concentrazione delle risorse umane.

L'emergenza pandemica, infatti, ha finito per incidere profondamente sul tema della sicurezza sul lavoro che, nell'attuale fase, è chiamata a svolgere un ruolo decisivo non solo per salvaguardare la salute dei lavoratori ma anche per uscire dal dramma pandemico. La sicurezza sul lavoro è infatti condizione necessaria (ma non sufficiente) per limitare il diffondersi dei contagi dell'infezione da Covid-19 ed è in grado di plasmare di nuovi contenuti il diritto del lavoro. L'obbligo di sicurezza nella fase pandemica conosce una sua particolare e ricca articolazione che richiede certamente uno sforzo ulteriore rispetto alla situazione ordinaria ma ciò non si traduce in una espansione dell'area di responsabilità del datore di lavoro che resta definita entro il perimetro già da tempo individuato dalla nostra giurisprudenza.

Molto si discute sulla necessità di aggiornare il documento di valutazione dei rischi (DVR) in relazione al rischio biologico legato al Coronavirus.

Alcuni autori¹ sostengono che non sia obbligatorio procedere con l'aggiornamento del DVR in quanto, eccetto in alcuni casi, il rischio legato al Covid-19 non costituisce un *rischio specifico* dell'organizzazione lavorativa.

In effetti è fondamentale distinguere la classe dei rischi specifici, implicati cioè nel processo produttivo, da quella dei rischi generici, ai quali il lavoratore è esposto in quanto membro della collettività.

Da tale distinzione deriva anche un'ulteriore differenza tra rischi endogeni ed esogeni: solo i primi rendono obbligatorio l'aggiornamento della valutazione dei rischi.

Muovendo da tale assunto, non sembra possibile affermare che qualunque fatto esterno che si rifletta sull'organizzazione del lavoro possa essere tale da assurgere a rischio professionale.

Secondo tale orientamento, il Covid-19 rappresenta un rischio biologico generico per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione; dunque, la valutazione del rischio deve essere operata a monte dalla pubblica autorità.

Per tali ragioni il rischio di contagio da Covid-19 non presuppone un obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi, configurandosi quale rischio generico ed esogeno.

Tale conclusione non può riguardare le realtà aziendali in cui si ricorre all'utilizzo di agenti biologici - quali i laboratori di ricerca microbiologica - oppure in cui sussiste una esposizione continua connessa al tipo di attività svolta - come nel caso delle attività sanitarie - per le quali, invece, il rischio di contagio da Covid-19 diventa un rischio professionale: in tal caso si rende necessario procedere con l'aggiornamento della valutazione dei rischi.

A supporto di tale interpretazione viene invocato l'art. 29, comma 3, D.Lgs. n. 81/2008, che individua le quattro ipotesi che rendono obbligatoria la rielaborazione del DVR. Tali ipotesi si sostanziano in: a) modifiche del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori; b) evoluzione della tecnica, della prevenzione o della

¹ PASCUCI, *Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020*, in *Dir. sic. lav.*, 2020, fasc. 1, 129-131.

protezione; c) verificarsi di infortuni significativi; d) emersione della necessità di aggiornare il DVR a fronte dei risultati della sorveglianza sanitaria.

Di diverso avviso, invece, chi ritiene che il datore di lavoro sia comunque obbligato ad aggiornare il DVR.

Occorre rilevare che gli argomenti a sostegno di tale ultima tesi sono diversi.

In primo luogo, si è sostenuto che la necessità di aggiornamento derivi dall'art. 2087 c.c., norma di chiusura del sistema prevenzionistico e fonte di un obbligo per il datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie per tutelare la salute dei lavoratori.

Altri autori sono invece giunti a tale conclusione attraverso una lettura sistematica di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 81/2008.

In particolare, la lettura combinata degli artt. 15 e 28, commi 1 e 3, D.Lgs. n. 81/2008 induce a ritenere che la valutazione dei rischi debba essere aggiornata ogniqualvolta un qualsiasi fattore di rischio, nuovo o diverso sul piano qualitativo e quantitativo rispetto al precedente assetto aziendale, renda indispensabile l'adozione di misure di prevenzione.

Tale dottrina pone inoltre l'accento sulla circostanza secondo cui anche in contesti non sanitari il rischio "esogeno" possa trasformarsi in rischio "interno" e dunque aziendale in relazione ai lavoratori particolarmente esposti a fronte delle mansioni svolte (ad esempio, in quanto eseguono attività che richiedono costante contatto con il pubblico).

Secondo altri autori, invece, la necessità di aggiornare il DVR sarebbe frutto di una interpretazione estensiva dell'art. 267, D.Lgs. n. 81/2008 in tema di definizione degli agenti biologici, disposizione questa da applicare in relazione alla diffusione del Covid-19, soprattutto nel caso in cui sussista la probabilità di contagio all'interno dell'azienda.

Infine, è stato rilevato che l'esistenza del rischio impone di riconsiderare l'intera organizzazione aziendale. L'esercizio dell'attività produttiva infatti è consentito laddove il titolare abbia adottato tutte le misure idonee allo svolgimento in sicurezza dell'attività, tra cui la misura del distanziamento fisico. Secondo tale prospettazione, il DVR dovrebbe dunque essere aggiornato giacché

"l'implementazione della misura del distanziamento fisico determina una rilevante modifica della organizzazione"².

Nella prassi, si registrano diversi orientamenti con riguardo alla qualificazione del rischio contagio da Covid-19 e alla necessità di procedere con l'aggiornamento del DVR.

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro ha condiviso l'orientamento originariamente adottato dalla Regione Veneto circa la non obbligatorietà dell'aggiornamento del DVR, pur ritenendo "utile" un piano di intervento o una procedura per un approccio graduale nell'individuazione e nell'attuazione delle misure di prevenzione.

Di contro, il Ministero della Salute ha previsto come necessaria una serie di azioni per integrare il DVR, atte a prevenire il rischio di infezione nei luoghi di lavoro contribuendo, altresì, alla prevenzione della diffusione dell'epidemia.

Infine, anche L'I.N.A.I.L. si è espressa a sostegno dell'obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi.

Alla luce dell'indagine condotta deve concludersi per la sussistenza dell'obbligo di aggiornamento della valutazione dei rischi per il rischio Covid-19, aggiornamento da valutare in concreto, prendendo certamente in considerazione (a) le caratteristiche della prestazione lavorativa e (b) il contesto organizzativo del datore di lavoro, andando dunque a verificare, alla luce di tali criteri se il rischio da generico possa divenire specifico: un simile preliminare processo di valutazione deve dunque rifuggire da ogni astratto pregiudizio secondo cui un determinato contesto lavorativo non possa comportare una moltiplicazione o un innalzamento del livello di esposizione al contagio.

² DOVERI, *Covid-19: sicurezza sul lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020.

CAPITOLO I

NUOVO MODELLO ORGANIZZATIVO: LO SMART WORKING

SOMMARIO. 1. Il lavoro subordinato - 1.1. Organizzazione del lavoro prima dello smart working - 2. Smart working in Italia nella dimensione della quarta rivoluzione industriale - 3. Definizione e principi dello smart working - 3.1. Flessibilità di tempo e spazio - 3.2. Utilizzo della tecnologia - 3.3. Fiducia e responsabilizzazione - 3.4. Autonomia sul lavoro - 3.5. Volontarietà.

1. Il lavoro subordinato

Ricorrendo ad una aggettivazione propositiva e dinamica, nonché ad un peculiare neologismo che mira a dare una veste giuridica a prassi e forme di lavoro già ampiamente diffuse, il lavoro agile o *smart working* è finalizzato ad *"incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"*³.

In questo senso, pertanto, la *ratio legis* degli artt. 18-24 della L. 22 maggio 2017, n. 81 si rinviene sì nel miglioramento della competitività dell'azienda, ma anche nella facilitazione della conciliazione tra esigenze di vita ed esigenze di lavoro⁴.

Il primo, la competitività, è sicuramente un obiettivo di tipo economico, mentre la conciliazione tra esigenze di vita e di lavoro è un obiettivo di natura personalistica.

In entrambi i casi si tratta di obiettivi *"alti"*, in quanto espressione di valori costituzionali contenuti, rispettivamente, nell'art. 41 Cost. da un lato e negli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost. dall'altro.

È innegabile, infatti, che l'obiettivo della competitività altro non sia se non una manifestazione concreta di quanto sancito dall'art. 41, comma 1, Cost.,

³ MANZELLA - NESPOLI, *Le parole del lavoro: un glossario internazionale/22- Agile o smart?*, Bollettino Adapt, 2 febbraio 2016.

⁴ CARUSO, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 2, 177 ss.

secondo il quale: *"L'iniziativa economica privata è libera."* Se la libertà di impresa è libera, infatti, essa può chiaramente svolgersi in regime di libera concorrenza e, quindi, di competitività.

Dall'altro lato, l'esigenza di conciliare la vita privata con il lavoro è il risultato di quanto previsto da diverse norme costituzionali. L'art. 2 Cost., infatti, sancisce che: *"L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro"*.

L'art. 3, comma 2, Cost. prevede che: *"È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione (...) economica (...) del Paese."*

Ancora, l'art. 4, comma 1, Cost. sancisce che: *"La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto."*

Infine, secondo l'art. 35 Cost.: *"La Repubblica promuove il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni."*

Le due esigenze descritte, pertanto, non sono in alcun modo subalterne l'una all'altra, ma si collocano su un piano paritario tra loro, in quanto entrambe tutelate a livello costituzionale.

Quindi non sarebbe corretto se prevalesse la sola esigenza di competitività aziendale, a discapito della conciliazione vita/lavoro.

Com'è noto, infatti, le risorse umane sono un elemento strategico per l'impresa e per il successo di essa, per cui è necessario che i lavoratori siano sereni affinché il *business* abbia successo. Diversamente, invece, il conflitto tra vita professionale e vita privata genera effetti negativi, quali lo stress, l'assenteismo e la predisposizione alle malattie, in tal modo minacciando il benessere dell'impresa e di coloro che vi lavorano.

È in tale logica di *win-win*, ossia di vantaggio reciproco per tutte le parti in causa, che, pertanto, ha preso piede anche il lavoro agile. Ossia quella stessa logica che già in precedenza aveva visto un'apertura da parte delle imprese più lungimiranti verso le politiche c.d. *family-friendly*.

Non si tratta, infatti, soltanto di una questione etica, ma di un vero e proprio vantaggio reciproco, in quanto in tal modo il beneficio in termini di qualità del clima organizzativo, di attrattività dell'azienda nel mercato del lavoro, di produttività degli individui e di raggiungimento di traguardi strategici, quali la riduzione dell'assenteismo e del tasso di *turn-over* e la crescita dei livelli motivazionali dei lavoratori, viene a superare l'investimento economico necessario affinché tali misure vengano concretamente messe a regime.

Tuttavia, se questi sono gli obiettivi che la legge si prefigge non può certamente negarsi che affinché gli stessi vengano raggiunti non è necessario soltanto il raggiungimento di un delicato equilibrio tra esigenze organizzative ed esigenze della persona, ma occorrono anche interventi legislativi o da parte della contrattazione collettiva "utili a individuare i giusti pesi e contrappesi"⁵.

Curiosa, ma soprattutto emblematica di quanto appena rilevato, è sicuramente la definizione di lavoro agile.

Se si sfoglia un dizionario della lingua italiana e si esamina la nozione di "*agile*", infatti, si vede come tale aggettivo, che deriva dal latino *agilis*, abbia il significato di cosa o persona che "*si muove con facilità*". Tant'è che i sinonimi di esso sono: elastico, scattante, sciolto, svelto⁶.

Il contrario di agile, invece, è: goffo, impacciato, legato, lento, tardo.

Così ragionando, pertanto, il lavoro agile è una modalità di svolgimento del lavoro subordinato che si contrappone al lavoro dipendente "*goffo*", "*impacciato*", "*lento*", ecc. tradizionalmente svolto in azienda.

Ciò significa, allora, che se il lavoro agile incrementa la competitività e agevola la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, il lavoro "*lento*" rende invece più difficoltosa l'alternanza tra lavoro e privato.

In tal modo, il legislatore parrebbe avere adottato una nozione di lavoro subordinato che, se svolto con tale modalità, reca *in re ipsa* addirittura un giudizio meritorio dello stesso.

⁵ TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2017, 25.

⁶ In proposito si ricorda che anche l'Accademia della Crusca - Gruppo Incipit, *Accogliamo con piacere il "lavoro agile"*, Firenze, 1° febbraio 2016, esprimendosi sul D.d.l. n. 2233, ha formulato un giudizio positivo sulla terminologia utilizzata, rispetto al termine straniero "*smart working*".

Il più, forse, è capire (ma soltanto il tempo lo potrà dire) se i risultati saranno all'altezza delle aspettative che paiono trapelare dalle scelte di campo effettuate dal legislatore e se il lavoro agile costituirà davvero un volano per il cambiamento della cultura aziendale⁷.

È stato poi rilevato come il lavoro agile sia maggiormente adatto per lo svolgimento di attività lavorative a contenuto intellettuale, rivolgendosi a impiegati, quadri e dirigenti, che non a operai, i quali potrebbero farvi semmai ricorso in occasione della partecipazione a corsi di formazione *e-learning*, ma anche su questo punto si rimanda la valutazione all'esito della concreta attuazione di tale istituto e del suo sviluppo concreto. Anche perché tale affermazione potrebbe essere smentita, ove si consideri che il lavoro agile sembra poter esercitare un impatto interessante anche sul lavoro dell'operaio. Quest'ultimo, infatti, attraverso l'utilizzo di *software* avanzati non svolgerà più solo una mera attività fisica di trasformazione del prodotto, ma opererà come una sorta di progettista, dotato di elevati livelli di competenza e di professionalità⁸.

Il vincolo di subordinazione si pone come la premessa stessa per l'operatività della figura *de qua*, dal momento, come sottolinea espressamente il legislatore, che il lavoro agile è una modalità di svolgimento del lavoro descritto dall'art. 2094 c.c.

In realtà tale modalità lavorativa comporta per l'azienda la definizione di un inedito modello di organizzazione del lavoro imperniato sui seguenti tre pilastri: le risorse umane; la tecnologia e il monitoraggio costante dell'evoluzione del rapporto in relazione ai risultati.

⁷ Dal Rapporto 2016 sullo *smart working* dell'Osservatorio *Smart Working* della *School of management* del Politecnico di Milano (www.osservatori.net), che ha elaborato la ricerca coinvolgendo 339 manager delle funzioni IT, HR e *Facility*, oltre a 1.004 lavoratori (in collaborazione con Doxa), sono emersi i seguenti dati: sono già 250 mila (circa il 7% del totale e il 40% in più rispetto al 2013) gli impiegati, i quadri e i dirigenti impegnati in progetti di lavoro agile. Inoltre, è emerso che lo *smart worker* "tipo" è un uomo nel 60% dei casi che ha un'età media di 41 anni e che risiede al Nord nel 52% dei casi, al Centro nel 38% e al Sud nel 10% dei casi. Inoltre, si rinvia ai dati emersi dallo studio ANPAL servizi S.p.a., *Il lavoro agile o smart working nella legge 22 maggio 2017, n. 81, nella Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° giugno 2017, n. 3 e nella contrattazione collettiva*, del 4 luglio 2017, finanziato dal Fondo Sociale Europeo Investiamo nel tuo Futuro.

⁸ CORSO, *Smart Working*, in Sacconi - Massagli (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2016, 60, 12.

Ma è realmente riuscito il legislatore a modificare il suo approccio al tema del lavoro? Di fronte a tale quesito l'interprete non può che prendere atto del ritardo, ma soprattutto dell'insuccesso dei risultati conseguiti in sede di riforma.

Le ragioni di tale conclusione negativa sono da ricondurre al fatto che il diritto del lavoro, oggi, appare ancora influenzato da "*una realtà del lavoro pre-rivoluzione tecnologica, manuale o automatico-meccanica*"⁹, in alcun modo rispondente agli attuali concreti modi di operare, i quali determinano un profondo cambiamento sulla natura del lavoro tradotto in una digitalizzazione di esso, con tutto ciò che ne consegue in termini di distinzione tra autonomia e subordinazione.

Il lavoro oggi si svolge attraverso le più evolute tecnologie e strumentazioni informatiche e telematiche, che consentono non solo ai dispositivi di connettersi tra loro (*internet delle cose*), ma soprattutto alle persone di fare altrettanto (*internet delle persone*). Il che incide sulle tradizionali coordinate spazio/temporali in cui si muove e si articola la prestazione di lavoro.

Pertanto, non è certamente più attuale il modello tayloristico di organizzazione del lavoro tipico del Novecento industriale che pretendeva che il tempo di lavoro coincidesse con la presenza fisica del lavoratore in azienda¹⁰.

All'opposto, infatti, oggi si assiste ad una maggiore libertà ed autodeterminazione nella prestazione di lavoro, ma soprattutto ad un ambiente di lavoro *on line* "*nel quale gli individui sono al tempo stesso utenti, lavoratori, produttori, appaltatori, consulenti, consumatori e "in ogni caso manager di sé stessi"*"¹¹. Il che avrebbe preferibilmente dovuto indurre il legislatore a regolamentare il lavoro in modo nuovo, ponendo l'accento non tanto sulla limitata prospettiva di conciliazione tra tempi di vita e di lavoro, quanto piuttosto sulla centralità delle competenze e delle responsabilità dei lavoratori all'interno del nuovo paradigma del lavoro, nonché sulle tutele spettanti.

Inoltre, il legislatore avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) porsi molteplici quesiti, tra i quali svetta la seguente domanda: l'attività umana *on line* è misurabile

⁹ TROISI, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in Rusciano - Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Collective Volumes, 2014, 3, 118.

¹⁰ BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, in particolare cap. 1.

¹¹ TULLINI, *C'è lavoro sul web?*, cit., 9. Cfr., inoltre, VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2017, 336.

attraverso le coordinate tradizionali spazio/tempo o necessita di una mutata unità di misura?.

In questo senso, tutte le considerazioni che precedono inducono a rimeditare la tradizionale impostazione del lavoro subordinato in termini di messa a disposizione delle energie lavorative dentro un arco temporale determinato in favore, piuttosto, della messa a disposizione della propria professionalità al di là della quantificazione del tempo di lavoro¹².

La forza destrutturante e decentralizzante delle tecnologie del *web* sulla tradizionale categoria del lavoro subordinato, pertanto, viene ridimensionata dall'inserimento del lavoro agile nella categoria giuridica del lavoro subordinato inteso in senso tradizionale. Ciò perché la subordinazione all'interno del lavoro agile si configura in modo del tutto particolare rispetto alla nozione, per così dire, tradizionale delineata dall'art. 2094 c.c.

In questo senso, infatti, si assiste sicuramente ad una nuova (ma forse ancora confusa) forma *mentis* del legislatore, il quale introduce nei rapporti di lavoro subordinato delle novità tratte dai fenomeni sociali ed economici dei nostri giorni, quali l'innovazione tecnologica e le nuove forme dell'economia digitale.

Le grandi novità che segnano lo scostamento dalla fattispecie classica di lavoro subordinato consistono, da un lato, nel fatto che i poteri del datore di lavoro siano oggetto di accordo individuale e, dall'altro, nel fatto che il lavoratore agile non sia tenuto al rispetto di precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro.

Se è pur vero, sotto il primo profilo, che l'accordo individuale non si spinge fino a rendere consensuale l'esercizio dei poteri datoriali, limitandosi piuttosto ad attribuire all'autonomia delle parti la definizione delle modalità di esercizio di tali prerogative, è pur vero che ciò costituisce una deviazione rispetto allo schema classico, emancipando le parti *"dalle rigidità di*

¹² GRANDI, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, 497 ss.; NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, 263 ss.; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002, *passim*; Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004, *passim*.

una definizione eteronoma della sistemazione degli interessi e dalle dinamiche contrattuali collettive"¹³.

Infatti, se l'accordo individuale concerne le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro agile e se quest'ultimo è, a sua volta, una modalità di svolgimento del lavoro subordinato, ciò significa allora che le parti, con accordo individuale, negoziano le modalità di svolgimento del lavoro subordinato a norma dell'art. 19, comma 1, L. n. 81 del 2017.

E poiché il lavoro dipendente implica l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro, questo implica anche che l'accordo individuale prenderà posizione circa l'esercizio di tali prerogative datoriali.

Com'è noto, il lavoratore subordinato ha l'obbligo di conformarsi alle direttive del datore di lavoro circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere.

Ci si chiede, ad esempio, se sia lecito che le parti stipulino un accordo individuale di lavoro agile stabilendo di comune accordo l'esercizio del potere direttivo.

La soluzione adottata dal legislatore è frutto della presa di coscienza del fatto che l'impresa è oggi in radicale trasformazione e che l'organizzazione del lavoro è mutata.

Ciò determina un ripensamento del potere direttivo sancito dall'art. 2086 c.c., nel senso che il datore di lavoro deve coordinare le varie prestazioni di lavoro riconoscendo al lavoratore flessibilità di orario e di luogo.

Inoltre, in quanto assoggettato al vincolo di subordinazione, il lavoratore subordinato è soggetto all'obbligo di diligenza nello svolgimento del lavoro, nonché all'obbligo di fedeltà, quindi deve astenersi dallo svolgere lavoro per conto proprio e di terzi in concorrenza con l'imprenditore.

Obblighi, quello di diligenza e quello di fedeltà, cui corrispondono il potere di controllo e il potere disciplinare del datore di lavoro. Infatti, il datore di

¹³ FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in Fiorillo - Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 171, secondo il quale "non ci troviamo di fronte a soluzioni che compromettono l'assetto garantista della materia, quanto, piuttosto, ad una sorta di limitazione dell'intervento protettivo".

lavoro ha il potere di controllare l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa, verificando la diligenza di quest'ultimo nello svolgimento della stessa ai sensi dell'art. 2104 cc., nonché l'osservanza delle direttive impartitegli, anche al fine di avviare eventuali azioni disciplinari ex artt. 2106 c.c. e 7 dello Statuto dei lavoratori.

Su tali poteri si è espresso il successivo art. 21 della L. n. 81 del 2017, il quale precisa che l'accordo di cui all'art. 18, comma 1, deve contenere la disciplina dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro quando la prestazione viene resa al di fuori dei locali aziendali.

In tali casi il potere di controllo deve esercitarsi nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 Stat. lav., così come recentemente riformato dal D.Lgs. n. 151 del 2016 e dal D.Lgs. n. 185 del 2016.

Se il richiamo a tutto l'art. 4 della L. n. 300 del 1970 "*e successive modificazioni*" consente di tenere conto dell'intervento riformatore che ha interessato la norma dello Statuto dei lavoratori, un punto di criticità è rilevabile con riferimento al comma 3 di tale disposizione.

L'art. 4, comma 3, infatti, prevede che le informazioni raccolte, per essere utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro devono essere oggetto di "*adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli*" e devono rispettare il D.Lgs. n. 196 del 2003 sulla *privacy*.

Ora, il richiamo dell'art. 21 all'art. 4 consente di ritenere richiamata anche la normativa sulla *privacy*, ma non garantisce necessariamente che il datore di lavoro abbia assolto l'obbligo di adeguata informazione circa le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli.

Pertanto, delle due l'una: o il datore di lavoro fornisce tali informazioni all'interno dell'accordo sul lavoro agile oppure i dati raccolti non potranno essere utilizzati, né opponibili al lavoratore.

Inoltre, l'accordo individuale deve individuare le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari. Previsione, quest'ultima, che ha fatto molto discutere in quanto attraverso di essa l'autonomia individuale viene

abilitata *ex lege* a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, quali la tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti¹⁴.

Ancora, sul punto si rileva come attraverso l'accordo individuale, le condotte disciplinarmente rilevanti si reputeranno conosciute, ritenendosi con ciò assolto l'obbligo di pubblicità del codice disciplinare, mentre in assenza di forma scritta il potere disciplinare non sorgerà e non potrà essere esercitato, trattandosi di un accordo scritto non solo *ad probationem*, ma *ad substantiam*.

Già tale aspetto di novità incide sulla classica dialettica regolativa subordinazione/autonomia, dando vita a quella "*destandardizzazione*" della disciplina in tema di subordinazione in precedenza evidenziata.

Ma tale alternanza tra logiche di comando e controllo tipiche della idea novecentesca di subordinazione con forme di lavoro autorganizzate o, comunque caratterizzate da un coordinamento tenue con il datore di lavoro lascia dubbiosi circa i rischi derivanti dall'estendere con acrobazie "*circensi*" al lavoratore agile i poteri di organizzazione del datore di lavoro, senza chiari confini con i tempi di vita.

Come ha rilevato la dottrina, "*il lavoratore subordinato diventa più autonomo e ciò avviene proprio quando lo stesso legislatore impone l'applicazione delle tutele del lavoro subordinato alle collaborazioni continuative (...). Quindi il lavoro subordinato diventa più autonomo e le collaborazioni autonome tendono a essere più subordinate*". E tanto vale a dire che "*la linea di tendenza dell'ordinamento (...) è ancora quella non della detipizzazione della fattispecie fondante il diritto del lavoro, bensì quella della destandardizzazione della disciplina applicabile*"¹⁵.

Non è un caso, pertanto, a parere di chi scrive, che il legislatore abbia inteso inserire la disciplina *de qua* in un *unicum corpus* con il lavoro autonomo. Tale scelta sistematica, infatti, tradisce la presa di coscienza di una ibridazione di forme contrattuali di portata potenzialmente destrutturante per la categoria giuridica del lavoro subordinato.

¹⁴ SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, cit., 13.

¹⁵ PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 179.

Non convince del tutto la tesi prospettata in dottrina secondo la quale il lavoro agile rappresenta una fattispecie speciale di lavoro subordinato, in quanto presenta una deviazione causale dal tipo legale, per cui il sinallagma contrattuale si viene ad arricchire sotto il profilo degli interessi.

Secondo tale tesi l'interesse all'esercizio dei poteri datoriali in conformità con le esigenze di conciliazione vita/lavoro, unitamente all'interesse di definire le prerogative imprenditoriali a fronte di una prestazione "*disintermediatasi*" dall'ambiente di lavoro *standard*, allora, costituirebbe quel *quid pluris* che renderebbe speciale il lavoro agile rispetto a quello subordinato.

Tale tesi non convince pienamente per le seguenti ragioni.

In primis, la tesi parla di "*fattispecie speciale di lavoro subordinato*" e di "*deviazione causale dal tipo legale*", utilizzando formule che non sembrano appropriate, là dove, come nel lavoro agile, non si ha a che fare con una tipologia contrattuale, ma con una "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*" ex art. 18, comma 1. E, in quanto modalità, il lavoro agile certamente non dispone di una causa autonoma rispetto a quella del lavoro subordinato, di cui costituisce una mera declinazione modale.

In secondo luogo, le perplessità riguardano la causa speciale individuata da tale teoria, dal momento che il rinvio agli interessi specialmente di conciliazione delle esigenze di vita privata e di lavoro, non può essere un elemento causale, posto che esso costituisce all'opposto la *ratio* dell'intervento legislativo in esame e, come si è detto, tale *ratio* è assai riduttiva rispetto alla portata della realtà che si accinge a normare.

Diversamente da quanto sopra teorizzato, allora, si ritiene che ciò che viene ad assumere carattere di specialità non sia la causa del lavoro agile, essendo quest'ultimo una modalità di svolgimento del lavoro subordinato, bensì che divenga speciale la causa del lavoro subordinato ove quest'ultimo venga declinato nella modalità di lavoro agile.

E in che cosa consiste tale specialità? Nel fatto che il lavoro subordinato, quando è agile, non presenta la tradizionale causa del contratto data dallo scambio tra prestazione lavorativa in regime di subordinazione, ossia assoggettata ai tradizionali poteri direttivo, di controllo e disciplinare, e retribuzione, bensì

consiste nello scambio tra prestazione lavorativa maggiormente autonoma e libera, ma finalizzata al raggiungimento degli obiettivi e quindi responsabilizzata, *ex lato* lavoratore, e retribuzione dal lato del datore di lavoro.

Quindi la causa del lavoro subordinato in modalità agile è data dallo scambio tra il raggiungimento degli obiettivi e il pagamento della retribuzione, secondo un progressivo abbandono della tradizionale concezione della subordinazione in termini di obbligazione di mezzi *versus* un'obbligazione di risultato. Ma la causa è connotata anche da una responsabilizzazione del dipendente nel raggiungimento dei risultati.

Il lavoro agile non necessariamente copre l'intero campo di estensione della prestazione di lavoro, nel senso che esso può riguardare una parte di essa oppure l'intero lavoro, fermo il solo limite della connessione funzionale della prestazione con l'attività dell'impresa. Esso, ad esempio, può essere organizzato per fasi, per cicli o per obiettivi, il che rappresenta una possibilità così come pare emergere dall'utilizzo della congiunzione "*anche*" riferita a tali forme di organizzazione.

Il legislatore non chiarisce il significato dell'organizzazione per fasi e cicli, anche se la formula sembra riecheggiare, per certi versi, la modalità del lavoro a progetto della legge Biagi.

Senonché, però, come si ricorderà, nel lavoro a progetto tale formula è stata abbandonata proprio a causa della sua genericità, per cui ci si domanda dell'utilità di reintrodurla ora nonostante il passato insuccesso.

Forse un chiarimento sulla *ratio* di tale previsione può rinvenirsi nel breve enunciato programmatico della relazione accompagnatoria al D.d.l. n. 2233 presentato alla Presidenza il 3 febbraio 2017, in cui si afferma che: "*Non più un posto di lavoro per tutta la vita, ma neanche un unico luogo di lavoro durante lo stesso rapporto di lavoro, e neppure un orario fisso. Non poche persone preferiscono oggi lavorare per obiettivi, fasi e cicli ed essere conseguentemente valutate sulla produttività e sul risultato raggiunto piuttosto che in base a parametri come l'ora di lavoro e la presenza fisica nei locali aziendali.*"

Esistono, infatti, alcune realtà aziendali in cui il lavoro viene organizzato per fasi lavorative o per cicli produttivi e, forse, il riferimento normativo deve

essere inteso in tale modo. Ma sul punto si ritiene che sarebbe più opportuno un chiarimento ministeriale, così come il Ministero del lavoro fece con la circ. 14 gennaio 2004, n. 1 sul lavoro a progetto, la quale aveva chiarito che i concetti di "*programma*" e "*fase*" erano da considerare quali sinonimi e consistevano in un tipo di attività che non era direttamente riconducibile ad un risultato finale, quanto ad un risultato parziale che andava a confluire con altri risultati parziali in vista di un unico esito finale.

Un problema che è stato posto a livello sindacale è se l'introduzione di elementi valutativi della prestazione lavorativa commisurati al raggiungimento di obiettivi possa esplicitare effetti nell'esercizio del potere di licenziamento per scarso rendimento da parte dell'azienda. Secondo gli orientamenti giurisprudenziali più attuali, infatti, il datore di lavoro deve dimostrare non solo il mancato raggiungimento degli obiettivi, ma anche che ciò deriva da un negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore.

Tale nuova previsione, infatti, viene ad ampliare e ad aggravare la violazione del dovere di diligenza, il che potrebbe dare il "*la*" al datore di lavoro per un licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Diversamente dagli orientamenti tradizionali, infatti, se come nel lavoro agile viene specificamente pattuito che il lavoratore debba raggiungere determinati obiettivi, il datore di lavoro potrebbe limitarsi ad invocare il mancato raggiungimento di essi ricadendo sul lavoratore l'onere di dimostrare il contrario.

Il nuovo assetto del rapporto di lavoro agile, quindi, spinge la subordinazione verso l'autonomia ed è contraddistinto da un'assunzione di rischio da parte del lavoratore agile, il quale vedrà valutata la propria prestazione in base agli obiettivi raggiunti.

Il lavoro per obiettivi, secondo logiche di risultato e di autodeterminazione, proprie della opposta categoria del lavoro autonomo¹⁶, pertanto, nelle intenzioni del legislatore rappresenta un superamento del lavoro subordinato in termini di obbligazione di mezzi, con la conseguenza che la prestazione di lavoro verrà esaminata ora anche (o soprattutto) per i risultati

¹⁶ DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in Tullini (a cura di) *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 82-84.

conseguiti, secondo una valorizzazione della professionalità, delle competenze e dell'apporto del singolo alla creazione di valore per l'impresa. Ciò in quanto la prestazione lavorativa viene esentata dal coordinamento spazio/temporale con l'organizzazione aziendale nel senso tradizionale, avvicinandosi maggiormente alla continuità della prestazione di lavoro, in tal modo venendo così ad assumere i connotati della prestazione autonoma.

In questo modo si vorrebbe realizzare quel *change management* volto a sviluppare una nuova cultura organizzativa, in cui la prestazione lavorativa non è più basata sul tempo e sul controllo del lavoratore, ma sui risultati, sulla produttività e sulla fiducia.

Ora, se la soluzione adottata dal legislatore è il frutto di una presa di coscienza del fatto che l'impresa è in trasformazione e che l'organizzazione del lavoro è oggi mutata, soprattutto sotto il profilo della allocazione geografica e dei tempi dell'apporto di lavoro all'organizzazione produttiva del datore, è anche vero che ciò determina la necessità di operare una rimeditazione più profonda, certo non semplice e certamente ad oggi non ancora compiuta, della nozione tradizionale di subordinazione nella sua declinazione di lavoro agile¹⁷, se non addirittura, ma l'obiettivo è alto e il percorso da fare ancora estremamente lungo, dell'intero lavoro.

1.1. Organizzazione del lavoro prima dello smart working

Nell'attuale fase, di pandemia da *Corona Virus Disease* (noto come Covid-19 o, secondo la nuova classificazione, SARS-CoV-2), di grande disorientamento e incertezza, con una drammatica esperienza globale di paura e preoccupazione, siamo stati catapultati in un futuro che credevamo molto lontano: quello in cui moltissime persone lavorano (e insegnano), nel settore pubblico e in quello privato, al *computer/tablet/smartphone*, distanti fisicamente dai luoghi di lavoro, da colleghi, fornitori/clienti, studenti, ecc., ma *iper*-connesse attraverso la rete di Internet.

¹⁷ FAILLA, *Job Act autonomi e smart working: "specchio dell'evoluzione sociale"*, in *Quotidiano Ipsa*, 8 aprile 2017.

L'inedita e cupa situazione di emergenza sanitaria che stiamo vivendo ha introdotto negli ambienti di lavoro una nuova categoria di potenziale rischio da agente biologico (ai sensi dell'art. 268, D.Lgs. n. 81/2008), completamente diverso rispetto a quelli sinora conosciuti, a causa di un microrganismo invisibile, sconosciuto e subdolo che si intrufola dappertutto e persiste a lungo sulle superfici contaminate. Tale rischio di infezione per la persona ci costringe a modificare le modalità di lavoro e di vita, ricercando, ove possibile, un distanziamento nella vita quotidiana (lavorativa e sociale) in funzione della cura dei corpi; distanziamento fisico reso possibile dalle tecnologie che permettono di restare in relazione, o meglio in rapporto (anche di lavoro), senza prossimità, cioè a distanza.

Già nella fase 1 - della prima emergenza e del blocco delle attività, cioè della preminenza delle preoccupazioni sanitarie - fra le misure igieniche per prevenire e contrastare la diffusione del Covid-19 ha assunto una centralità inedita il lavoro eseguito fuori dai luoghi di lavoro, *rectius* in quarantena casalinga. Il lavoro in modalità a distanza, per le sue caratteristiche di isolamento e distanziamento, costituisce una cura non farmacologica efficace per proteggere la salute delle persone che continuano a lavorare.

Nell'attuale fase 2, le preoccupazioni sanitarie incrociano quelle economiche, con la parziale e progressiva riattivazione delle attività produttive e lavorative, in coesistenza con il rischio *virus*. In questo sfondo, il lavoro a distanza fisica (ove utilizzabile), calato in un contesto di concorrenza globale, continua ad essere l'antidoto preferito contro il contagio, quale strumento di prevenzione e precauzione utile e modulabile, senza i costi degli ammortizzatori sociali o dell'integrale perdita della retribuzione.

La modalità di lavoro non in presenza è resa possibile grazie all'utilizzo di dispositivi informatici (stando ai dati delle vendite, con una rivincita del *personal computer* rispetto a *tablet, smartphone, phablet*, ecc.), di piattaforme digitali (*Zoom, Teams, Meet, Hangouts*, ecc.) e dell'ecosistema della comunicazione. È vero, questi artefatti tecnologici erano già a nostra disposizione, ma - per varie ragioni (*in primis* di cultura aziendale e digitale) - la loro possibilità di desincronizzare e flessibilizzare l'attività lavorativa rispetto ad un posto e un orario fisso risultava sottoutilizzata.

Prima dell'emergenza Covid-19, l'intima connessione tra forme di lavoro digitale e attività lavorativa a distanza è rimasta sullo sfondo nella normativa italiana sia del settore pubblico, sia di quello privato, seppur la contrattazione collettiva ha coltivato significative sperimentazioni nelle grandi aziende tecnologicamente più avanzate. Così nell'interpretazione della legge non emerge con evidenza la consapevolezza che l'innovazione tecnologica - con un processo circolare - cambia radicalmente l'organizzazione del lavoro e della produzione, nonché il modo in cui si lavora, e ne è a sua volta condizionata. La rivoluzione digitale e l'automazione scompongono e ricompongono i processi lavorativi alimentando l'esigenza di sperimentare forme nuove di regolazione del lavoro, con una maggior rilevanza *del "cosa"* il lavoratore fa - rispetto al *"dove"* e al *"quando"* lo fa - con ricadute pure sull'identità professionale di *"chi"* lo fa.

La pandemia, quale *"fulmine a ciel sereno"*, ha dato luogo ad una forte discontinuità che ci ha trovato del tutto impreparati. La complessa situazione di emergenza travolge e stravolge l'attuale organizzazione dei luoghi e dei tempi di lavoro in molte attività economiche e sull'intero territorio nazionale, determinando una sorta di accelerato processo di alfabetizzazione digitale coatta. Data la natura dell'epidemia, la contaminazione delle modalità digitali di lavoro si diffonde a livello globale. Così l'impatto dell'attuale crisi mette in discussione il punto di vista con cui guardare il valore e il ruolo del lavoro nel futuro, insomma è un fatto di grandi cambiamenti nel mercato del lavoro che può disegnare una vera e propria faglia nella formazione del diritto del lavoro. Il vortice del cambiamento, nell'immediato, con la forza delle cose influenza il *modus operandi* e la mentalità di ogni persona (nei diversi ruoli di datore, lavoratore, consumatore) a cui è chiesta una riprogettazione e una visione diversa, anche ambientale. Non è chiaro *cosa* resterà come lascito strutturale e sistemico della pandemia¹⁸, quali tracce emergeranno per disegnare il futuro del lavoro, ma di sicuro queste dipenderanno anche da *come* è gestita, vissuta e percepita l'attuale fase di emergenza.

¹⁸ CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in corso di pubbl. In precedenza sulle traiettorie verso il futuro v. Id., *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediale legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 4, 1005.

Come segnalato, l'eccezionale spinta alla digitalizzazione del lavoro, a livello globale, non proviene dal fronte tecnologico che stavamo monitorando (con forte preoccupazione per la tenuta dell'occupazione), bensì dall'imprevedibile (ma non per i virologi!)¹⁹ emergenza della pandemia da coronavirus, veicolata in tutto il mondo dalla rete logistica mondiale. Il *boom* del lavoro a distanza è spinto, quindi, non dall'avanzamento della tecnologia, bensì dalle paure primordiali per la salute della persona e dall'esigenza di ridurre la presenza nei luoghi di lavoro; paura, questa, trasportata dalla Cina al resto del mondo, in tempo reale, per via dell'altra rete tessitrice della grande trasformazione, quella digitale. Non c'è dubbio, la reazione istintiva di fronte alla paura del contagio è quella della disconnessione fisica, del richiudersi negli spazi limitati sicuri e protetti, a partire dalla propria casa.

Ma la paura per la salute non viaggia sola, è accompagnata da quella per l'economia, cioè dalla preoccupazione di salvaguardare, nel contempo, l'attività lavorativa. Non a caso, l'emergenza sanitaria si è già trasformata in crisi economica e sociale. Se così è, accanto alla curva dei contagi dobbiamo studiarne altre due, con effetti anch'essi potenzialmente letali: la curva di resistenza dell'economia e quella della tenuta sociale del Paese²⁰.

Emergono così le forze opposte dell'emergenza: davanti alla paura del contagio, l'essere umano cerca la disconnessione fisica rifugiandosi nel luogo più familiare; dinanzi al timore della disoccupazione, la persona cerca la connessione sociale facendosi raggiungere ove possibile, dal proprio lavoro dentro le mura di casa. Tali forze opposte di disconnessione (fisica)/connessione (lavorativa) trovano una conciliazione, temporanea, nel rifugio del lavoro a distanza dal proprio domicilio.

Il lavoro da remoto, con un balzo veloce e impensabile, da provvedimento marginale nella vita aziendale (meno di 600.000 posti) è diventato in poco tempo del tutto centrale (si stimano 6 o addirittura 8 milioni di lavoratori da casa), a testimonianza di una notevole reattività e straordinaria resilienza del sistema

¹⁹ QUAMMEN, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, Milano, 2013, a conferma che la pandemia era largamente annunciata e del tutto prevedibile in un mondo "fuori controllo" e globalizzato.

²⁰ Per ora, l'emergenza non pare trasformarsi anche in crisi politica, ma se aumenta la percezione sociale che non si adottano opportune misure è probabile che quello sarà il passaggio successivo.

italiano, nonostante i noti problemi strutturali. Non c'è dubbio, però, che il lavoro (e la socializzazione) da remoto è resa possibile dalle opportunità offerte della tecnologia e dalla sua presenza reticolare nel vissuto della realtà quotidiana (famiglia, lavoro e scuola) non soltanto dei "nativi", ma anche degli "immigrati" digitali. Da qui, l'emersione di un importante effetto retroattivo, con riflessi positivi e negativi: il fattore propulsivo dell'emergenza che si manifesta nell'accelerazione di utilizzo delle tecnologie, sperimentandone usi anche imprevisi, dato che il digitale rompe di fatto il vincolo spazio-temporale di molte attività, non solo di tipo professionale.

La paura del contagio sta accelerando, in maniera forzata e drastica, le possibilità di utilizzo per tutti delle tecnologie disponibili²¹ e alle crescenti possibilità di interconnessione tra cose e persone. Le nuove esperienze e memorie collettive di vita vissuta (lavoro a distanza, video conferenze, didattica a distanza, acquisti *on line*, ecc.) cambiano mentalità e abitudini esistenziali e lavorative lasciando lasciare tracce profonde nel modo di abitare il mondo e il lavoro del futuro.

Questa convivenza forzata, figlia del bisogno di sicurezza, con le utilità delle tecnologie di distanziamento (*senza "se", ma con molti "ma", visto il degradarsi delle forme di socialità e di identità*) può comunque aiutarci a comprendere le loro caratteristiche essenziali e le implicazioni che derivano dall'utilizzo su larga scala. Da qui la possibile rivoluzione nel modo non solo di lavorare, ma anche di pensare e disegnare il lavoro, rafforzando le traiettorie sostenibili della straordinaria e dirompente potenza (a costi calanti) dell'innovazione digitale. La tecnologia apre, quindi, inedite potenzialità e scenari di sviluppo, anche per il capitale umano, per una nuova visione manageriale e di relazioni industriali, se ed in quanto impareremo ad affrontarla con una cassetta degli attrezzi in parte diversa da quella novecentesca.

Paradossalmente, la tecnologia, mentre alimenta preoccupazioni per i possibili effetti distruttivi del lavoro umano in azienda, ci aiuta a conservare il lavoro, in ambiente casalingo. L'innovazione tecnologica, vissuta in negativo

²¹ DIAMOND, *Armi, acciaio e malattie. Breve storia del mondo negli ultimi tredicimila anni*, Torino, 1998, 13.

come rischio di perdita del lavoro, viene rovesciata in positivo, quale misura di prevenzione della salute e di conservazione dell'attività lavorativa. La tecnologia, quindi, offre straordinarie opportunità, ma anche nuovi rischi ed esigenze di tutela della persona che lavora a distanza nel mondo a parte della rete di Internet in cui evapora il confine tra dentro e fuori dallo schermo, tra (tempo e luogo di) lavoro e non lavoro. È facile prevedere che, nelle azioni di rilancio e ricostruzione *post-virus*, anche in conseguenza del ricambio generazionale, il digitale farà la differenza: le tecnologie disegneranno la nuova architettura per l'economia, per l'organizzazione del lavoro, nonché per la vita quotidiana, con una linea d'ombra sfumata (se non una crescente ibridazione) tra *off* e *on line*, come sintetizza il paradosso dell'identità "*onlife*"²².

Il lavoro da remoto presumibilmente costituirà una forma importante di lavoro, se non una pratica comune, nel settore pubblico e privato, in quello dipendente e in quello autonomo, anche libero professionale. Si tratta di una concreta e intrigante possibilità di lavorare, ma solo per chi può farlo a distanza e soltanto con certe cautele. Come intuibile, non tutte le attività economiche possono essere svolte *in toto* con modalità di lavoro agile: importanti servizi essenziali non sospesi (*in primis* sanità, assistenza e trasporti) e importanti settori produttivi da riaprire (ad esempio: produzione manifatturiera, edilizia, e lo stesso commercio a meno che non vi sia una conversione all'*on line* assistito) presentano una bassa fattibilità di *smart working*.

Per la mappatura delle cautele del lavoro a distanza bisogna apprendere e trasformare le difficoltà della sperimentazione necessitata e forzata dell'emergenza in un monito per far emergere le regole per rendere il lavoro veramente agile, nel senso pieno della parola, cioè sostenibile per datori e lavoratori, spesso lavoratrici.

Per cogliere le caratteristiche e le eredità del lavoro agile al tempo del coronavirus, è necessario prendere le mosse dalla disciplina previgente di lavoro a distanza, anche in quanto questa è destinata a ritornare la *regola* rispetto all'*eccezione* del periodo di emergenza.

²² FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 12. Molto stimolante anche la lettura di BALDWIN, *La grande convergenza. Tecnologia informatica, web e nuova globalizzazione*, Bologna, 2018, 11.

Come noto, l'antenato prossimo del lavoro agile è il telelavoro del decennio '90, a sua volta, parente lontano del lavoro a domicilio degli anni '70. Le tre varianti di lavoro a distanza prevedono modalità flessibili di occupazione che mettono in crisi contemporaneamente due indicatori tradizionali della subordinazione ritenuti "naturali": il luogo (entro il cemento del perimetro aziendale) e l'orario (entro le sequenze temporali unitarie e sincronizzate) di lavoro e di non lavoro dell'organizzazione sociale dell'impresa.

Non a caso, già la L. n. 877/1973 qualifica la subordinazione del lavoratore a domicilio "in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 c.c." e il telelavoro viene disciplinato (dalla legge, dall'autonomia collettiva e individuale) come una tipologia diversa dalla normalità. La *querelle* sulla destrutturazione della subordinazione non è quindi una novità del lavoro agile, seppur il legislatore la tacita inglobando l'agilità dentro il contenitore legale della subordinazione *ex art. 2094 c.c.*, quale modalità di lavoro che fornisce risposte alle sfide di un aumento dell'autonomia e della responsabilità del lavoratore. Quello che è sicuramente cambiato nell'evoluzione della disciplina del lavoro a distanza è il contesto economico-sociale e, soprattutto, tecnologico di riferimento: dapprima meccanico, poi analogico e ora digitale. Quest'ultimo si differenzia dai precedenti per le potenzialità trasformative delle innovazioni, il tipo e la velocità del cambiamento.

Non c'è dubbio, il lavoratore subordinato che "*auto-organizza*" tempo e luogo dell'attività lavorativa e che lavora per obiettivi o progetti ricorda il prototipo del lavoratore a domicilio "*a cottimo*", anzi diventa, di fatto, molto simile al lavoratore autonomo, data anche l'eventualità di una traslazione di una parte del rischio di impresa dal datore al lavoratore, con possibili conseguenze di ibridazione o di osmosi delle nozioni giuridiche fondanti la separazione binaria delle monolitiche categorie tradizionali del nostro diritto del lavoro (subordinazione *versus* autonomia).

Secondo la narrazione prevalente, il telelavoro non ha attecchito - sia nel pubblico sia nel privato - per la sua regolamentazione troppo complicata e rigida. Ritengo, invece, che la resistenza principale dipenda dalla forza delle cose: il ritardo tecnologico, l'età del personale sempre più avanzata e l'inadeguata

formazione digitale, e soprattutto la cultura organizzativo-manageriale modellata sull'immagine novecentesca della fabbrica fordista con le sue rigidità e i controlli verticali di luogo e orario di lavoro. Salvo casi eccezionali - di lavoratori, spesso lavoratrici, "*fragili*" per ragioni di cura dei figli e/o assistenza degli anziani, ovvero di disabilità - ha prevalso su ogni altra innovazione la mentalità del lavoro dentro "l'ufficio-fabbrica", cioè a contatto fisico con la comunità aziendale. Pur avendo avuto una modesta diffusione, la regolamentazione del telelavoro resta, tuttavia, un'importante pietra di paragone per i nuovi modi di lavorare.

La normativa che per prima ha disciplinato il lavoro agile in Italia - noto all'estero e in molti contratti collettivi come *smart working* (o telelavoro o lavoro da casa) - è entrata in vigore dal 14 giugno 2017, a seguito della L. 22 maggio 2017, n. 81, c.d. "Statuto dei lavori", recante "*Misure (...) volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*"²³. Il Capo II regola, con 6 articoli (18 ss.), in modo organico seppur scarno, il lavoro agile quale variante di lavoro subordinato, assecondando - ma soltanto in parte - tendenze già emerse in alcuni contesti produttivi e spesso recepite nella negoziazione collettiva del settore privato (per lo più: di livello aziendale, nelle grandi imprese, specie multinazionali). Il lavoro agile permette, mediante accordo tra le parti individuali, di far 'vibrare' lo spazio e il tempo nel rapporto di lavoro subordinato oltre i vincoli tradizionali, lavorando anche per obiettivi o progetti, con conseguente misurazione e valutazione sul risultato raggiunto (cioè sull'apporto del singolo alla creazione di valore per l'impresa) piuttosto che in base ai parametri classici, quali l'ora di lavoro fissa e la presenza fisica nei locali aziendali.

²³ GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University Press, 2018, 345 ss.; ZILIO GRANDI - BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, 461 ss.; PERULLI - FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 165 ss. (ed *ivi* segnalo il contributo di PESSI - FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, 227); VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018. Cfr. inoltre SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018; SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, 2018; OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, 125 ss.; RICCI, *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 3; CAIROLI, *Il lavoro agile*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Omnia*, Torino, in corso di pubbl.; nonché gli ulteriori contributi segnalati nelle prossime note. V. anche DAGNINO - MENEGOTTO - PELUSI - TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2107*, Adapt University Press, 2017.

Da qui l'esigenza di programmare l'utilizzo del lavoro agile in un contesto organizzativo diverso, di *project management*, integrato con le tecniche del *change management*, con idonea informazione, condivisione e formazione di dirigenti e dipendenti.

Per effetto delle tecnologie digitali ci troviamo quindi di fronte a nuovi indicatori di una subordinazione "*agile*" più leggera ma dilatata, caratterizzata da attenuazione della soggezione, da immissione di dosi di autonomia e di autogestione, con una crescente responsabilizzazione del lavoratore sui risultati all'interno dei confini della nozione giuridica di subordinazione e con una probabile maggiore incidenza della retribuzione di risultato.

Rispetto al modello social-tipico di lavoro subordinato, la principale innovazione della disciplina legale - figlia della regolamentazione del telelavoro nel settore privato²⁴ - risiede nella valorizzazione *dell'autonomia individuale* per la definizione "*dell'ossatura dell'intero rapporto*" di lavoro agile. La legge punta tutto sull'"*accordo tra le parti*", cioè tra datore e singolo lavoratore (c.d. "*patto di agilità*"), quale clausola accessoria che veicola un implicito patto di fiducia tra i contraenti (art. 18, comma 1, L. n. 81/2017); prevedendo la possibilità di risolvere il medesimo accordo senza obbligo di giustificazione, salvo il rispetto del termine di preavviso (art. 19, comma 2, L. n. 81/2017).

La scelta di affidare la regolazione della prestazione lavorativa all'autonomia privata individuale - seppur appaia coerente con la tendenza all'individualizzazione dei rapporti di lavoro in funzione delle specifiche esigenze della persona che lavora e della concreta realtà organizzativa - non tiene conto, tuttavia, sia dei possibili condizionamenti in concreto della libera volontarietà del soggetto parte debole del rapporto di lavoro (in assenza di una rete di garanzie per la genuinità del consenso), sia dell'importante e prezioso ruolo della contrattazione collettiva (non solo di anticipazione delle regole legali, ma pure) di riequilibrio dello squilibrio contrattuale. Quindi la negoziazione collettiva opera in condizioni di "semi-clandestinità", essendo autorizzata ad intervenire solo in virtù della libertà sindacale.

²⁴ MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali*, cit.

Da qui il tentativo dei lavoristi di ricercare, fra le pieghe e gli echi della normativa, il rinvio "*perduto*" alla regolamentazione *collettiva* del lavoro agile²⁵, per es. coltivando gli effetti del rinvio legale (implicito) ad essa veicolato dal limite della durata massima dell'orario di lavoro. In tale direzione, una spinta indiretta deriva dagli incentivi per le misure di c.d. "*welfare aziendale*" concordate a livello aziendale. Tale misura, dando per presupposto che l'agilità incide sulla produttività del lavoro, "*realizza in forma inedita una sorta di monetizzazione del valore della flessibilità (...) esprimendo in chiari termini l'equazione flessibilità-produttività*". La negoziazione sindacale a livello di categoria, invece, si è impegnata nell'opera di adattamento delle previsioni contrattuali in materia di telelavoro o viceversa nella ricerca di una netta ripartizione tra le fattispecie di telelavoro e lavoro agile, o ancora in termini di mero rinvio alle previsioni legislative²⁶.

Il lavoro agile è disciplinato non quale nuova tipologia negoziale, bensì quale particolare "*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato (...) senza precisi vincoli di orari o di luogo di lavoro*", con una prestazione eseguita "*in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa*" (art. 18, comma 1, L. n. 81/2017). Nella fase *ante-emergenza*, il lavoro agile era utilizzato in alternanza, di regola, all'esterno soltanto per uno o due giorni alla settimana.

Tale disciplina risulta applicabile, in modo espresso, anche al settore pubblico privatizzato (art. 18, comma 3, L. n. 81/2017), con alcune cautele per garantire il fisiologico adattamento alle diverse esigenze dell'assetto organizzativo della pubblica amministrazione. Risalta, qui come nel settore privato, l'assenza di qualsiasi richiamo (e ricorso) al contratto collettivo, nonostante lo spiraglio dell'art. 40, D.Lgs. n. 165/2001.

Per il prosieguo dell'analisi, va rilevato che la disciplina del lavoro a distanza, *ex* L. n. 81/2017, racchiude una coppia di obiettivi ben visibili nella trama legale. Primo, nel lavoro pubblico e privato, di "*agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*" dei dipendenti (art. 18, comma 1), con priorità per la cura dei figli piccoli o disabili (art. 18, comma 3 *bis*, aggiunto dall'art. 1, comma

²⁵ RECCHIA, *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in D. Garofalo (a cura di), *op. cit.*, 380 ss.

²⁶ Cfr. VI Rapporto Adapt, *La contrattazione collettiva in Italia* (2019), cit.

486, L. n. 145/2018) e possibilità di prevedere il diritto al *lifelong learning* (art. 20, comma 2). Secondo, nel privato "*di incrementare la competitività*" (art. 18, comma 1) e nel pubblico "*di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e realizzare maggiori economie di gestione*" (anticipato nell'art. 4, L. n. 191/1998); in entrambi i casi, con l'aspettativa di una riduzione dei costi dell'assenteismo, degli spazi lavorativi e, più in generale, di risparmi per il datore di lavoro (costi per luce, riscaldamento, mensa /affitto del locale -io) connessione internet, missioni e trasferte, ecc.)²⁷ e per il lavoratore (costo e *stress* del raggiungimento del luogo di lavoro per qualche giorno al mese). Come svelano già le prime sperimentazioni, la doppia *intentio* menzionata dal legislatore potrebbe essere arricchita da quella di sostenibilità ambientale: in una realtà territoriale come quella italiana (vuoi di piccoli comuni montani, vuoi di metropoli), lo *smart working* potrebbe migliorare la mobilità, riducendo il traffico e l'inquinamento.

Così il lavoro agile alimenta grandi aspettative (specie nelle P.A.): se ben organizzato e gestito, potrebbe rendere diverso il rapporto di lavoro, migliorare il clima tra azienda e lavoratori, valorizzando il lavoratore come protagonista dell'innovazione in un'ottica di risultati specifici e misurabili e forse anche di partecipazione.

Nei primi tre anni di applicazione della normativa, tuttavia, resta del tutto sbiadita e sullo sfondo l'idea più innovativa veicolata dalla legge, specie se questa viene letta con gli occhiali del giurista tradizionale. La nuova sfida è quella di declinare in modo diverso il valore e la dimensione identitaria (e ambientale) della prestazione di lavoro agile, attribuendo un senso differente e plurimo alla sua "*modalità di esecuzione*", passando dalla rilevanza dell'orario di lavoro e della presenza fisica in ufficio ad un approccio in termini di programmazione su obiettivi di lavoro cognitivo, professionalizzato e collaborativo, nel contesto di una trasformazione dell'organizzazione aziendale: in sintesi dalla azienda c.d. "*orologio*" a quella c.d. "*organismo*"²⁸. Solo che tale idea presuppone un

²⁷ GAROFALO, *Produttività, efficienza e lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 399 ss.

²⁸ BUTERA, da ultimo, *Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell'Italia che vogliamo*, Venezia, 2020,

cambiamento non soltanto produttivo e tecnologico, ma pure strutturale (per colmare il *digital divide* e per formare il capitale umano) e soprattutto culturale (inclusa la dimensione psicologica), di *manager* consulenti, lavoratori e sindacati che ancora manca nella maggioranza delle aziende e delle amministrazioni pubbliche del nostro Paese.

Chi coltiva una prospettiva interdisciplinare, nel lavoro agile intravede - ma solo in controluce o nelle imprese più avanzate - bagliori di un cambio di prospettiva, con un ripensamento generale delle modalità di svolgimento e di organizzazione della prestazione lavorativa in termini di maggiore flessibilità, complessità, autonomia e quindi responsabilità/collaborazione del lavoratore.

2. *Smart working in Italia nella dimensione della quarta rivoluzione industriale*

Ricostruito lo stato dell'arte *ante*-coronavirus, per inoltrarsi nell'attuale contesto è opportuna una mappatura del fitto susseguirsi ("*a getto continuo*") e stratificarsi a-sistematico (a volte con sovrapposizioni, sostituzioni parziali, refusi e ambiguità lessicali) di frammenti di regolamentazione del lavoro agile, nel settore privato e pubblico, quale prima misura precauzionale e di prevenzione *anti*-contagio stabilita nei provvedimenti di emergenza per Covid-19, ribadita con forza nel Protocollo sicurezza e nelle linee guida dell'INAIL²⁹.

La ricognizione richiede una premessa - su finalità, caratteristiche e contesto normativo - che consenta di inquadrare la portata della nuova figura speciale di lavoro agile.

Al di là delle delicate questioni di rapporto tra le fonti, le disposizioni d'emergenza risultano tenute assieme da una doppia finalità pubblica di salute e di occupazione: favorire al massimo le attività lavorative "*a distanza*" (definite dapprima "*in modalità domiciliare*", poi di "*lavoro agile*" o di "*lavoro a distanza*"), in forma massiva e continuativa (con una *sub*-specie di agilità temporanea, ma a tempo pieno, senza alternanza), ovunque sia possibile, e renderlo operativo in tempi rapidissimi. In questa direzione, il lavoro agile è individuato dal Governo-legislatore quale strumento, valido ed efficace, per tenere assieme due diritti costituzionali (salute nell'art. 32, lavoro nell'art. 4) dato che consente di conciliare la prosecuzione dell'attività lavorativa (nella propria abitazione) con il mantenimento della distanza fisica per il contenimento del contagio nei luoghi di lavoro.

Nel contesto patologico, diventano quindi del tutto prioritari i nuovi obiettivi non soltanto di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, ma anche di sostegno alla continuità dell'attività lavorativa - in deroga al *factum principis*³⁰ - che giustificano deroghe significative allo svolgimento del lavoro agile rispetto

²⁹ Cfr. INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, approvato dal CTS nella seduta n. 49 del 9 aprile 2020, in <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-rimodulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.pdf>.

³⁰ DE MARINIS, *Obbligazione di lavoro ed emergenza epidemiologica*, e L. Foglia, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, entrambi in A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, ed. LPO, e-book, 2020, rispettivamente 23, 28.

alla normativa del 2017. A partire dal suo elemento essenziale, costituito dall'accordo tra le parti, tanto da far dubitare del corretto utilizzo dell'aggettivo "*agile*" ad una modalità lavorativa unilateralmente imposta, quindi *facilmente* e rapidamente utilizzabile da casa, per effetto dell'esercizio dello *jus variandi* datoriale. Il lavoro agile presuppone, a monte, una trasformazione del modello organizzativo e, a valle, una modifica del tipo di cooperazione (o diligenza) nella prestazione di lavoro. E qui sta il vero cuore pulsante del c.d. *change management*.

Infine, tutti i provvedimenti legislativi e amministrativi che citeremo rientrano nella cornice della dichiarazione dello "*stato di emergenza*" nazionale, deliberato dal D.P.C.M. 31 gennaio 2020 per la durata di sei mesi. Siamo quindi dentro ad un regime straordinario ed eccezionale di emergenza, della cui tenuta costituzionale si può discutere, ma non è questo l'ambito. L'attuale condizione è pacificamente riconducibile al significato inglese di "*emergency*", quale particolare momento critico per far fronte ad una situazione imprevista di grave pericolo che richiede provvedimenti eccezionali e interventi immediati. Siamo, quindi, in presenza di un lavoro agile "*d'emergenza*" o "*pandemico*", destinatario di regole eccezionali più volte estese nella loro durata sino a farle coincidere, in genere, con quella dello stato di emergenza (fino, nel momento in cui si scrive, al 31 luglio 2020). La stessa locuzione, tuttavia, veicola un significato ulteriore di "*riemersione*", di produzione di effetti diversi che possono tracciare piste nuove per la ricostruzione e ridefinizione del lavoro e dei modi di (con)vivere.

3. Definizione e principi dello smart working

Ciò premesso, la spinta iniziale all'utilizzo del lavoro non in presenza, quale prevenzione dell'ulteriore diffusione del *virus*, fa capolino nel D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito nella L. n. 13/2020), "*recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*", con il riferimento, rispettivamente, ad attività lavorative "*che possono essere svolte in modalità domiciliare*" e alle "*specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile*" (art. 1, comma 2, lett. n, o). Le coeve disposizioni attuative, racchiuse nell'art. 3 ("Applicazione del lavoro agile"), D.P.C.M. 23 febbraio 2020, dispongono l'incerta applicabilità "*in via automatica*" e, allo stesso tempo, "*provvisoria*" "*e anche in assenza degli accordi individuali*" relativi alle modalità di lavoro agile, "*ad ogni rapporto di lavoro subordinato*", nell'ambito dei Comuni sedi delle c.d. "*zone rosse*" di rischio, in via provvisoria, per soli "*quattordici giorni*" (art. 5). Due giorni dopo, il D.P.C.M. 25 febbraio (art. 2), specifica meglio la portata delle semplificazioni ed estende la previsione - sempre temporanea - (oltre alle c.d. "*zone gialle*", anche) ai datori e lavoratori connessi con (gran parte del) le Regioni del nord Italia: Lombardia, Emilia-Romagna, Piemonte, Liguria, Veneto e Friuli Venezia Giulia.

Dopo una settimana, il D.P.C.M. 1° marzo (artt. 2, 4, comma 1, lett. a) amplia tale possibilità all'intero territorio nazionale, con una procedura semplificata di caricamento massivo delle comunicazioni, per la durata dello stato di emergenza, determinando un impulso, rapido e diffuso, all'utilizzo del lavoro a distanza. Il *boom* è assecondato e rinforzato da vari decreti amministrativi: quelli del 4 marzo (art. 1, comma 1, lett. n), 8 marzo (art. 2, comma 1, lett. r), 11 marzo 2020 (art. 1, comma 7, lett. a e 10), 22 marzo 2020 (art. 1, comma 1, lett. a, c), 25 marzo (art. 1, lett. ff), 10 aprile (art. 1, lett. gg e ii), infine 26 aprile (art. 1, lett. gg e ii). Alcune Regioni hanno previsto forme di incentivazione economica per micro, piccole e medie imprese, in particolare per l'acquisto delle attrezzature

informatiche per agevolare la continuità dell'attività produttiva mediante modalità di lavoro agile³¹.

Con un crescendo, si prevede la sospensione delle attività produttive e la raccomandazione per le attività produttive e professionali (sospese e non) di attuare *"il massimo utilizzo (...) di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza"*. Nelle attività produttive ritenute *essenziali* (e quindi aperte), la modalità di lavoro agile è la preferita dato che il legislatore ne raccomanda il più ampio uso in tutti i contesti aziendali in cui ciò sia possibile; mentre in quelle attività produttive ritenute *non essenziali* (momentaneamente sospese), la modalità di lavoro agile è l'unica possibilità di prosecuzione dell'attività lavorativa. In tale fase, di c.d. *lockdown*, la regola di vita e di lavoro diviene, nel nome della salute, la limitazione della libertà di circolazione dei cittadini e della libertà di impresa.

Il ricorso al lavoro agile nelle Pubbliche amministrazioni - con una digitalizzazione dei processi di erogazione dei servizi per la collettività molto arretrata e in assenza di sperimentazione collettiva - arriva tardi, parte molto lento (e a macchia di leopardo, a seconda degli orientamenti di alcune amministrazioni), ma esplose a seguito dell'emergenza sanitaria, con una brusca "terapia d'urto" che potrebbe lasciare un significativo segno nell'organizzazione di gran parte del lavoro pubblico, *se non peseranno troppo le modalità anomale dell'attuale ricorso sostanzialmente ad una forma di lavoro da casa, con le proprie tecnologie e connessioni.*

Sulla scia dei citati provvedimenti, il ricorso al lavoro agile viene accelerato anche nel lavoro pubblico, con una rapida successione di atti normativi statali, con un crescendo (a partire dal cit. D.L. n. 6/2020) dell'ambito di applicazione e del *favor* per il lavoro a distanza³². La Ministra per la funzione pubblica dispone, dapprima con la (timida) Dir. n. 1 del 25 febbraio 2020, poi con quella (più decisa) n. 2 del 12 marzo (che sostituisce la precedente), aggiornata dalla Dir. n. 3 del 4 maggio 2020 un ulteriore rafforzamento del ricorso

³¹ Cfr., per es., la Delibera della Giunta Regionale Friuli Venezia Giulia 4 aprile 2020, n. 517 e avviso n. 5758 del 5 maggio 2020.

³² FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in Foro.it, 2020, 5, 511 ss.

al lavoro agile, definito quale *"modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa"* con l'obiettivo prioritario di includervi anche attività originariamente escluse per garantire la continuità dell'azione amministrativa.

Nella transizione fra la prima e la seconda fase - di graduale e lenta riapertura delle attività economiche sospese - il D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modd., nella L. 24 aprile 2020, n. 27), c.d. *"Cura Italia"*, interviene con disposizioni che, al momento, costituiscono lo sfondo normativo basilico del lavoro agile pandemico nel settore privato e pubblico. Per un verso, l'art. 39 inserisce criteri per rafforzare, nel privato, il diritto o la precedenza di accesso per soggetti particolarmente fragili (v. oltre). Per altro verso, l'art. 87 (rubricato *"Misure straordinarie in materia di lavoro agile..."*) specifica che *"il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni"* (comma 1)³³. Dato che per le P.A. non è prevista la sospensione dell'erogazione dei servizi, per il contenimento della situazione epidemiologica, il datore pubblico deve limitare la presenza dei dipendenti (e il loro spostamento) nei *"luoghi di lavoro"* come *extrema ratio*, esclusivamente per le attività che si ritengono *"indifferibili"* e che richiedono *"necessariamente tale presenza"* (anche solo per alcune giornate) in loco, anche in ragione della gestione dell'emergenza (lett. a); *"prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti"* dalla L. n. 81/2017 (lett. b).

Sempre per agevolare l'uso del lavoro a distanza - nonostante la L. n. 81/2017, non contempli in generale un obbligo del datore di fornire gli strumenti tecnologici - il comma 2 dell'art. 87, D.L. n. 18/2020, prevede che *"la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione"*; in tali casi, il datore di lavoro è esonerato dalla responsabilità della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici (di cui all'art. 18, comma 2, L. n. 81/2017). Infine le P.A. sono destinatarie di specifiche forme di accelerazione delle procedure di acquisto e di

³³ V. il monitoraggio del lavoro agile nelle P.A. in <http://www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-e-covid-19/monitoraggio-lavoro-agile>. Ivi anche le c.d. FAQ, le risposte alle domande frequenti per orientare l'uso del lavoro agile. Interessante il progetto *Lavoro agile per il futuro della PA*: v. il sito <http://www.amministrazioneagile.it> e la pagina Facebook <https://www.facebook.com/lavoroagilePA/>.

incentivazione economica per la fornitura di beni e servizi informatici e di servizi di connettività necessari per agevolare lo svolgimento del lavoro a distanza nel pubblico impiego (artt. 75 e 87 *bis*, D.L. n. 18/2020).

Al pari della normativa statale, le Regioni e le Province autonome hanno provveduto con propri atti regolamentari a promuovere il ricorso ordinario al lavoro agile, escludendo soltanto i dipendenti le cui mansioni sono strettamente correlate all'emergenza epidemiologica. Emerge, così, un nuovo modello normale di lavoro pubblico agile applicabile, come recita la norma, nell'ambito del perimetro dei pubblici impieghi, tracciato dall'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001. In teoria, la scommessa è azzeccata dato il tipo e la qualità del lavoro e dei servizi delle pubbliche amministrazioni; in pratica, la sua riuscita dipenderà da fattori strutturali e culturali, dai tempi, quantità e qualità del ricambio generazionale, nonché dagli investimenti in formazione continua a partire dal *management* pubblico.

Il D.P.C.M. 26 aprile 2020, nel disporre la riapertura di alcune attività, conferma: per le attività sospese la possibilità di *"proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile"* (art. 2, comma 2); per i datori pubblici l'obbligo e per quelli privati la preferenza per la modalità di lavoro agile (*"può essere applicata (...) a ogni rapporto di lavoro subordinato"*) nelle forme di deroga ma nel rispetto dei principi della L. n. 81/2017 (art. 1, comma 1, lett. gg); *"in ordine alle attività professionali si raccomanda che sia attuato il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile"* (art. 1, comma 1, lett. aa)³⁴.

Da ultimo, nella fase di progressiva riapertura è altamente probabile un utilizzo elevato del lavoro agile, anche per evitare la compresenza di tutti i lavoratori nelle sedi in cui riprende l'attività, pure nell'ottica di una rarefazione delle presenze, eventualmente limitate a pochi giorni alla settimana. Non sorprende, pertanto, che l'ultimo (per ora) mostruoso manufatto giuridico (più di 260 articoli e svariati allegati), D.L. 19 maggio 2020, n. 34, recante *"Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19"*, si occupi

³⁴ Secondo un'indagine sui modelli organizzativi di oltre 3 mila realtà tra commercialisti, consulenti e avvocati, realizzata dall'Osservatorio del Politecnico di Milano e anticipata dal *Sole 24-ore* (11 maggio 2020, 13), il lavoro da remoto è utilizzato in 2 studi su 3, ma è poco strutturato.

ancora di lavoro agile. Nel complesso, tuttavia, l'art. 90, dedicato al *"Lavoro agile"* nel pubblico e nel privato, e l'art. 263, contenente *"Disposizioni in materia di lavoro agile e per il personale delle pubbliche amministrazioni"*, del decreto c.d. *"Rilancio"* sostanzialmente confermano le disposizioni *"semplificate"* del lavoro agile di cui al D.L. n. 18/2020 (conv. nella L. n. 27/2020) fino alla fine dell'emergenza e anche oltre nel lavoro pubblico (ma entro il 31 dicembre 2020).

Le mini-novità del D.L. n. 34/2020 riguardano l'aggiunta, nel settore privato, di nuove ipotesi di diritto all'agilità per alcune tipologie di lavoratori (art. 90: v. oltre), l'integrazione, nel settore pubblico, di disposizioni sulle modalità organizzative del lavoro e dell'erogazione dei servizi rispetto alle esigenze dei cittadini e delle imprese, rinviando anche ad ulteriori decreti del Ministro per la P.A. (art. 263).

A questa fitta rete normativa, occorre aggiungere la raccomandazione prevista nelle linee guida del *"Protocollo condiviso di regolazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro"*, sottoscritto il 14 marzo 2020 e integrato il 24 aprile 2020, di avvalersi del lavoro dal proprio domicilio o a distanza ove possibile. Il legislatore pare attribuire rilievo a tale protocollo con l'allegazione al D.P.C.M. 26 aprile 2020. L'obbligo ivi previsto, di adottare e rispettare specifici protocolli di sicurezza *anti-contagio*, potrebbe costituire un modello per garantire la ripartenza in sicurezza delle attività produttive, inclusa l'enfasi ad utilizzare al massimo le modalità di lavoro agile e a ridurre la presenza nei luoghi di lavoro *"anche in forma alternata (...) facendo ricorso a specifici piani di alternanza e/o di rotazione"* (punti 8 e 22, capo VII, Protocollo).

La promozione del lavoro agile, come strategia aziendale di prevenzione e di precauzione sanitaria, traspare anche nel cit. documento tecnico n. 49/2020 dell'Inail sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro.

Infine, segnalo che la contrattazione collettiva, nella fase emergenziale, ha per lo più assecondato la traiettoria della semplificazione del lavoro agile o coltivato la *mission* quasi impossibile di distinguerlo dal telelavoro. In vista del ritorno alla nuova normalità l'autonomia collettiva, specie nei contratti aziendali,

potrebbe far emergere fili diversi per tessere la cornice di un lavoro genuinamente agile, cioè sostenibile.

3.1. Flessibilità di tempo e spazio

In sintesi, la legislazione di emergenza, per agevolare il lavoro agile - in modalità ordinaria nelle pubbliche amministrazioni, raccomandandone il massimo utilizzo nel lavoro privato - e per adattarlo alle finalità *anti-virus*, ne ha modificato, con deroghe temporanee, i requisiti e le modalità di accesso legali previsti dalla L. n. 81/2017, rendendolo molto più snello e semplificato. Riepilogo i profili derogatori del lavoro agile "*d'emergenza*", quale misura (obbligata o privilegiata) di allontanamento dal luogo di lavoro con la sua prosecuzione da casa:

a) Per intuibili ragioni di ordine pubblico sanitario, perde il requisito di *alternanza* tra prestazione interna ed esterna, seppur non è da escluderla per alcune attività specie con la progressiva riapertura delle attività economiche (per es. a rotazione o per le misure di prevenzione).

b) Per ragioni di accelerazione emergenziale - seppur con il rischio di alimentare occasioni di incertezze applicative - il lavoro agile viene attivato *senza l'obbligo di accordo* tra le parti sull'attivazione e sulla co-regolazione delle modalità dell'agilità (in pratica, con una disposizione unilaterale e discrezionale del datore sul *se e come* svolgere la prestazione da casa, senza necessità di consenso dello stesso lavoratore), perdendo quindi "*il suo tratto identitario, giuridicamente, volontaristico/consensuale e, fattualmente, di integrazione flessibile di spazio e tempo*"³⁵.

c) L'accelerazione è accompagnata poi dalla semplificazione degli adempimenti procedurali formali, con *comunicazioni* ai centri per l'impiego snelle

³⁵ CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit. Cfr. anche A.R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit.; ALESSI - VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 131 ss.

ma, dal 19 maggio 2020, con l'aggiunta (oltre alla data di inizio) della data di cessazione della modalità agile di lavoro.

d) Allo stesso fine, non è necessario lo "*specifico*" documento aziendale di informazione ai lavoratori e ai rappresentanti per la sicurezza sui *rischi* per la salute e sicurezza del lavoratore.

e) Il lavoro agile, anche nel lavoro pubblico, può essere effettuato con *strumenti* di proprietà o nella disponibilità del dipendente e quindi senza necessità di assegnarglieli e di assicurargli la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici (*computer*, connessione, ecc.).

f) Infine, l'attuale clausola di lavoro agile, per i suoi caratteri di specialità e di deroga, ha una durata a tempo *determinato*, condizionata al permanere dello stato provvisorio di emergenza sanitaria.

g) Le deroghe (provvisorie) alla disciplina della L. n. 81/2017, tuttavia, devono attuarsi nel rispetto dei "*principi*" dettati dagli stessi artt. 18-23: a partire dalle limitazioni temporali della prestazione lavorativa al diritto alla disconnessione (entrambi riconducibili alla tutela del riposo e della salute); nonché a tutti quei principi generali declinati dall'interprete, espressione di garanzie costituzionali e compatibili con l'assenza di un accordo individuale, avendo come riferimento il sistema normativo normale di gestione del rapporto di lavoro subordinato.

Al di là dell'etichetta legale, di fatto, il lavoro ridisciplinato dalla normativa d'emergenza più che una modalità di lavoro agile o di *smart working* assomiglia, per un verso, ad una forma classica di (tele)lavoro in blocco, per altro verso, ad una attività lavorativa eseguita a domicilio (o in qualsiasi dimora in cui si trovano, anche non abituale)³⁶; ma, come noto, il *marketing* legale funziona e quindi il nome attribuito, specie nella versione anglofona di *smart working* - evocativa di una modalità lavorativa non solo agile, ma pure intelligente o confortevole - suona più accattivante, con la speranza che la stessa parola ne agevoli la diffusione.

³⁶ TIRABOSCHI, *Un contributo alla gestione delle problematiche giuslavoristiche della emergenza da coronavirus*, in *Boll. Adapt*, 7, 17 febbraio 2020, 2; MENEGOTTO, *Coronavirus: trasferte, lavoro agile e telelavoro*, in *Boll. Adapt*, 7, 17 febbraio 2020, 4; MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *federalismi.it*, n. 872020, X

3.2. Utilizzo della tecnologia

Per evitare di considerare la seconda problematica - il diritto del lavoratore di rientrare nel luogo di lavoro, rifiutando l'accesso o la prosecuzione della modalità di lavoro agile - come una questione del tutto astratta, è necessario un approccio che cali l'esperienza concreta del lavoro agile nel complessivo contesto dell'emergenza pandemica.

Come noto, la situazione, straordinaria e del tutto eccezionale, di "*distanziamento sociale*" (c.d. *lockdown*) è stata caratterizzata da un insieme di misure di contenimento del rischio contagio, fra le quali ricordo non soltanto la chiusura dei servizi aperti all'utenza, delle attività produttive e commerciali non essenziali (ora, in via di riapertura), ma pure l'isolamento domiciliare (ora, in via di superamento) e il disagio familiare per la sospensione dei servizi socio-educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado³⁷ in tutto il Paese (D.P.C.M. 4 marzo 2020).

Quest'ultima chiusura per lo più permanente - a differenza di altri Paesi europei - con un rientro in classe di bambini e ragazzi rinviato (forse) a settembre 2020. Soltanto i servizi educativi per la prima infanzia riapriranno prima, ma è noto che la loro disponibilità è scarsa e mal distribuita. Ne deriva una forte impressione di scarsa sensibilità alle esigenze di custodia ed educative, alle difficoltà familiari e lavorative dei genitori di figli minori; genitori peraltro privati, per il rischio contagio, del prezioso supporto dei nonni, in particolare delle nonne. Essendo noto che, nella solitudine istituzionale delle famiglie italiane, le donne si fanno carico della maggior parte del lavoro di cura e domestico, il *lockdown* - seppur potrebbe costituire un'occasione per modificare i ruoli e gli squilibri tradizionali sui compiti di cura e domestici - rischia di aggravare le questioni di genere e la condizione femminile, in ambito sia familiare sia lavorativo. Da qui un'invisibile e preoccupante emergenza minori e famiglie più vulnerabili che respinge le donne nel ruolo di angelo del focolare domestico, troppo spesso pericoloso per rischi di violenza domestica.

³⁷ BROLLO, *Innovazioni nella didattica del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 2, 345 ss.

La pandemia, quindi, rischia di peggiorare ulteriormente la condizione femminile (specie con riguardo alla figura materna) in netto contrasto con le indicazioni, da ultimo, della Direttiva dell'Unione europea del 20 giugno 2019, n. 1158, di ricercare un equilibrio migliore tra vita familiare e vita lavorativa (da adottare, in larga misura, entro il 2 agosto 2022). Tale rischio conferma l'ambivalenza del lavoro agile che potrebbe risultare, nel contempo, uno strumento utile per liberare il potenziale dell'occupazione femminile.

L'emergenza sanitaria, inoltre, va calata nell'intollerabile e strutturale ritardo digitale del nostro Paese³⁸, sia per quanto concerne le reti di connessione (in attesa di una copertura uniforme di banda larga), sia per il basso livello di digitalizzazione di lavoratori e dirigenti/imprenditori. Tale situazione può generare una questione di *digital divide* sia tra persone/famiglie, sia tra territori o zone (anche all'interno dello stesso comune).

A conti fatti, l'indifferenza per la funzione educativa, per le esigenze di genitorialità e per il ruolo delle donne, intrecciata al *digital divide* del nostro Paese, rischia di allargare in modo esponenziale e intrecciare diseguaglianze di ogni tipo: educative, economiche e sociali.

Nonostante le prime indagini (parziali, riferite dai quotidiani) svelino un cauto apprezzamento di lavoratori e lavoratrici per la possibilità di lavorare all'esterno dell'azienda (anche quale naturale desiderio di sopravvivenza), la sperimentazione obbligatoria del lavoro agile - massivo e in modalità "*integrale*", cioè senza alternanza - che inchioda le persone nelle loro case può divenire insostenibile, specie se si tiene conto delle diseguaglianze dei luoghi e della densità dell'abitare. Quindi, bisogna essere consapevoli non solo dei pregi, ma anche dei difetti della sperimentazione coatta di lavoro da casa.

Molti datori - *in primis* le P.A. (anche per effetto dell'età media elevata di dirigenti e dipendenti) e le piccole imprese - sono resistenti al cambiamento e/o impreparati dal punto di vista tecnico, organizzativo e anche culturale ad affrontare la sfida del lavoro agile; sfida che implica un contesto e un clima di innovazione tecnologica e organizzativa. In molti casi, pertanto,

³⁸ Come segnala la Relazione nazionale sull'Italia relativa all'indice di Digitalizzazione dell'Economia e della Società (DESI) con il nostro Paese in posizione di coda (24° posto su 28 Paesi).

il lavoro agile forzato dall'emergenza è consistito in una mera duplicazione dell'attività lavorativa analogica trasferita nella rete digitale; questo ha generato tensioni e senso di inadeguatezza. Spesso il lavoro agile Covid-19 assomiglia da vicino al lavoro "*a domicilio*" (o, alla sua versione moderna, al "*cottimo digitale*") ovvero al "*telelavoro*" da casa, con i noti difetti.

Di più, la situazione attuale è peggiore dato che ora il lavoro non è solo a distanza dall'azienda, ma in stretta vicinanza con l'intera famiglia, nello stesso spazio domestico, contendendosi l'uso degli strumenti informatici e delle linee di connessione, con figli che gironzolano per le stanze, ecc. Per chi lo sta facendo, senza la necessaria progettazione, l'attuale modalità, di lavoro casalingo "*fai-da-te*", non è per niente "*smart*" (come suggerisce l'aggettivo che conferisce al lavoro casalingo un tratto di irremovibile positività): non è agile, intelligente o confortevole lavorare con difficoltà di accesso ad una rete sovraccarica, con un computer piazzato alla buona in una cameretta o in un angolo della cucina, con una postazione e illuminazione inadeguata, con una massima vicinanza delle diverse esigenze delle persone del nucleo familiare, con video conferenze ingestibili, spesso con una coda serale o notturna per avere "*campo*".

Al di là di certa retorica veicolata dalla diffusa etichetta di "*smart working*", la realtà attuale è di un telelavoro da casa stressante, faticoso (come segnalano i dolori da postura) e quindi non sempre produttivo; che mischia le dimensioni *online* e *offline* del lavoro, con una porosità del tempo di lavoro invasiva di quello personale; che cambia l'uso e la percezione dei luoghi deputati alla vita privata; che espone a crescenti rischi, anche per le aziende (per es. di pirateria informatica, aprendo falle nella rete di sicurezza casalinga).

3.3. *Fiducia e responsabilizzazione*

Riepilogando, il legislatore dell'emergenza disciplina in modo differente l'accesso al lavoro agile "*semplificato*" all'interno dei diversi settori e contesti lavorativi: nel lavoro *pubblico* è (o dovrebbe essere) la regola, quale modalità ordinaria (cioè, imposta alle stesse PA) di svolgimento della prestazione, con eccezioni nei casi in cui le mansioni siano correlate alla stessa emergenza ovvero nei casi in cui non sia possibile ricorrere ad esso (con l'elencazione legale della griglia di misure alternative); nel lavoro *privato*, è (oggi, era) l'unica modalità attivabile per le attività sospese, mentre è (tutt'ora) fortemente raccomandato negli altri casi, ovunque sia possibile dal punto di vista tecnico-organizzativo, anche in modalità di rotazione, facendo riemergere il principio di alternanza all'interno e all'esterno dei locali aziendali.

Lo stesso legislatore - consapevole dell'inesistenza nel settore privato di un diritto generale a lavorare da casa - disciplina, in tale ambito, casi particolari di *favor* per il lavoro a distanza per talune categorie di soggetti fragili: *i*) i lavoratori esposti al rischio contagio relativo alla loro persona o ai familiari; *ii*) i lavoratori genitori di figli pre-adolescenti.

i) Il comma 1 dell'art. 39, D.L. n. 18/2020 (conv., con modd., nella L. n. 27/2020), riconosce che i "*lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81*". Da qui il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro a distanza, se ed in quanto le caratteristiche della prestazione lavorativa siano compatibili con la modalità di lavoro agile. Il diritto spetta a due (sole) categorie di dipendenti: i lavoratori gravemente disabili, ex L. n. 104/1992; i lavoratori abili, ma che hanno nel loro "*nucleo familiare*"³⁹ una persona con disabilità connotata da gravità.

³⁹ La nozione di nucleo familiare è mutuata dal diritto tributario e risulta comprensiva, oltre alla famiglia anagrafica (art. 3, D.P.C.M. 5 dicembre 2013, n. 159), anche dei familiari fiscalmente a

Per il comma 2 della stessa norma, ai "*lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa è riconosciuta la priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile ai sensi degli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81*". Qui, la tutela della condizione di (minor) debolezza degrada la garanzia a mera precedenza laddove una singola posizione lavorativa sia gestibile da remoto e vi siano più potenziali candidati, con le note problematiche delle sanzioni applicabili in caso di mancato rispetto delle priorità.

Ai sensi del nuovo comma 2 *bis* dell'art. 39 (inserito in sede di conversione del decreto), l'applicazione di entrambe le disposizioni (diritto e priorità) viene estesa sia "*ai lavoratori immunodepressi*", sia "*ai familiari conviventi di persone immunodepresse*".

Segnalo che tali disposizioni del decreto "*Cura Italia*" per ora sono transitorie, ma ragionevolmente potrebbero essere consolidate nel futuro in una logica di c.d. "*accomodamenti ragionevoli*", come lasciano intravedere due pesanti indizi: la rubrica della norma "*Disposizioni in materia di lavoro agile*" e soprattutto il riferimento alla disciplina originaria del lavoro agile ("*articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81*"). Quest'ultimo, senza menzionare le deroghe, per un verso, può alimentare l'idea di un ritorno alla regolamentazione *pre-pandemica*, con una coda di problemi interpretativi ed applicativi per la riemersione della logica consensuale, anziché unilaterale della regolamentazione del lavoro agile; per altro verso, può supportare l'aspettativa di una permanenza della previsione.

ii) Il comma 1 dell'art. 90, D.L. n. 34/2020, riconosce il diritto al lavoro agile pandemico ("*anche in assenza di accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23*

carico, anche se non hanno la medesima residenza. Siccome la norma non richiede che il dipendente presti assistenza al familiare portatore di *handicap*, tenendo conto dello scopo delle norme di attenuare i rischi di contagio (che sono maggiori per chi coabita), si suggerisce una interpretazione restrittiva del campo di applicabilità della stessa, richiedendo la convivenza con tale familiare: SORDI, *Le disposizioni a favore dei lavoratori destinatari delle previsioni della Legge n. 104 del 1992*, in A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., 55 ss. Non a caso, il requisito della convivenza è espressamente previsto, dal comma 2 *bis* (aggiunto in sede di conversione del D.L. n. 18/2020) per i lavoratori immunodepressi e i loro familiari.

della legge 22 maggio 2017, n. 81") per ragioni di cura, custodia e assistenza alla formazione dei figli, limitato a coloro che soddisfano i seguenti requisiti: lavoratori/lavoratrici "*dipendenti*" del settore privato, quindi soltanto quelli con un rapporto di lavoro subordinato (anche a termine, a tempo parziale, somministrato, ecc.); "*genitore*" (anche adottivo, affidatario e con collocamento temporaneo di minori) di un figlio "*minore di anni 14*"; a condizione che, "*nel nucleo familiare*", l'altro genitore non sia "*beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa*" (per es. sospeso o in riduzione di orario per ammortizzatori sociali sia ordinari sia per Covid-19) o che non sia "*non lavoratore*" (cioè disoccupato o inoccupato).

Interpretando alla lettera quest'ultimo vincolo si deduce che il diritto al lavoro agile permane se *l'altro* genitore - quello non richiedente - sia lavoratore da casa: ad es., a sua volta, dipendente in modalità agile. Quindi entrambi i genitori possono chiedere il lavoro agile, in presenza delle altre condizioni. Ed ancora, il diritto al lavoro agile sussiste anche se l'altro genitore usufruisce dei congedi o *bonus* previsti dal decreto Cura Italia. E viceversa: la circostanza che un genitore (anche adottivo, affidatario e con collocamento temporaneo di minori) sia in modalità di lavoro agile da casa non impedisce all'altro genitore di fruire dei congedi parentali straordinari previsti dagli artt. 23-25, D.L. n. 18/2020, conv. in L. n. 27/2020, per il settore pubblico e privato⁴⁰. Di più, lo stesso genitore che lavora in modalità agile, al pari di tutti gli altri lavoratori dipendenti, ha diritto - per i figli di età (in questa ipotesi) non superiore ai 12 anni (con deroghe per il caso di figli con disabilità) - ai congedi parentali Covid-19, sino al 31 luglio 2020, per un periodo continuativo o frazionato comunque non superiore a 30 giorni, con un'indennità pari al 50% della retribuzione. Tali interpretazioni sono coerenti con l'idea che lo *smart working* - come il *part-time* - sia una misura ambivalente con una flessibilità "*a doppia senso di marcia*" (*pro-datore* o *pro-lavoratore*), non

⁴⁰ Nonostante la prevista fruizione "alternativa" del congedo da parte dei genitori. BATTISTI, *La specialità dei congedi e la ordinarietà dei bisogni*, in A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, cit., 59 ss.: definisce tali congedi un mero palliativo *una tantum*, poco conveniente e incapace di fornire alle famiglie un sostegno strutturale. V. anche VITALETTI, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020. V. anche LEONE, *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *questionegiustizia.it*, 21 marzo 2020. Interessanti rilievi anche nella circ. INPS n. 44 del 24 marzo 2020.

sempre riconducibile ad una funzione piena di conciliazione fra lavoro e attività di cura.

L'ultimo, scontato, vincolo fissato dal comma 1, art. 90, D.L. n. 34/2020, è che la modalità di lavoro agile "*sia compatibile con le caratteristiche della prestazione*" di lavoro, cioè con le mansioni assegnate al lavoratore. Il datore per rifiutare la domanda di lavoro agile dovrà motivare (e dimostrare) l'incompatibilità tra la mansione svolta dal lavoratore e lo svolgimento dell'attività lavorativa da remoto. Qui il lavoratore, per supportare la sua richiesta di lavoro agile, potrebbe utilizzare, a suo favore, una sorta di *repêchage* dell'agilità: cioè la dilatazione dello *jus variandi* introdotta dal *Jobs Act* a tutte le mansioni riconducibili "*allo stesso livello e categoria legale delle ultime effettivamente svolte*" (nuovo comma 1, art. 2103 c.c.).

In tale direzione, segnalo il grado di salienza e la portata emblematica delle previsioni legali verso la spinta all'emersione (nella pandemia e presumibilmente nel dopo) di pretese da parte del lavoratore all'accesso o alla permanenza in modalità di lavoro agile, quale declinazione della tutela della salute e del benessere.

Se nei primi tre anni di applicazione della disciplina, il lavoro agile *pre*-pandemico è risultato invisibile nei repertori, quello *post*-pandemico sta emergendo, con urgenza, e attivando un dialogo con il diritto vivente giurisprudenziale destinato a lasciare tracce di nuove garanzie per la persona che lavora oltre l'emergenza.

Nel contesto della pandemia, nel lavoro privato, l'accesso e le concrete modalità di lavoro agile sono rifluite nell'alveo delle iniziative unilaterali del *management* aziendale, spesso disciplinate con regolamenti, *policy* o prassi, al più validati dagli organismi sindacali aziendali. In pratica, la decisione ricade nel perimetro dello *jus variandi* datoriale alimentando questioni qualificatorie relative a due situazioni differenti: *a)* il rifiuto del datore di accettare la richiesta di lavorare da casa; *b)* il rifiuto del lavoratore di adempiere all'ordine di lavorare all'esterno, con la pretesa di una prestazione all'interno dei locali aziendali.

a) Per la prima questione, la pretesa del dipendente del settore privato di usufruire del lavoro agile - nelle fattispecie, in alternativa alla sospensione della

prestazione (disponibili per legge o per contratto) - e il rifiuto (ingiustificato) del datore ha trovato riscontro positivo in due ordinanze, coeve, *ex art. 700 c.p.c.*

Sebbene le pronunce siano riferite entrambe a fattispecie di invalidità del prestatore di lavoro (e in odore di discriminazione), ci si può attendere un loro riflesso espansivo in relazione agli obblighi e responsabilità datoriali, *ex art. 2087 c.c.*, tenendo conto dei rischi di contagio da virus (*rectius* di infortunio), anche *in itinere*. Resta, ovviamente, il classico dubbio, *ex art. 41 Cost.*, sulla portata delle modifiche tecniche ed organizzative imponibili al datore per soddisfare la richiesta del lavoratore. Da qui, la possibile gemmazione, per via di interpretazione, dall'*art. 2087 c.c.* (in connessione con l'*art. 1460 c.c.*) di nuovi diritti *double face* del lavoratore: per un verso, al lavoro a distanza, nel caso di mansioni compatibili con la collocazione domiciliare, per altro verso, al rifiuto di svolgere la propria attività lavorativa in azienda nel caso di mansioni non essenziali per la prosecuzione dell'attività lavorativa; in entrambi i casi, per ragioni di sicurezza sul lavoro⁴¹.

Infine, segnalo che, una volta superata con l'esperienza Covid-19 la barriera di diffidenza verso l'uso delle tecnologie, l'agevolazione del lavoro agile potrebbe costituire una preziosa misura di inclusione - da coltivare anche per via di negoziazione sindacale - nei confronti di altre categorie di lavoratori svantaggiati. Per esempio, la modalità di lavoro agile potrebbe creare le condizioni di un mercato del lavoro favorevole, specie per le lavoratrici-madri, alla ricerca di un migliore equilibrio individuale tra vita privata e vita professionale; potrebbe costituire una modalità, anche temporanea, di promozione dell'occupazione femminile che consente la conciliazione con le esigenze di vita familiare, potenzialmente idonea a ridurre le rinunce lavorative delle donne per occuparsi dei figli. Ed ancora, per gli anziani il c.d. *smart working* potrebbe rappresentare un'ottima opportunità di conciliazione tra le esigenze lavorative e quelle del benessere personale, quale misura di invecchiamento attivo. Ma queste narrazioni vanno calate nella realtà quotidiana, in cui l'agilità non soltanto va

⁴¹ PAZIENZA, *Il lavoro agile (c.d. smartworking) nel periodo di emergenza da coronavirus: forme di tutele dal lavoratore dipendente*, ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, tutti in <http://www.dirittoegiustizia.it>.

tagliata "*su misura*" delle differenze personali, ma va calata in uno specifico contesto ambientale e territoriale.

3.4. Autonomia sul lavoro e volontarietà

Per i lavoratori, in particolare, può determinare nuove e pesanti condizioni di *stress* lavoro-correlato, date dal cambiamento della quotidianità dettato dai ritmi di lavoro, dall'intensificazione (spesso saturazione) dell'orario di lavoro, dalla nuova ottica lavorativa, dall'inquinamento pubblico dei luoghi deputati alla vita privata familiare, che per certi versi possono risultare analoghe, o peggiori, di quelle vecchie, *ante-virus*. Paradossalmente, il lavoro agile, da misura di tutela della salute e del benessere del lavoratore, potrebbe trasformarsi nel suo rovescio.

Emergono, così, le ambiguità di tipo psicologico e sociale del lavoro a distanza. Nella fase precedente l'emergenza Covid-19, l'idea dominante era che tale prestazione lavorativa - in quanto lavoro "*da soli*", fuori dall'organizzazione sociale - evocasse, specie se continuativa, l'isolamento e la solitudine⁴², vissuti come rischio anomalo per i riflessi negativi di emarginazione sociale. Nella fase attuale, invece, l'isolamento fisico viene ricercato come garanzia di sicurezza e misura di precauzione sanitaria, con riflessi positivi dati dalla possibilità di prosecuzione dell'attività lavorativa. Allo stesso tempo, nel lavoro agile pandemico - se calato nel contesto del "tutti a casa" e nel vissuto di una quarantena familiare, in ambienti casalinghi incapaci di far convivere (con le diverse esigenze) nonni, genitori e figli, che vi si ammucciano alla meglio, stringendosi in spazi fisici inadatti o appena sufficienti per lavorare - il problema è dato non dalla solitudine, ma paradossalmente dalla mancanza di solitudine e di isolamento per coltivare la vita di relazione costruita attorno ad una attività lavorativa elevata a dimensione sociale.

⁴² MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali*, cit., 663.

Se così è, non è astratta la questione di una possibile rivendicazione, da parte del lavoratore, di un ritorno nel luogo di lavoro. Nel *post-emergenza* (di ritorno alla piena operatività della L. n. 81/2017), la pretesa del lavoratore di riprendere le modalità tradizionali di lavoro - cioè di recedere unilateralmente dal patto di agilità - in presenza di un (mero) "*giustificato motivo*" (per es., problematiche di *work-life balance*) sarà azionabile: nell'accordo a tempo indeterminato, con recesso in tronco; nell'accordo a termine, con recesso prima della scadenza (art. 19, comma 2)⁴³. Pertanto, se la prestazione agile risulta particolarmente gravosa, il lavoratore può recedere dal (solo) patto di agilità, senza obbligo di preavviso.

Nel periodo di emergenza, la richiesta di un ritorno nel posto di lavoro potrebbe trovare un appiglio nel cit. richiamo al rispetto dei "*principi*" dettati dagli artt. 18-23, L. n. 18/2017, incluso quello sul recesso unilaterale. Tuttavia, in assenza di un accordo sul lavoro agile, tale richiamo risulta piuttosto flebile e può trovarsi in possibile conflitto i riflessi espansivi dell'art. 2087 c.c. sulla responsabilità del datore; non resta allora che l'ultima *chance* del ricorso alle clausole generali.

Il passaggio - imprevisto, improvvisato, massiccio e accelerato - del lavoro dall'ufficio all'abitazione senza adeguata formazione, tecnologia e *habitat* può diventare un pericoloso salto nel buio; e allora ritornando alla normalità dobbiamo rinunciare ai vantaggi del lavoro a distanza?

No, bisogna trasformare la necessità in virtù: l'emergenza ha smaterializzato le postazioni di lavoro e ha dimostrato che lavorare a distanza è possibile, ora dobbiamo coltivarne l'opportunità bilaterali, rendendo il lavoro genuinamente agile e sostenibile: a partire dal recupero del consenso genuino del lavoratore, dell'alternanza dentro/fuori i luoghi di lavoro, dei diritti di formazione e di disconnessione. Non a caso, si è già aperto il dibattito sulle possibili modifiche alle disposizioni basiche della L. n. 81/2017.

Si possono immaginare modelli regolativi più sofisticati, con tutele multilivello: per la parte seriale, negoziate a livello collettivo (specie di secondo

⁴³ PASQUALETTO, *Il recesso dall'accordo sul lavoro agile*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve*, cit., 531 ss.; MASTRORILLI, *Forma scritta, obblighi di comunicazione e recesso nel lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 419 ss.

livello) e, per quella della differenza soggettiva, rinviate all'autonomia individuale; il tutto, evitando il vizio dell'*iper*-regolamentazione legale e senza rendere la modalità agile più complicata. Con una sorta di salto di specie, il telelavoro pandemico dovrebbe diventare vero lavoro agile, accompagnato da solide garanzie di nuova generazione, come la formazione e la disconnessione, ma pure con un diverso rapporto collaborativo (e retributivo) tra datore e lavoratore che si colora, per il primo, di fiducia, per il secondo, di responsabilità. Occorre, quindi, dare al lavoro "*agile*" del futuro senso e significato pieno: calandolo in un'azienda/abitazione adattabile, rimettendo al centro la persona che lavora, con una differente cultura del lavoro per imprese, lavoratori, parti sociali, con la consapevolezza che l'organizzazione del lavoro - anche al tempo dell'intelligenza artificiale, della realtà aumentata, di Internet delle Cose, ... - ha un bisogno vitale dell'individuo e dell'intelligenza umana, individuale e collettiva.

In conclusione, la ripresa dell'attività produttiva in presenza della consapevolezza del rischio *virus* (e delle emergenze ambientali) richiederà lo sforzo di una trasformazione del lavoro, della sua organizzazione e, a monte, dell'essenza del capitalismo, con strategie e politiche ripensate tenendo conto dei nessi e dei vincoli di equilibrio sostenibile fra Salute, Ambiente, Lavoro, Tecnologia (che danno come acronimo SALT ovvero, parafrasando il titolo di un bellissimo documentario, "*il sale della terra*"). Nel mondo della concorrenza globale non basterà immettere la giusta distanza nella catena del valore *dentro* l'azienda, ma occorrerà interrogarsi sui limiti del capitalismo molecolare e globale, ridisegnare l'intera ragnatela del valore (con filiere più corte e connesse al territorio), andando oltre il "*come eravamo*", precostituendo un modello economico, giuridico, sociale e ambientale di prossimità e sostenibile⁴⁴. Insomma, occorre essere consapevoli che l'ingenua nostalgia di un ritorno al passato è una mera retrotopia, dato che la normalità di ieri è parte del problema di oggi.

⁴⁴ CARUSO - DEL PUNTA - TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in Labour web - CSDLE "*Massimo D'Antona*", maggio 2020.

CAPITOLO II

APPLICAZIONE DELLO SMART WORKING

SOMMARIO. 1. Ambito di applicazione dello smart working - 2. Quadro normativo: L. 22/05/2017 N. 81 - 3. Art. 18: lavoro agile - 4. Art. 19: forma e recesso - 5. Art. 20: diritto all'apprendimento - 6. Art. 21: potere di controllo e disciplinare - 7. Artt. 22- 23: sicurezza sul lavoro ed assicurazione obbligatoria per infortuni e malattie - 8. Potere direttivo del datore di lavoro - 9. Trattamento economico ed incentivi: rinvio all'art. 51 d. lgs. 81/2015 - 10. Divieto di discriminazione del lavoratore in smart working - 11. Accesso allo smart working: modifica intervenuta con la legge di bilancio del 2019 - 12. Differenze con il telelavoro.

1. Ambito di applicazione dello smart working

Il lavoro remoto nella Pubblica Amministrazione ha avuto un'evoluzione normativa che parte dal telelavoro del 1988 per passare attraverso il lavoro agile del 2017 e arrivare ad oggi con il decreto Cura Italia, confermato con modificazioni dalla sua legge di conversione n. 27/2020 che, a mezzo di deroghe alla normativa vigente, introduce un nuovo lavoro a domicilio.

In origine è stata la legge 6 giugno 1998, n. 191 a prevedere per le amministrazioni pubbliche la possibilità di avvalersi di forme di lavoro a distanza: "Allo scopo di razionalizzare l'organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione attraverso l'impiego flessibile delle risorse umane, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, possono avvalersi di forme di lavoro a distanza" (art. 4, comma 1).

Con il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 ("Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell'articolo 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191") sono state poi fissate le concrete modalità attuative del telelavoro definito, dalla lett. b) dell'art. 2, come quella "prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una delle amministrazioni pubbliche di cui

all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato 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".

Il 23 marzo 2000 è stato stipulato l'Accordo quadro nazionale per l'applicazione del telelavoro ai rapporti di lavoro del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni⁴⁵ che vede il telelavoro principalmente relegato a risolvere situazioni di disabilità psico-fisiche, tali da rendere disagiata il raggiungimento del luogo di lavoro, o esigenze di cura di figli minori di 8 anni e di familiari o conviventi.

Il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro (CCNL) 14 febbraio 2001, stipulato ad integrazione di quello per il personale non dirigente degli enti pubblici non economici 16 febbraio 1999, ha introdotto per la prima volta una disciplina sperimentale del telelavoro. Questo è stato strutturato in sostanza nei termini di un lavoro a domicilio tanto da prevedere espressamente "la prestazione dell'attività lavorativa dal domicilio del dipendente" (art. 34, comma 2, lett. a), il rimborso "anche in forma forfetaria, delle spese sostenute dal lavoratore per consumi energetici e telefonici" (art. 34, comma 3), l'orario di lavoro lasciato alla discrezione del lavoratore (art. 34, comma 6) e persino la copertura assicurativa dei suoi familiari (art. 34, comma 11)⁴⁶.

In applicazione di tale CCNL è stato poi sottoscritto il 15 ottobre 2014 l'"Accordo Nazionale di telelavoro domiciliare e progetto sperimentale di

⁴⁵ All'art. 5 prevede: "1. Il telelavoro si realizza secondo le modalità previste dal progetto, quali lavoro a domicilio, lavoro mobile, decentrato in centri - satellite, servizi in rete o altre forme flessibili anche miste, ivi comprese quelle in alternanza, comunque in luogo idoneo, dove sia tecnicamente possibile la prestazione 'a distanza', diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato. 2. Le spese per l'installazione e la manutenzione della postazione di telelavoro, che può essere utilizzata esclusivamente per le attività attinenti al rapporto di lavoro, sono a carico dell'amministrazione; sono, del pari, a carico dell'amministrazione le spese relative al mantenimento dei livelli di sicurezza. Le attrezzature informatiche, comunicative e strumentali, necessarie per lo svolgimento del telelavoro, vengono concesse in comodato gratuito al lavoratore per la durata del progetto. La contrattazione di comparto prevedrà forme di copertura assicurativa delle attrezzature in dotazione e del loro uso" in <https://www.aranagenzia.it/contrattazione/contratti-quadro/altro/telelavoro/contratti/1832-accordo-quadro-sul-telelavoro.html>.

⁴⁶ In <https://www.aranagenzia.it/contrattazione/comparti/enti-pubblici-non-economici/contratti/293-ccnl-ad-integrazione-del-ccnl-del-16-2-1999.html>.

telelavoro satellitare" da parte dell'INPS che all'art. 4 prevede che "1. Per telelavoro domiciliare si intende la possibilità di lavorare presso la propria abitazione o altra espressamente indicata (ad es. abitazione di un familiare che necessiti di assistenza), attraverso l'adozione di supporti tecnologici che consentano il collegamento a distanza di una postazione lavorativa fissa e un'adeguata comunicazione. 2. Il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa deve essere ubicato nella regione ove è situata la sede di appartenenza del telelavoratore. L'attivazione del progetto presuppone la verifica, con esito positivo, dell'idoneità del luogo ove installare la postazione con riferimento alle caratteristiche di tecniche previste dall'allegato 1. 3. L'adesione del lavoratore ad un progetto di telelavoro ha carattere volontario."

Con l'art. 14, L. 7 agosto 2015, n. 124 è stato successivamente stabilito che le amministrazioni dovessero adottare, entro i tre anni successivi, misure tali da permettere ad almeno il 10% dei dipendenti pubblici che lo avessero richiesto di avvalersi delle nuove modalità di telelavoro.

2. Quadro normativo: L. 22/05/2017 N. 81

La L. 22 maggio 2017, n. 81 ha infine introdotto il lavoro agile⁴⁷ che all'art. 18 viene definito come "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 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". Al comma 3 di detto articolo è stato espressamente previsto che le disposizioni introdotte si applicano, in quanto compatibili, anche nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni

⁴⁷ FREDIANI, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in *Foro.it* 2017, 7, 630-636.

pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo le direttive emanate anche ai sensi dell'art. 14, L. 7 agosto 2015, n. 124 e fatta salva l'applicazione delle diverse disposizioni specificamente adottate per tali rapporti.

Con la Dir. n. 3/2017⁴⁸ a firma del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro per la semplificazione amministrativa, sono stati infine dettati gli indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'art. 14, L. 7 agosto 2015, n. 124, che delegava il Governo alla riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, prevedendo l'introduzione di nuove e più agili misure di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei propri dipendenti, tracciando le linee guida per la nuova organizzazione del lavoro ma sempre limitate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti.

L'emergenza sanitaria legata al Covid-19 ha attualmente accelerato il processo in atto con una serie di provvedimenti a cascata⁴⁹.

Il D.L. n. 6 del 23 febbraio 2020 ha innanzitutto stabilito che il lavoro agile "è applicabile in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato nell'ambito di aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti".

Il successivo D.L. 2 marzo 2020, n. 9, recante "Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", ha dichiarato superato il regime sperimentale dell'obbligo per le amministrazioni di adottare misure organizzative per il ricorso a nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, con ciò definendo immediatamente cogente tale obbligo.

Con la Dir. n. 1/2020⁵⁰ del 25 febbraio 2020, il Ministro per la Pubblica Amministrazione, rivolgendosi alle amministrazioni pubbliche delle aree geografiche non direttamente coinvolte nell'emergenza, ha sollecitato l'utilizzo del lavoro agile e flessibile ed invitato le Amministrazioni a far uso di modalità telematiche per riunioni, convegni e momenti formativi, prevedendo misure

⁴⁸ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-06-2017/direttiva-n-3-del-2017-materia-di-lavoro-agile>.

⁴⁹ MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Foro.it.*, 2020, 4, 321.

⁵⁰ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/26-02-2020/direttiva-n1-del-2020>.

specifiche per le prove concorsuali e per i locali di lavoro. Con tale circolare il ministro della P.A. ha fornito alcuni chiarimenti sulle modalità di implementazione delle misure normative e sugli strumenti, anche informatici, a cui le pubbliche amministrazioni possono ricorrere per incentivare il ricorso a modalità più adeguate e flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa.

Con circ. n. 1 del 4 marzo 2020⁵¹ sempre il ministro della P.A., preso atto dell'obbligatorietà di implementazione dello smart-working, oltre a suggerire soluzioni *cloud* per agevolare l'accesso condiviso dei dipendenti ai dati e documenti, il ricorso a videoconferenze e ad altre modalità flessibili dello svolgimento della prestazione, ha fissato un termine massimo di sei mesi entro i quali le P.A. "tramite apposito atto di ricognizione interna, individuano le attività che non sono compatibili con le innovative modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, tenendo sempre presente l'obiettivo di garantire, a regime, ad almeno il 10 per cento del proprio personale, ove lo richieda, la possibilità di avvalersi di tali modalità."

La successiva Dir. n. 2/2020 del 12 marzo 2020⁵², sostitutiva della n. 1/2020, ha rafforzato ulteriormente il ricorso allo smart-working, annunciando questa come forma organizzativa "ordinaria" per le pubbliche amministrazioni⁵³.

In ultimo il D.L. "Cura Italia", n. 18 del 17 marzo 2020, convertito con L. n. 27 del 24 aprile 2020, ha disciplinato lo smart-working in due diversi articoli: all'art. 39 (dove viene stabilito che fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19⁵⁴, "i lavoratori dipendenti disabili [...] o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità [...] hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile [...] a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione" e che stesso

⁵¹ <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/04-03-2020/circolare-n1-del-2020>.

⁵² <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/12-03-2020/direttiva-n2-del-2020>.

⁵³ "... a fronte della situazione emergenziale, è necessario un ripensamento da parte delle pubbliche amministrazioni in merito alle attività che possono essere oggetto di lavoro agile, con l'obiettivo prioritario di includere anche attività originariamente escluse. Relativamente alle attività individuate, le amministrazioni prevedono modalità semplificate e temporanee di accesso alla misura con riferimento al personale complessivamente inteso, senza distinzione di categoria di inquadramento e di tipologia di rapporto di lavoro, fermo restando quanto rappresentato nel precedente paragrafo in merito al personale con qualifica dirigenziale."

⁵⁴ In origine nel D.M. 18/2020 la data finale era fissata al 30 aprile 2020.

diritto hanno i lavoratori immunodepressi ed i loro familiari conviventi) ed all'art. 87 specificamente dedicato alla P.A.

Quest'ultima norma riprende il concetto già espresso nella Dir. n. 1 definendo il lavoro agile quale "modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni" sebbene a termine ovvero sino a cessazione dello stato di emergenza epidemiologica. Si ricorda che lo stato di emergenza è stato disposto dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 con iniziale durata semestrale e quindi sino al 31 luglio 2020.

3. Art. 18: lavoro agile

Il telelavoro prevedeva il trasferimento della sede di lavoro dai locali aziendali ad altra solitamente individuata, anche nella contrattualistica collettiva, con l'abitazione del lavoratore, ma con vincolo per il dipendente di lavorare in una postazione fissa e prestabilita, e con gli stessi limiti di orario assolti all'interno dell'azienda. Il carico di lavoro, gli oneri e i tempi della prestazione, dovevano essere equivalenti a quelli degli altri lavoratori non remotizzati.

Al contrario, il lavoro agile prevede che la prestazione lavorativa venga eseguita in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno, ma senza stabilire una postazione fissa. Non ci sono vincoli di spazio e tempo ma solo limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva: si può lavorare da qualsiasi luogo (dentro e fuori l'azienda), non si timbra un cartellino, non si fanno pause in orari predefiniti e l'azienda e il dipendente ridefiniscono in maniera flessibile le modalità di lavoro,

Ambedue le modalità lavorative, telelavoro e lavoro agile, sono meramente eventuali e la loro attivazione è comunque sempre frutto di un accordo scritto tra le parti.

L'art. 87, D.L. n. 18/2020 invece, nella misura in cui qualifica il lavoro da remoto come modalità ordinaria, ridefinisce, seppur solo temporaneamente e d'imperio, il luogo di lavoro. Tale ridefinizione può essere imposta

indipendentemente dalla volontà del lavoratore, tanto è vero che la lett. b) dell'art. 1 prevede che le pubbliche amministrazioni possono dar corso a tale nuova modalità prescindendo "dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81".

La durata dell'assegnazione unilaterale in modalità remota è normativamente limitata al periodo dell'emergenza sanitaria e quindi, laddove attivata in modalità semplificata, ovvero in assenza dell'accordo individuale e pertanto senza indicazione di un termine, andrà naturalmente a cessare con il venir meno dello stato di emergenza⁵⁵.

Nello *smart working* ordinariamente gli strumenti tecnologici necessari per assicurare la prestazione in remoto sono forniti dal datore di lavoro (art. 18, comma 2, L. n. 81/2017). Il Decreto Cura Italia confermato dalla legge di conversione, invece, consente deroga anche a questo aspetto, prevedendo che "la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione "(art. 87, comma 2).

Nel lavoro a domicilio, diversamente da quanto inizialmente previsto per un errore di trascrizione del testo approvato in Senato⁵⁶, ed all'esito dell'intervento del legislatore con la L. 16 dicembre 1980, n. 858, la proprietà delle attrezzature, oltre che delle materie prime, rimane questione indifferente ai fini della qualificazione della natura del rapporto. Ed infatti l'art. 1, L. n. 858/1980 attualmente in vigore prevede che la strumentazione possa appartenere indistintamente al lavoratore quanto al datore. Inoltre, abbandonato il criterio economico che escludeva la natura subordinata del rapporto nel caso in cui i macchinari fossero di particolare valore, oggi si fa riferimento esclusivo anche nel lavoro a domicilio al criterio della prevalenza dell'attività lavorativa. Di

⁵⁵ GUARISO, *Emergenza COVID-19 e lavoro agile*, in *Newsletter Wikilabour.it*, n. 6, 23 marzo 2020: "... la modalità pattuita senza termine proseguirà anche dopo la fine dell'emergenza (fermo solo l'obbligo, come detto, di integrare le informazioni di cui all'art. 22) con la sola ordinaria facoltà di recesso di cui all'art. 19, comma 2, L. 81/17 e dunque con preavviso minimo di 30 giorni."

⁵⁶ L'art. 1 originario, in luogo della particella "o", conteneva la disgiuntiva "e" in modo da far necessitare la comproprietà di materie prime e strumentazione in capo a lavoratore e datore di lavoro. Sul punto per una ricostruzione storica cfr. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, Milano, 2000, 91 ss.

conseguenza, anche nel caso di utilizzo di strumentazioni costose di proprietà del lavoratore, qualora il patrimonio cognitivo e di elaborazione rimanga prevalente il rapporto di lavoro rimarrà sussumibile all'interno della L. n. 877/1973.

Anche sotto tale profilo è innegabile, pertanto, l'affinità della nuova modalità lavorativa emergenziale con il lavoro a domicilio.

4. Art. 19: forma e recesso

Invece l'art. 18, L. n. 81/2017 prevedeva necessariamente il consenso del lavoratore a cui il successivo art. 19 riconosceva la facoltà di recedere, sebbene con preavviso, per il rientro nella sede di lavoro "ordinaria". L'emergenza sanitaria ha pertanto imposto la deroga sia dell'accordo negoziale d'impulso che della possibilità di recesso per il rientro in sede.

Tale potere di "trasferimento o remotizzazione d'imperio" per il settore pubblico è stato mutuato da simile previsione per il lavoro privato in precedenza contenuta nel D.P.C.M. 8 marzo 2020 che all'art. 2, lett. r)⁵⁷ ha previsto che, per tutta la durata dello stato di emergenza disposto dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020 (e cioè fino al 31 luglio 2020), il lavoro agile possa essere applicato dai datori di lavoro "anche in assenza degli accordi individuali", con "obblighi di informativa" in materia di salute e sicurezza sul lavoro assolti "in via telematica" anche attraverso l'apposita documentazione sul sito dell'INAIL. Specularmente l'art. 87 deroga alla definizione dei contenuti e modalità di esercizio del potere disciplinare, alle norme sulla sicurezza (art. 22) e alle comunicazioni obbligatorie in materia di assicurazioni infortuni (art. 23) semplicemente assolvibili mediante invio telematico di modello standardizzato rinvenibile sul sito INAIL.

⁵⁷ "(...) r) 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, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'art. 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro; (...)". A commento del D.P.C.M. cfr. RAUSEI, *Lavoro agile e contrasto al virus COVID-19*, in *Dir. prat. lav.*, 11/2020, 678 ss.; GUARISO, *Emergenza COVID-19 e lavoro agile*, in *Newsletter Wikilabour.it*, n. 6, 23 marzo 2020.

Ma, a differenza del settore privato, in cui il datore di lavoro ha semplice facoltà di attivare il lavoro remoto, in quello pubblico tale opzione è obbligatoria (laddove ovviamente la mansione lo consenta).

In relazione alla segregazione forzata imposta dalle norme sanitarie in atto, più che di lavoro agile (che si ricorda essere quella prestazione che "viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva"), la norma consente alle P.A. di far uso più propriamente di telelavoro domestico ovvero di lavoro a domicilio con strumentazione elettronica. Ed infatti se è pur vero che le P.A. possono allestire degli uffici satelliti ove concentrare le tecnologie necessarie, tale soluzione è residuale e francamente inopportuna in ragione della necessità di confinamento sociale.

5. Art. 20: diritto all'apprendimento

Ancor più significativa è la previsione dell'art. 20, comma 1, che attribuisce al lavoratore in modalità agile il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato ai lavoratori che svolgono la propria prestazione «esclusivamente all'interno dell'azienda».

Al di là della non felice formulazione - che individua quale termine di paragone i lavoratori adibiti alle medesime mansioni all'interno dell'azienda e che può creare qualche problema applicativo nelle dimensioni organizzative più ridotte - la norma si muove nel solco di quanto già previsto per il trattamento dei rapporti di lavoro caratterizzati tanto da flessibilità tipologica quanto organizzativa, benché, a seconda della fattispecie, si parli ora di divieto di discriminazione ora di parità di trattamento⁵⁸.

E tuttavia, va sottolineato come il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili venga esplicitamente agganciato non tanto "a valle", costringendo

⁵⁸ FALSONE, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2017, pag. 565 e seg.

ad una eventuale operazione di parificazione con quanto attribuito al lavoratore comparabile, ma ancor prima "a monte", alla fonte regolativa di riferimento indicata nei contratti collettivi stipulati ai sensi dell'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, con due importanti conseguenze.

La prima è la conferma che il richiamo ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle loro rappresentanze aziendali continua a svolgere una funzione di contrasto del fenomeno della c.d. contrattazione "pirata"⁵⁹, e quindi, come criterio di selezione tra più contratti collettivi a scongiurare fenomeni di *dumping* sociale⁶⁰; con la peculiarità che in questo caso l'abbassamento delle tutele potrebbe essere determinato non solo da contratti collettivi sottoscritti da soggetti sindacali comparativamente meno rappresentativi ma anche da un accordo individuale che si ponga al di sotto dei livelli contrattuali così individuati.

Più ancora, l'applicazione di un trattamento «in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81» appare singolare rispetto ai richiami alla parità di trattamento dei cd. lavoratori flessibili di cui allo stesso d.lgs. n. 81 del 2015 e per i quali è invece assente il richiamo ad una determinata fonte collettiva⁶¹. Se ne può allora dedurre che esso funga certamente quale limite "esterno" alla disciplina della fattispecie, ma strutturale al nucleo "essenziale" delle sue disposizioni inderogabili, con l'effetto che laddove non venga applicato alcuno dei contratti "qualificati" ex art. 51, dovrebbe risultare del tutto precluso l'accesso al lavoro agile, se non addirittura

⁵⁹ è la tesi apertamente sostenuta da DAMIANO nella seduta di approvazione dell'articolo - così emendato proprio a seguito dello stralcio del rinvio alla contrattazione collettiva, di cui si è innanzi dato conto - in Commissione Lavoro della Camera dei Deputati del 21 febbraio 2017.

⁶⁰ Questo naturalmente nel caso in cui siano effettivamente presenti più contratti collettivi tra cui sia necessario operare una selezione; la norma, naturalmente, non può evitare che la medesima selezione esca mortificata quando sia rinvenibile un unico contratto collettivo, magari aziendale, stipulato anche da sigle sindacali comparativamente più rappresentative ma minoritarie. Sia consentito sul punto il rinvio a RECCHIA, *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, op. cit., pag. 126. Più in generale sul tema, PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, 2, pag. 375 e segg.; TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, pag. 367 e segg.

⁶¹ Cfr. gli artt. 7, comma 1; 17, comma 1; 25, comma 1; e 35, comma 1.

illegittimo l'accordo individuale che lo regoli, così che il rapporto proseguirebbe (o si costituirebbe *ab origine*) come un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

La previsione di cui all'art. 20, invero, circostanza il profilo della comparazione proprio con l'applicazione dei trattamenti tanto economici quanto normativi derivanti dai contratti collettivi comparativamente più rappresentativi. Non basta dunque garantire medesimi *standard* nel rapporto di lavoro, ma al di fuori dei contratti collettivi *ex art. 51*, ai lavoratori agili e a quelli che svolgano la loro prestazione esclusivamente all'interno dell'azienda, né tantomeno ci si può accontentare di parametrare i livelli di tutela (solo) dei primi a quelli potenzialmente applicabili, secondo i contratti collettivi comparativamente più rappresentativi, al contesto produttivo di riferimento⁶²; in questa seconda prospettiva, infatti, si legittimerebbe una (paradossale) disparità di trattamento tra i dipendenti della medesima azienda.

In altri termini, la norma in parola finisce con il produrre risultati equivalenti a quello che Massimo D'Antona chiamava il «terzo effetto» del contratto collettivo⁶³, inducendo il datore di lavoro, che voglia trarre vantaggio dalla flessibilità organizzativa dello smart working, ad entrare nel circuito delle relazioni sindacali, conformandosi alle regole definite, magari anche solo a livello aziendale, da soggetti che rispondono ai criteri di selettività legalmente imposti: l'autonomia collettiva potrà in questo caso, pur non contemplata dalla legge, contribuire ad integrare il quadro regolativo del lavoro agile.

⁶² è l'interpretazione fornita invece da DAGNINO, MENEGOTTO, PELUSI, TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017, pag. 50. Non dissimilmente, v. FALSONE, *Il lavoro cd. agile come fattore discriminatorio vietato*, op. cit., pag. 577, secondo cui la disposizione «imporrebbe di procedere ad una comparazione astratta e non in concreto, non solo nel caso in cui non siano presenti in azienda lavoratori standard perché assegnati alle medesime mansioni dei lavoratori "agili", ma, in ogni caso, quando, a prescindere dal fatto che siano o meno rintracciati lavoratori comparabili, in azienda non siano applicati i trattamenti di cui ai contratti collettivi *ex art. 51 d.lgs. n. 81 del 2015*». Per quanto certamente capace di offrire maggiori potenzialità di implementazione all'istituto in parola, la lettura tuttavia non convince da un lato perché la previsione impone una comparazione tutt'altro che astratta e dall'altro perché finirebbe con il determinare disparità di trattamento all'interno dell'azienda tra lavoratori agili, le cui condizioni economiche e normative debbano essere ancorate ai contratti collettivi *ex art. 51*, e gli altri dipendenti, che ne possano invece del tutto prescindere.

⁶³ D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, pag. 531 e segg. Agli stessi risultati si giunge anche nella prospettiva di ritenere che la flessibilità organizzativa offerta dal lavoro agile sia disponibile solo ai datori di lavoro che applichino nella loro intenzione i contratti collettivi richiamati all'art. 51, secondo l'insegnamento di ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2000, 3, pag. 351 e segg.

Rimane aperta la questione dell'esatta portata dell'indicazione di un «trattamento [...] non inferiore a quello *complessivamente* applicato» ai lavoratori "interni", che richiama - tanto con riferimento al rapporto tra le previsioni contenute nell'accordo individuale rispetto a quelle collettive, quanto alla relazione tra il trattamento appositamente previsto per i lavoratori agili dal contratto collettivo e quello generalmente riconosciuto in attuazione dei contratti collettivi *ex art. 51* - i principi generali vigenti dell'inderogabilità *in pejus* e le diverse opzioni circa i termini nei quali operare la comparazione tra le fonti (si fa riferimento alle diverse tesi del c.d. conglobamento, del c.d. cumulo e quelle intermedie). Quale che sia l'opzione prescelta - e pur nella consapevolezza che l'accordo individuale, o anche quello aziendale sul lavoro agile, che introduca trattamenti peggiorativi benché «adeguatamente controbilanciati da previsioni più favorevoli»⁶⁴, potrebbe non impedire negoziazioni sbilanciate e pratiche di scambio *pro-business* - il dato inconfutabile è che la (ri)regolazione del lavoro sviluppato al di fuori dell'azienda avrà ampi margini di manovra ma un vincolo finale, in una "sommatoria" di pari valore a quella del lavoro reso dentro i confini aziendali, e fissata proprio dalla contrattazione collettiva.

6. Art. 21: potere di controllo e disciplinare

Sull'esercizio del potere di controllo e disciplinare l'art. 21 della L. n. 81/2017 fa semplicemente riferimento all'art. 4 dello SdL, precisando che le condotte disciplinarmente rilevanti connesse alla prestazione del lavoro al di fuori dei locali aziendali debbono essere elencate e tipizzate nell'accordo scritto con il lavoratore.

È evidente che l'art. 21 intenda riferirsi più propriamente ai commi 2 e 3 dell'art. 4 Stat. lav. che escludono dagli strumenti di controllo soggetti agli stretti vincoli del primo comma tutti gli apparati tecnologici utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione. Inoltre si ricorda che il comma 3 consente espressamente al

⁶⁴ SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 3, pag. 785.

datore di lavoro la raccolta delle informazioni acquisite in remoto dagli strumenti di lavoro per tutti fini connessi al rapporto lavorativo a patto che venga data adeguata informazione al lavoratore sia sul suo utilizzo sia sulla possibilità ed effettuazione dei controlli per e sulla tipologia degli stessi se operati in via continuativa o a campione.

In merito a tale aspetto, sul quale deliberatamente non ci si sofferma, appare opportuno esclusivamente sottolineare la problematica del controllo del lavoratore attraverso gli strumenti di geolocalizzazione ormai contenuti ed abilitati in qualsiasi dispositivo elettronico sia esso un telefono cellulare, un tablet, un pc o la stessa automobile. L'ispettorato nazionale del lavoro si è pronunziato sul tema, e attraverso il concetto di "natura strettamente funzionale alla prestazione lavorativa" ha precisato che i sistemi di geolocalizzazione rappresentano un elemento "aggiunto" agli strumenti di lavoro ed in quanto tali non utilizzati in via primaria ed essenziale per l'esecuzione dell'attività lavorativa ma per rispondere ad esigenze ulteriori di carattere assicurativo, organizzativo, produttivo o per garantire la sicurezza del lavoro. Ne consegue che, in tali casi, la fattispecie rientri nel campo di applicazione di cui al comma 1 dell'art. 4, L. n. 300/1970 e pertanto le relative apparecchiature possono essere installate solo previo accordo stipulato con la rappresentanza sindacale ovvero, in assenza di tale accordo, previa autorizzazione da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro (art. 4, comma 1, L. n. 300/1970 come modificato dall'art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 185/2016⁶⁵).

Sotto l'aspetto strettamente disciplinare pare evidente che laddove non vi sia stato alcun accordo scritto, anche gli eventuali comportamenti valutabili disciplinarmente, purché non in violazione del minimo etico sempre esigibile, non siano contestabili e le eventuali contestazioni formalizzate risultino nulle. In questo caso l'accordo scritto riveste natura non certo *ad probationem* ma *ad substantiam* in quanto in sua mancanza il potere disciplinare non sorge e non può essere esercitato.

⁶⁵ Ispettorato Nazionale del Lavoro, circ. n. 2/2016 del 7 novembre 2016. Al contempo la circolare ha precisato che non si rientra nel campo di applicazione del comma 1 dell'art. 4 qualora i sistemi di localizzazione siano installati per consentire la concreta ed effettiva attuazione della prestazione lavorativa come nel caso del trasporto dei portavalori.

7. Artt. 22- 23: sicurezza sul lavoro ed assicurazione obbligatoria per infortuni e malattie

L'art. 22 della L. n. 81/2017, oltre a ribadire che il datore di lavoro è il garante della salute e sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità agile, prevede un obbligo generale di informazione scritta con la specifica individuazione dei rischi generali specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. A fronte di tale obbligo datoriale francamente indefinito⁶⁶ vi è un parallelo obbligo da parte del lavoratore a cooperare nell'attuazione di tale misura di prevenzione in modo da fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione esterna ai locali aziendali.

Tale norma, fortemente generica, non fa riferimento al luogo di lavoro che come detto sopra può essere il più vario ovvero il domicilio del lavoratore, un centro satellite, una dependance aziendale. Certo è che, in ragione della diversità della luogo di espletamento della prestazione, anche quelli che sono gli obblighi di sicurezza possono chiaramente diversificarsi. Non solo, ma potrebbe pure ipotizzarsi la inidoneità dell'eventuale luogo di lavoro scelto in autonomia dallo stesso lavoratore. Ed infatti, diversamente da quanto previsto nell'accordo interconfederale sul telelavoro, la normativa sul lavoro agile non prevede né consente un accesso presso i luoghi eventualmente prescelti dal lavoratore ai fini di un loro controllo⁶⁷.

L'art. 23 prevede riconosce infine il diritto del lavoratore alla tutela contro gli infortuni del lavoro ed espressamente la copertura dell'infortunio in itinere "durante il normale percorso di andata e ritorno da luogo di abitazione quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali

⁶⁶ FALASCA, *Jobs Act autonomi e smart working, la nuova normativa*, in *Guida lav.*, 2017, 22, 14 ss.; l'Autore parla di una vera e propria "gestione semplificata della sicurezza".

⁶⁷ Accordo interconfederale 9 giugno 2004, cit., art. 7 comma 3: "Al fine di verificare la corretta applicazione della disciplina applicabile in materia di salute e sicurezza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e/o le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il telelavoro, nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi. Ove il telelavoratore svolga la propria attività nel proprio domicilio, tale accesso è subordinato a preavviso ed al suo consenso, nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi".

aziendali". Anche in questo caso risulta evidente che la preventiva e concordata ubicazione del luogo di erogazione della prestazione agile è determinante per il riconoscimento di tale copertura. Si dubita comunque che l'eventuale infortunio in cui può incorrere il lavoratore che abbia scelto la modalità agile presso il proprio domicilio o residenza, laddove si risolva in una attività di concetto attraverso l'uso di dispositivi elettronici, possa essere mai riconosciuta ai fini della copertura INAIL.

La disposizione, mentre non solleva soverchie questioni di natura tecnica né sul lato della c.d. "classificazione tariffaria" né su quello, strettamente connesso, della determinazione della "retribuzione imponibile"⁶⁸, lascia aperti molti dubbi in ordine al raggio di estensione della tutela assicurativa.

Un primo problema concerne l'individuazione dei "rischi lavorativi" ai quali è esposto il lavoratore.

Al fine di scongiurare il pericolo che questi possano restare indeterminati, date le molteplici peculiarità della fattispecie in esame, la circolare Inail 2 novembre 2017, n. 48, "ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche", rinvia all'accordo individuale il compito di definire i rischi, anche sotto il profilo dei "riferimenti spazio-temporali", evidenziando che in mancanza l'istituto dovrà procedere a specifici accertamenti per verificare la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela; accertamenti non semplici, trattandosi, com'è ormai evidente, di lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali, per cui non è agevole stabilire a priori se "l'attività svolta dal lavoratore al momento dell'evento infortunistico sia in stretto collegamento con quella lavorativa"⁶⁹.

La circolare fa intendere che l'accordo individuale dovrà individuare i luoghi e le coordinate temporali essenziali della prestazione di lavoro, così da agevolare il compito dell'istituto assicurativo e, in ultima analisi, rendere più certe le garanzie per il lavoratore in modalità agile.

Una precisazione che conferma, fra l'altro, quanto sin qui sostenuto in ordine alla necessità che l'iniziale assunto legale circa l'assenza di precisi vincoli di tempo e di luogo della prestazione in modalità agile vada opportunamente

⁶⁸ Anche in questo caso, la circolare cit. *supra* applica il principio di parità di trattamento con i lavoratori che svolgono le proprie mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda.

⁶⁹ MARRUCCI, *Lavoro agile, le indicazioni operative dell'Inail*, in *Guida al lavoro*, 2017, 44, p. 44.

contestualizzato all'interno del dettato normativo, emergendo vieppiù l'importanza dell'accordo individuale quale fonte di individuazione dei "luoghi di lavoro" e della perimetrazione dei limiti di orario massimo e dei riposi (compresa la disconnessione).

La seconda questione riguarda il riconoscimento del c.d. infortunio *in itinere*.

L'art. 23, comma 3°, l. n. 81/17 estende al lavoratore agile la tutela contro gli infortuni "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"; precisando però successivamente che la risarcibilità dell'infortunio è subordinata alla circostanza che "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".

Sulla risarcibilità dell'infortunio che si verifichi nel percorso casa-lavoro e viceversa *nulla quaestio*, trattandosi di applicare i principi elaborati da consolidata giurisprudenza, anche in ordine ai limiti connessi al c.d. "rischio elettivo", ovvero derivanti dal fatto che l'infortunio sia determinato da circostanza di natura dolosa imputabile a terzi⁷⁰.

Assai meno comprensibile è la specificazione di cui al comma 3°, ultima parte, dell'art. 23 l. n. 81/17 sulla determinabilità del diritto al risarcimento in ordine alle caratteristiche del luogo prescelto nonché a un non meglio precisato criterio di ragionevolezza.

Fermo restando la genericità di quest'ultimo, può affermarsi, ancora in coerenza con le tesi sviluppate in precedenza, che per assicurare la congruenza del "luogo", ai fini dell'effettività delle tutele assicurative, occorre che esso sia "prescelto" nell'accordo individuale. L'intesa fra le parti interessate dovrebbe infatti tendenzialmente assicurare la coerenza fra l'individuazione della sede di lavoro rispetto alle esigenze connesse alla prestazione nonché alla finalità di

⁷⁰ GAMBACCIANI, *L'infortunio in itinere del lavoratore "agile"*, in FIORILLO e PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 252 s.; DAMOLI e TANI, *Lavoro agile ed infortunio in itinere*, in ZILIO GRANDI e BIASI, *op. cit.*, p. 665. In termini più ampi AVOGARO, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, p. 829 ss.

conciliazione fra vita e lavoro, evitando all'istituto assicurativo improbabili operazioni di accertamento discrezionale, secondo parametri di probabilità o ragionevolezza forieri di sicuri contenziosi.

8. Potere direttivo del datore di lavoro

L'accordo relativo alle modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto e può essere a termine o a tempo indeterminato. In tale ultimo caso il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a 30 giorni, salvo che si tratti di lavoratori disabili. In caso di giustificato motivo ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato.

L'accordo scritto deve disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno del locale anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e agli strumenti utilizzati dal lavoratore. L'accordo deve contenere altresì i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche ed organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Invariato, o meglio, al passo con i tempi il potere di controllo e disciplinare del datore di lavoro anche in epoca di smart working. Normalmente uno dei principali strumenti utili a verificare l'adempimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente è l'accertamento della presenza in termini di orario del dipendente mediante controlli automatizzati. L'esercizio del potere di controllo nella nuova modalità di lavoro potrebbe essere regolato prevedendo fasce di reperibilità articolate in relazione all'orario di servizio eventualmente previste nel regolamento interno dell'amministrazione, sì da assicurare il coordinamento tra la prestazione di lavoro e l'organizzazione del datore di lavoro.

Centrale sarà il ruolo del Dirigente che definirà le priorità di lavoro e che eserciterà il controllo principalmente avendo riguardo al risultato da raggiungere, in termini qualitativi e quantitativi; provvederà poi ad individuare il personale da

avviare alla modalità di lavoro agile anche alla luce della condotta complessiva del dipendente ed organizzerà per i "lavoratori agili" una programmazione settimanale-quindicinale delle priorità e degli obiettivi da raggiungere nel breve e medio periodo.

La verifica del conseguimento degli obiettivi stessi potrà essere realizzata mediante la stesura di una reportistica secondo una cadenza concordata con il lavoratore, ovvero attraverso momenti di confronto nei giorni di presenza in sede del lavoratore.

Parimenti trovano applicazione anche per i lavoratori agili le disposizioni in materia di responsabilità, infrazioni e sanzioni. A tal proposito, poste le norme generali in tema di sanzioni disciplinari, potrebbe essere introdotta nel codice di comportamento di ciascuna amministrazione per i lavoratori agili un'apposita sezione con misure specifiche rispetto all'orario di servizio, alla riservatezza, alla custodia degli strumenti utilizzati in caso di apparecchi forniti dall'amministrazione, all'incompatibilità e al divieto di cumulo di impieghi.

9. Trattamento economico ed incentivi: rinvio all'art. 51 d. lgs. 81/2015

Per essere una modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che ha trovato discreta diffusione grazie ad accordi aziendali, e pure qualche tentativo di regolamentazione più generale ad opera di contratti di categoria sottoscritti nel mentre ancora si discuteva delle diverse proposte parlamentari, è abbastanza sorprendente che la disciplina legale dello *smart working* (l. 22 maggio 2017, n. 81) abbia obliterato il possibile ruolo del contratto collettivo, preferendo invece l'«accordo tra le parti»⁷¹.

E tuttavia, il testo approvato in via definitiva dal Parlamento si presenta diverso tanto dall'impianto originario del d.d.l. di iniziativa governativa (n. 2233

⁷¹ LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017, pag. 197; di «*revanche dell'autonomia individuale*» su quella collettiva parla CUTTONI, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo, tempo e azione*, in VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Napoli, 2018, spec. pag. 61 e segg.

del 2016, «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale»), quanto del coevo d.d.l. Sacconi (n. 2229 del 2016, «Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale»), poi confluito nel primo. Entrambi, invero, consegnavano uno specifico ruolo all'autonomia collettiva, più specificamente di natura integrativa nel progetto governativo - laddove l'art. 20 riservava ai «contratti collettivi, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81» la facoltà di «introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori e le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile» - e più indirizzato a vincolare l'accordo individuale nel d.d.l. Sacconi, tenuto cioè a «quanto eventualmente previsto dai contratti collettivi aziendali o territorialmente applicabili» (art. 2), in relazione alle «modalità di misurazione della prestazione, ai trattamenti retributivi e normativi, ai periodi di sospensione della prestazione o reperibilità e all'impatto sulla persona in termini di obiettivi, forme di apprendimento, cambiamenti cognitivi e fisici» (art. 3).

Pur con molti distinguo, l'originaria opzione regolativa aveva trovato ampia condivisione nei primi commenti della dottrina⁷², nonché il benessere delle organizzazioni di rappresentanza datoriali e sindacali nei lavori istruttori dei disegni di legge. Nondimeno, dapprima il collegamento tecnico *ratione materiae* dei due disegni determinava la confluenza del d.d.l. n. 2229 nel d.d.l. n. 2233, e poi il dibattito parlamentare provvedeva a sopprimere con un emendamento l'art. 20 dall'articolato normativo, sicché già in sede di prima approvazione (5 agosto 2016), la disciplina si presentava priva di alcun rinvio diretto all'autonomia collettiva.

Si tratta di un'assenza, mantenuta nel testo definitivo, che non può essere sbrigativamente liquidata con la «inutilità» di un richiamo esplicito, né con le possibili resistenze ad uno sbarramento selettivo degli attori negoziali chiamati a regolare l'istituto, né ancora con una lettura critica delle esperienze concrete

⁷² IODICE, "Lavoro Agile": le criticità presenti nei ddl 2229 e 2233 e i rischi di una contrattazione al buio, in *Boll. ADAPT*, 13 giugno 2016; RAUSEI, *Tutto Jobs Act. Lavoro autonomo e smart work*, Milano, 2016, pag. 42; LAI, RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016, 11, pag. 710.

offerte dalla contrattazione collettiva nell'attigua materia del telelavoro, per evitare irrigidimenti che ne ostacolino la diffusione⁷³.

Da un punto di vista sistematico, infatti, per la prima volta nel nostro ordinamento la disciplina legale di un istituto della flessibilità del rapporto di lavoro subordinato non affida alcuna competenza regolativa diretta all'autonomia collettiva. Se, infatti, le parti sociali sono da sempre state investite del compito di "dosare" la flessibilità - per quanto è indiscutibile che il filtro sindacale abbia progressivamente perso di importanza nell'attenzione del legislatore⁷⁴ - il quadro legale del lavoro agile sembrerebbe semplificare la tradizionale triangolazione tra legge, autonomia collettiva e autonomia individuale in un mero rapporto binario tra previsione legale e accordo individuale.

Resta naturalmente tutto da dimostrare che il potenziamento dell'autonomia individuale, a scapito di quella collettiva, determini in maniera incrementale il ricorso allo *smart working*.

Più ancora, in una lettura sistematica delle previsioni sul lavoro agile della l. n. 81 del 2017, vanno in primo luogo valutati i richiami pure presenti al contratto collettivo, benché gli stessi si mostrino "esterni" sia alla definizione della fattispecie, sia alla sua regolazione.

10. Divieto di discriminazione del lavoratore in smart working

Per quanto si è sin qui cercato di argomentare, è di tutta evidenza che l'assenza di una espressa attribuzione di competenza dell'autonomia collettiva alla regolazione del lavoro agile non solo non le sottrae potestà di intervento, ma ancor più non riesce a scardinare il sistema lavoristico delle fonti, che, sebbene messo da tempo e senza tregua sotto pressione, non riconosce attraverso la l. n. 81 del 2017 una supremazia dell'autonomia individuale. Addirittura, si può giungere a

⁷³ CORSO, Smart Working, in M. SACCONI, E. MASSAGLI (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 60/2016, pag. 12 e segg.

⁷⁴ Si veda, nel quadro profondamente innovato dall'intervento dei decreti attuativi del *Jobs Act*, la «espansione quantitativa della tecnica dei rinvii» la cui valenza è però tutt'altro che univoca, come sottolinea FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 4, pag. 1073 e segg.

ritenere che proprio le ambiguità di una di una legislazione, nata piuttosto allo scopo di consentire maggiore flessibilità organizzativa e funzionale nella gestione del rapporto di lavoro, rompendo l'"unità aristotelica" di spazio e di luogo, possano condurre, nella interpretazione sistematica, ad inattese rigidità applicative.

Ne consegue che l'autonomia individuale dovrà operare entro i limiti legali inderogabilmente fissati quanto alla forma e al contenuto del patto di lavoro agile, ai termini ed alle ragioni per il suo recesso, agli obblighi in materia di salute e sicurezza, alle modalità di controllo della prestazione ed esercizio del potere disciplinare, all'utilizzo temporale massimo della prestazione ed al diritto alla disconnessione, alla parità di trattamento economico e normativa, nonché a quelli ulteriormente definiti in sede collettiva⁷⁵.

Anche la contrattazione collettiva, tanto quella previgente quanto quella successiva alla l. n. 81 del 2017, mantiene la propria validità nei limiti in cui non si ponga in contrasto con le previsioni tracciate dalla legge; è vieppiù facile ipotizzare che essa continuerà a diffondersi non solo per calarne le specificità nel contesto aziendale e, in prospettiva, territoriale, ma anche per chiarirne proprio gli snodi problematici, ad esempio in materia di controlli ed esercizio del potere disciplinare o per quanto attiene all'orario di lavoro del dipendente fuori dai locali aziendali, rispetto alle quali un rinvio alla contrattazione collettiva avrebbe giocato un ruolo diverso, e strategico, nella capacità di sciogliere dubbi interpretativi e garantire certezza, non solo del diritto, ma anche della concreta operatività dell'istituto.

Ma è proprio sulla qualità degli assetti di matrice collettiva che sembra giocarsi la partita più importante del lavoro agile. Se - come è stato scritto all'inizio del dibattito parlamentare sullo *smart working*, ma l'osservazione è sostanzialmente riproponibile anche oggi - «gli accordi si concentrano principalmente sulla flessibilità spaziale della prestazione, mancando l'obiettivo di creare le condizioni effettive per una maggiore autonomia e responsabilità dei

⁷⁵ SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, spec. pag. 71 e segg.

lavoratori nella gestione dei tempi di lavoro e nel raggiungimento dei risultati»⁷⁶, questo si deve in gran parte ad un atteggiamento culturale che non può limitarsi ad immaginare il lavoro agile come l'ennesimo strumento a disposizione di una via bassa (del recupero) della competitività aziendale e che deve essere superato anche attraverso forme di sperimentazione - organizzativa prima ancora che di gestione del lavoro - che hanno maggiore capacità di successo se sviluppate dentro regole condivise.

11. Accesso allo smart working: modifica intervenuta con la legge di bilancio del 2019

Dopo un lungo iter di approvazione accompagnato da non poche polemiche e dal rischio dell'esercizio provvisorio è finalmente approdata in Gazzetta Ufficiale nei tempi la Legge di Bilancio per il 2019, L. 30 dicembre 2018, n. 145. La legge ha rinviato ad un successivo decreto - il D.L. n. 4/2019 - le misure a più rilevante impatto mediatico ossia la riforma delle pensioni e il Reddito di cittadinanza. Misure che nella Legge di Bilancio hanno trovato solo il loro finanziamento. Ma molte sono le altre novità in materia di lavoro sparse nel testo della legge. Si va dalle assunzioni nella P.A., alla revisione delle sanzioni per il lavoro nero e irregolare, alle misure dedicate alla maternità tra cui la discutibile modifica della disciplina del lavoro agile, fino alla previsione della revisione delle tariffe dei premi INAIL.

Con riguardo al sostegno alla genitorialità spicca innanzitutto la ridefinizione dei ruoli del Fondo per le politiche della Famiglia già previsto dalla L. n. 296/2006 (art. 1, commi 482 ss.). Si tratta del Fondo che per anni ha realizzato l'erogazione di finanziamenti per l'attuazione, tra l'altro, dei progetti di

⁷⁶ DAGNINO, Lavoro agile: *una questione definitiva*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 50/2016, pag. 27 e segg.

conciliazione vita-lavoro così come previsti dall'art. 9 della L. n. 53/2000. Fondo che, pur essendo stato ampiamente utilizzato per l'avvio di molti progetti pilota di welfare, negli ultimi anni ha ricevuto scarsi finanziamenti avendo il legislatore preferito dirottare risorse o verso le misure fiscali dirette - contenute nelle leggi di bilancio a partire dal 2016 - legate all'incentivazione delle politiche di welfare oppure verso i progetti mirati di conciliazione (art. 25 del D.Lgs. n. 80/2015).

L'allargamento degli ambiti di intervento del Fondo si affianca così alle politiche di welfare in atto da anni, che hanno una valenza di natura più "retributiva", rinnovando e ampliando gli ambiti di intervento e di progettazione degli operatori privati e pubblici nel sostegno alla genitorialità, alle famiglie numerose e a quelle con disabilità ovvero caratterizzate da situazioni problematiche o a rischio reato, nonché il sostegno al disagio minorile, alla vulnerabilità economica e alla protezione dei minori.

Sotto altro punto di vista il legislatore interviene ancora una volta a tutela della maternità e della paternità.

In primo luogo, potenzia la posizione del padre lavoratore che gode ora di cinque giorni (invece di quattro) di congedo obbligatorio di paternità⁷⁷ (art. 1, comma 278), restando fermo il giorno in più di congedo facoltativo. Si tratta di una importante misura di incentivazione del congedo autonomo del padre che, partita un po' in sordina nel 2012 con la Legge Fornero, ha di fatto ricevuto grande incentivazione da parte del legislatore proprio mediante il progressivo aumento dei giorni di congedo obbligatorio. Segno di un'importante evoluzione del costume - accompagnata peraltro da importanti misure adottate a livello europeo con l'Accordo stipulato a gennaio 2019 tra Parlamento, Consiglio e Commissione in merito alla Direttiva che prevederà il congedo obbligatorio di 10 giorni - che proprio attraverso la previsione di un numero minimo di giorni obbligatori di congedo alla nascita dei figli sta iniziando a coinvolgere in modo sempre più allargato le nuove generazioni e le giovani famiglie in cui i padri non hanno più il "timore" che avevano in passato a stare a casa ad occuparsi della prole⁷⁸.

⁷⁷ CALAFÀ, *Il sostegno della Genitorialità dopo il Jobs Act*, in *Foro.it*, 2015, n. 10, 877.

⁷⁸ SALAZAR - MARIANI - ARLATI, *Congedi parentali e maternità*, *Officina del diritto* 2016.

Sul versante, invece, del congedo di maternità, la L. n. 145/2018 interviene con una modifica diretta del T.U. della maternità (art. 1, comma 485, che modifica l'art. 16 del T.U. maternità di cui al D.Lgs. n. 151/2001). Viene introdotta la possibilità per la lavoratrice di utilizzare tutti i cinque mesi di congedo obbligatorio di maternità dopo la nascita del bambino invece che ripartirlo tra i mesi antecedenti la nascita del figlio e quelli successivi al parto. Così come avviene ormai da alcuni anni nei casi di flessibilità del congedo di maternità, le lavoratrici avranno infatti la possibilità di scegliere di astenersi dal lavoro esclusivamente entro i cinque mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro. Attestazione che, così come avviene per la flessibilità del congedo di maternità avrà poi bisogno dell'autorizzazione dell'INPS per poter formalizzare nei confronti dell'istituto l'integrale posticipo del congedo⁷⁹.

In aggiunta a tali previsioni, sempre nella logica della tutela della maternità sono stati prorogati anche per il 2019:

a) il *bonus* asili nido di cui all'art. 1, comma 355, L. n. 232/2016 e art. 1, comma 488, L. n. 145/2018);

b) il contributo *baby sitting* o asili nido in luogo del congedo parentale (art. 4, comma 24, lett. b), L. n. 92/2012).

Sotto altro punto di vista, coinvolgente in questo caso le misure per le famiglie, la Legge di Bilancio ha ristretto la platea dei destinatari della Carta Famiglia (art. 1, comma 391, L. n. 208/2015) prevedendo che possano beneficiarne i cittadini italiani oppure i cittadini dei paesi membri dell'UE regolarmente residenti in Italia con almeno 3 figli conviventi di età non superiore ai 26 anni (art. 1, comma 487, L. n. 154/2018).

Altra misura dettata prioritariamente dalla valutazione della posizione della madre lavoratrice ma dubbia dal punto di vista dell'utilità pratica è invece una modifica diretta della legge che ha introdotto la disciplina del Lavoro agile (L. n. 81/2017). Tale modifica prevede che i datori di lavoro pubblici e privati che

⁷⁹ Cfr. sul punto la Circ. INPS n. 152/2000 e Msg. INPS n. 13279/2007.

stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere priorità alle richieste formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero ai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104 (art. 1, comma 486 con modifica diretta dell'art. 18 della L. n. 81/2017).

Non si comprende bene l'utilità di una misura che si prospetta ad una prima lettura assai limitata sotto due diversi punti di vista:

1) in primo luogo perché introduce un criterio di priorità destinato a coinvolgere solo alcune categorie di destinatari (madri nei tre anni dalla conclusione del congedo di maternità e lavoratori con figli in condizione di disabilità) secondo una modalità analoga a quella prevista ad esempio per il lavoro a tempo parziale in caso di particolari patologie proprie o dei familiari (art. 8, D.Lgs. n. 81/2015) ma di fatto inspiegabilmente escludendo ad esempio proprio tale categoria di lavoratori così come i padri lavoratori che non si vede perché non debbano avere diritto ad una analoga corsia preferenziale;

2) in secondo luogo perché attribuisce al lavoro agile una valenza esclusivamente contrattuale e di conciliazione, alla stregua di un contratto part-time o di un accordo di telelavoro, senza tenere conto della diversa e più ampia natura di tale istituto che è un motore di cambiamento organizzativo non destinato a figure specifiche o ad aree limitate dell'organizzazione (da qui appunto l'ipotesi del riconoscimento di meccanismi di priorità) ma a tutta l'azienda. O meglio a quelle aziende che vogliono sperimentare in senso generale ed effettivo - e per tutte le mansioni e i livelli dell'organizzazione - una diversa modalità di gestione della prestazione lavorativa. Il lavoro agile non è lavoro da casa, non è solo una misura di conciliazione, non va confuso con il telelavoro né con gli strumenti contrattuali o di gestione del rapporto di lavoro dedicati solo alla genitorialità. Si tratta di un innovativo strumento negoziale che fornisce una importante chiave di ripensamento dei tempi di vita e di lavoro in ottica di benessere e di miglioramento delle energie degli individui e dell'organizzazione e, quindi, in ultima analisi in una prioritaria logica di incremento della produttività. Ridurne la finalità a mero strumento di conciliazione - limitato peraltro solo a chi ha obblighi

di cura della prole - significa ad avviso di chi scrive non comprenderne l'immenso potenziale dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro⁸⁰.

12. Differenze con il telelavoro.

Il lavoro a domicilio, il telelavoro ed il lavoro agile rappresentano tutte forme di esplicazione dell'attività lavorativa che possono essere accomunate nella categoria generale del lavoro subordinato a distanza o lavoro decentrato. Queste forme di decentramento produttivo sono infatti caratterizzate da due elementi cardine: la c.d. alienità dell'organizzazione produttiva e del prodotto nonché la sua destinazione a beneficio di un centro organizzato di imputazione esterno.

Come per il telelavoro e il lavoro agile, non esiste una definizione codicistica di lavoro a domicilio che l'art. 2128 c.c. semplicemente assoggetta alla disciplina del rapporto di lavoro di natura subordinata. Anche per il lavoro a domicilio la si trova nella disciplina speciale dell'art 1, L. n. 877/1973: "È lavoratore *a domicilio* chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi".

Tale forma di esecuzione remota della prestazione lavorativa ha da sempre rappresentato una prima tipologia lecita di decentramento produttivo. La prestazione lavorativa resa in termini decentrati rispetto alla sede aziendale risulta infatti complementare rispetto al processo produttivo "interno" avendo per oggetto l'"esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente". Pertanto il lavoratore a

⁸⁰ SALAZAR, *Lavoro agile: occorre ri-progettare i tempi e i luoghi di lavoro*, in *Quotidiano Lavoro*, 28 agosto 2017. SALAZAR, *Le attrattive dei progetti di smart working*, *Diversity*, 2/2019.

domicilio è integrato nella produzione aziendale di cui sviluppa in remoto ed in termini parcellizzati una fase della lavorazione.

La sua specialità dipende anche da quella che è stata considerata come l'eterodirezione attenuata frutto della delocalizzazione del luogo di lavoro ma anche della conseguente libertà che gode il lavoratore nei tempi e ritmi lavorativi. Nel definire il lavoro a domicilio la L. n. 877/1973 adotta infatti una nozione di subordinazione derogatoria rispetto a quella generale fissata dall'art. 2094 c.c.: l'assoggettamento al potere direttivo e gerarchico del datore di lavoro viene sostituito con semplici disposizioni impartite *una tantum*.

Il datore di lavoro non potendo esercitare pervasivamente e continuamente il proprio potere direttivo può unicamente fornire disposizioni di carattere tecnico generali o *una tantum*. In tal senso si parla indifferentemente di eterodirezione attenuata o semplicemente tecnica, risolvendosi in semplici direttive di carattere generale o di conformità. Tale eterodirezione attenuata risulta discendere anche dalla sua carenza di immanenza e quindi dall'assenza di controlli continui.

Nel lavoro agile il potere di controllo e disciplinare viene, ai sensi dell'art. 21, L. n. 81/2017, previsto e regolamentato nell'accordo scritto di remotizzazione della prestazione. Nella disciplina emergenziale del Cura Italia la carenza di un accordo tra le parti determina la mancanza della procedimentalizzazione dell'eterodirezione che anche in questo caso rimane sfumata e risulta parente stretta della *una tantum* del lavoro a domicilio.

L'art. 87, D.L. n. 18/2020 prevede infine al suo comma 3 che laddove le amministrazioni non siano in grado di attivare il lavoro agile (più propriamente a domicilio come sopra definito) debbano necessariamente verificare la percorribilità di una serie di istituti: "Qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile, anche nella forma semplificata di cui al comma 1, lett. b), [...] le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo⁸¹, della

⁸¹ L'art. 25 del Decreto ha introdotto una nuova forma di congedo a favore dei genitori (anche affidatari) ulteriore rispetto a quello ordinariamente previsto dall'art. 2, D.Lgs. n. 151 del 2001 prevedendo, per i genitori con figli fino a 12 anni di età, il diritto - a decorrere dal 5 marzo e per tutto il periodo di sospensione delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado - ad un congedo di complessivi 15 giorni, fruibile in modo continuativo o frazionato; per tale istituto viene riconosciuta un'indennità pari al 50% della retribuzione. Tale forma congedo può sostituire,

banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva."

Solo all'esito della verifica ed esaurimento di tali istituti le Amministrazioni possono procedere all'esonero dal servizio del personale non diversamente utilizzabile: "esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio. Il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista. Tale periodo non è computabile nel limite di cui all'art. 37, terzo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3."

L'esenzione dall'attività lavorativa, costituendo comunque servizio a tutti gli effetti, determina la maturazione di tutti gli istituti retributivi diretti ed indiretti ad esclusione dell'indennità sostitutiva di mensa.

La disciplina contenuta nel comma 3, precisa quanto coraggiosa, si teme possa venir disattesa nell'ambito di una P.A. strutturata per piani orizzontali, storicamente allergica a prendere decisioni ed assumere responsabilità anche laddove raccomandate dalla legge e dal superiore interesse nazionale. Infatti la norma impone alle P.A. di provvedere ad una ricognizione della propria organizzazione volta a identificare le funzioni/uffici remotizzabili e da remotizzare (che dovrebbero essere già stati identificati nel Piano di Emergenza), con obbligo di giustificare quelle non convertibili, e di prescrivere per il resto la fruizione delle ferie⁸², dei monte ore etc. maturati e adottare sulle postazioni indispensabili una doverosa rotazione del personale da identificare tra quello privo di prescrizioni sanitarie che ne suggeriscano la permanenza domiciliare.

La fondatezza del timore sopra evidenziato è riscontrabile sia nel testo della circ. n. 2 del 1° aprile 2020 sia nella modifica integrativa introdotta al comma 3 dell'art. 87, L. n. 27/2020 di conversione del "Cura Italia".

anche con effetto retroattivo ed a decorrere dal 5 marzo, l'eventuale congedo parentale non retribuito già in godimento.

⁸² La circ. n. 2020 Min. Pubblica Amministrazione ha precisato che "Oltre alle ferie del 2018 o precedenti - la norma deve intendersi riferita anche a quelle del 2019 non ancora fruito" e "non rientrano, invece, nel concetto di ferie pregresse le giornate per le festività soppresse che devono necessariamente essere godute nell'anno di riferimento, pena la non fruibilità delle stesse", in <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/02-04-2020/circolare-n-2-del-1-aprile-2020>.

Quanto alla circ. n. 2/2020 il Ministero per la Pubblica Amministrazione ha escluso "che - qualora una PA non individui le attività indifferibili da svolgere in presenza - il lavoratore sia automaticamente autorizzato a non presentarsi al lavoro."⁸³. Nella sostanza è stata introdotta un'ulteriore deroga che non si pone più sul mero piano giuslavoristico ma su quello della corrispettività negoziale: la PA ha l'obbligo di identificare le funzioni/mansioni remotizzabili ma qualora non lo faccia non gli è opponibile dal dipendente l'eccezione *ex art.* 1460 c.c. anche se motivata dalla preservazione del supremo bene della propria salute in costanza di conclamato pericolo⁽²²⁾. Tale deroga, sebbene temporanea, introduce una pericolosa asimmetria nel rapporto di lavoro del pubblico dipendente che non può rifiutarsi né di lavorare in remoto né di prestare la propria attività lavorativa "in sede" quand'anche tali soluzioni presentino condizioni d'insalubrità ambientale. Le deroghe all'equilibrio negoziale pertanto non son più giustificate dall'esigenza di far fronte all'emergenza sanitaria quanto a colmare l'inefficienza organizzativa della macchina pubblica a discapito dell'effettiva tutela dell'effettiva integrità fisica dei dipendenti.

L'integrazione introdotta invece al comma 3 dell'art. 87 dalla legge di conversione n. 27/2020 del D.L. "Cura Italia" ha in parte sopperito all'eventuale inerzia della PA laddove prevede, a sanatoria del pregresso, che gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo e della banca ore siano da utilizzare d'ufficio a copertura dei "periodi di assenza dal servizio dei dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, imposti dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da Covid-19, adottati nella vigenza dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19". Pertanto anche qualora la mansione fosse concretamente remotizzabile ma non ne sia stata

⁸³ Ed ancora a migliore specificazione: "Ciascuna PA è responsabile della gestione del proprio personale e dell'applicazione delle misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, tra cui l'obbligo di individuazione delle attività indifferibili e delle attività strettamente funzionali alla gestione dell'emergenza. In ossequio a tale obbligo le amministrazioni devono individuare, sia pur con comunicazione semplificata, le modalità con cui i dipendenti dovranno rendere la prestazione lavorativa e da ciò discende che il singolo dipendente non può ritenersi automaticamente autorizzato a non presentarsi al lavoro", in <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/02-04-2020/circolare-n-2-del-1-aprile-2020>.

data attivazione per qualsiasi motivo, tecnico o di pura incapacità organizzativa, il dipendente dovrà essere considerato ai fini retributivi in ferie, in congedo o in fruizione di monte ore cumulati.

Ci si domanda, in conclusione, a quale responsabilità possa andare incontro l'Ente che non abbia dato corso alla ricognizione imposta dall'art. 87, benché edulcorata dalla legge di conversione dell'originario decreto che ha salvato i dirigenti di settore da responsabilità erariale per la mancata imposizione della fruizione di ferie e monte ore maturati. L'incapacità di rispettare ed attuare il disposto normativo s'immagina non possa che esser foriera di provvedimenti disciplinari, con destituzione dagli incarichi delle figure dirigenziali che hanno messo ad inutile rischio la salute dei propri collaboratori comunque non esentati, ma esentabili, dal servizio.

CAPITOLO III

LO SMART WORKING NELL'ERA DEL COVID-19

SOMMARIO. 1. Lo smart working in Italia nella dimensione del Covid-19 - 2. La successione dei Dpcm d'urgenza - 3. Correlazione con l'obbligazione di sicurezza ex art. 2087 c.c. - 4. Il decreto Cura Italia - 5. Gli ultimi provvedimenti.

1. Lo smart working in Italia nella dimensione del Covid-19

Come si è già messo in luce, l'emergenza epidemiologica ha sottoposto ad una sorta di torsione funzionale il lavoro agile che, da istituto finalizzato a realizzare la conciliazione vita-lavoro e l'efficienza dell'organizzazione del datore di lavoro, ha assunto anche la funzione di tutelare la salute dei lavoratori salvaguardando, almeno in parte, la continuità delle attività economiche.

Il ricorso al lavoro agile è stato promosso dal Protocollo condiviso che, fin dalla premessa, prevede che ne sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza. Nel medesimo senso si è espresso il Governo nella lunga sequenza di D.P.C.M. che si sono succeduti nel corso del tempo, prevedendosi, come è noto, una particolare regolamentazione del c.d. *smart working* unilaterale ("*anche in assenza di accordi individuali*")⁸⁴.

Oltre a rappresentare una possibile strategia di gestione dell'emergenza epidemiologica, il lavoro agile può anche atteggiarsi come un percorso obbligato quando non sia possibile ricorrere alla cassa integrazione guadagni (per Covid-19) o, ancora, ad una gestione emergenziale delle ferie o, comunque, ad ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro.

⁸⁴ Inizialmente con il D.P.C.M. 23 febbraio 2020 per le c.d. zone rosse (art. 3) e, successivamente, con il D.P.C.M. 1° marzo 2020 per l'intero territorio nazionale. Riferimenti all'esigenza di ricorrere in modalità derogatorie al lavoro agile sono presenti anche nel D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in L. n. 13/2020 ("specifiche deroghe, anche in ordine ai presupposti, ai limiti e alle modalità di svolgimento del lavoro agile": art. 1, comma 2, lett. o). V., sul punto, BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Foro.it.*, 2020, 6, 553 ss.

In mancanza di una fattispecie sospensiva e in tutte le ipotesi in cui non sia possibile consentire la presenza dei dipendenti nel luogo di lavoro senza violare le misure per la prevenzione del contagio, il ricorso al lavoro agile diventa l'unica via percorribile dalle parti per dar corso allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il limite, fortemente critico, che si pone ove le caratteristiche della prestazione siano incompatibili con tale modalità di svolgimento del rapporto⁸⁵.

Il legislatore ha poi codificato un diritto al lavoro agile per i lavoratori con l'art. 39, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia), conv. in L. 24 aprile 2020.

Il comma 1 del cit. art. 39 sancisce il diritto per i lavoratori dipendenti gravemente disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona affetta da grave disabilità a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19. Tale diritto è accordato a *condizione* che lo *smart working* sia compatibile con le caratteristiche della prestazione.

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

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

⁸⁵ MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 268 ss.,

condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa.

Complesse e delicate si rivelano le questioni poste da tali disposizioni⁸⁶, soprattutto avuto riguardo alla questione, già segnalata, dell'incompatibilità del lavoro agile con le concrete caratteristiche della prestazione di lavoro.

⁸⁶ Non a caso, la prima delle due disposizioni è al centro di due recenti vicende giudiziarie: a) il Tribunale di Grosseto, con ordinanza del 23 aprile 2020 resa a definizione di un procedimento di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, ha dichiarato l'illegittimità della condotta datoriale che obbliga il lavoratore a fruire di ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, invece di adibirlo a modalità di lavoro agile, anche in ragione della previsione di cui all'art. 39, comma 2, D.L. n. 18/2020. In particolare, il datore di lavoro si era rifiutato di adibire il dipendente - affetto da una patologia polmonare da cui era derivato il riconoscimento di un'invalidità civile con riduzione della sua capacità lavorativa - al lavoro c.d. agile al pari dei suoi colleghi, limitandosi a prospettargli il ricorso alle ferie "anticipate", da computarsi su un monte ferie non ancora maturato, in alternativa alla sospensione non retribuita del rapporto; b) con decreto del 23 aprile 2020 il Tribunale di Bologna ha ordinato ad una società che aveva negato l'autorizzazione allo *smart working* ad una lavoratrice invalida al 60%, di assegnarla a modalità di lavoro agile, dotandola degli strumenti necessari o concordando l'utilizzo di quelli personali. In particolare, il datore di lavoro stava utilizzando la modalità di *smart working* per alcuni dei dipendenti dell'ufficio fiscale al quale è addetta la ricorrente, mentre non aveva accolto la richiesta prontamente presentata dalla lavoratrice, invalida e convivente con figlia con handicap grave accertato e documentato. In tema VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *Foro.it*, 1193 ss..

2. La successione dei Dpcm d'urgenza

Con l'emanazione da parte del Presidente del Consiglio di un ulteriore decreto del 22 marzo con cui veniva disposta la sospensione di tutte le attività produttive e l'ulteriore limitazione della libertà di circolazione dei cittadini su tutto il territorio nazionale. Nel mentre, il 21 marzo il Presidente della Regione Lombardia aveva emanato un'ordinanza con cui disponeva la limitazione degli spostamenti su tutto il territorio regionale non condividendo le misure adottate dal Governo, considerate troppo riduttive a fronte dell'emergenza. Invitava, altresì, i lombardi a considerare valide le proprie disposizioni adombrando anche un possibile contenzioso Stato-Regione. Da ultimo, il 24 marzo il Governo ha adottato un decreto legge con cui prevede espressamente la possibilità delle autorità di governo territoriale di ridurre, sospendere o sopprimere i servizi di trasporto regolando anche le procedure di adozione.⁸⁷

Nella settimana successiva all'emanazione D.L. n. 6 del 2020 vengono emanati due decreti del Presidente del consiglio attuativi dello stesso Decreto Legge, 4 ordinanze del Capo della protezione civile, 8 ordinanze regionali, 4 ordinanze destinate a singole regioni da parte del Ministero della salute e una circolare di questo valida per tutta la nazione. Interessanti, anzitutto, sono le ordinanze del Ministero della Salute⁸⁸ con le quali si prevede che i Presidenti delle regioni destinatarie debbano adottare una serie di misure finalizzate ad impedire determinati eventi, ad esempio sportivi o scolastici, a chiudere talune attività e ad introdurre misure secondarie ulteriori. In questo caso il Ministero decide di coinvolgere realmente le regioni, non solo emanando le ordinanze d'intesa con i relativi Presidenti, ma limitandosi a disporre finalità e obiettivi, lasciando poi alle regioni la normazione di dettaglio circa le misure concrete⁸⁹. Quel che colpisce, però, è che tali ordinanze perdono quasi del tutto rilevanza in appena due giorni,

⁸⁷ MANDATO, "Il rapporto Stato-regioni nella gestione del covid-19", in *Nomos*, n. 1/2020, p. 6.

⁸⁸ Sono tutte del 23 febbraio 2020: Ordinanza del Ministero della Salute – Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia; Ordinanza dal Ministero del Salute [...] Regione Piemonte; Ordinanza del Ministero della Salute [...] Regione Veneto; Ordinanza del Ministero della Salute [...] Regione Emilia-Romagna; Ordinanza del Ministero della Salute [...] Regione Lombardia.

⁸⁹ Probabilmente, il Ministero avrebbe potuto comunque introdurre le misure in via diretta, essendo queste destinate a quasi tutto il nord-Italia, ovvero avrebbe potuto lasciare alle regioni la possibilità di adottarle anche senza una previsione-quadro di ordine superiore.

dato che sempre il 23 febbraio il governo emana anche un D.P.C.M., il n. 6, di contenuti molto più ampi ed incisivi di quanto previsto dal Ministero della salute, poi integrato ed esteso due giorni dopo all'intero territorio delle regioni già interessate dalle precedenti ordinanze del Ministero della salute. In particolare, con il primo D.P.C.M. del 1 marzo, vengono create le prime zone rosse e disposte in via diretta ed immediata le prime limitazioni alla libertà di movimento e all'apertura di svariati edifici o attività, quali scuole, musei, attività commerciali non essenziali, imprese non attive nei servizi pubblici o di pubblica utilità o non operanti a domicilio, servizi di trasporto merci o persone nonché altre misure secondarie. Il secondo D.P.C.M., dell' 8 marzo, prevede misure meno incisive per l'intero territorio di Lombardia, Veneto, Piemonte, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia-Giulia e Liguria, sopprimendo tutti gli eventi sportivi e i viaggi di istruzione e disciplinando diversi profili problematici in ordine alla gestione delle assenze e delle attività scolastiche. Questi D.P.C.M., tra i visti iniziali, citano sempre anche le ordinanze del Ministro della salute, che dunque sembrerebbero costituire dei veri e propri *pruis* logici alle nuove disposizioni o comunque delle fonti integrative da leggere in combinato disposto, secondo una logica di coordinamento difficile da ricostruire. Parallelamente le ordinanze della Protezione civile disciplinano profili tecnici di gestione dell'emergenza, ad esempio in materia di utilizzo dei dispositivi di protezione individuale, di sorveglianza epidemiologica, di acquisizione di dispositivi medici e di altri profili secondari, la cui scissione dalle competenze del Ministero della salute non risultano del tutto motivate. Il 24 febbraio il Ministero dell'economia e delle finanze emana un proprio decreto in materia di sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica⁹⁰. Anche questa misura, a ben vedere, sarebbe potuta rientrare in un D.P.C.M., ma probabilmente si è preferito lasciare l'intervento in una materia molto tecnica al ministero competente. Tale decreto ministeriale sembra, però, inutile, riferendosi ai primi comuni inseriti nelle zone rosse, di cui l'allegato al D.P.C.M. del 23 febbraio, in una situazione in cui nel giro di pochi giorni le zone rosse saranno estese prima a larga parte del nord Italia

⁹⁰ D. m. 24 febbraio 2020, in GU Serie Generale n.48 del 26-02-2020.

e dunque a tutta la nazione. Anche in questo caso si può supporre vi sia stato un problema sia di coordinamento tra strutture sia di imprevedibilità dell'evoluzione della situazione. Peraltro, il 2 marzo, con un nuovo Decreto Legge si introducono una serie di misure a sostegno delle famiglie e dei lavoratori, disponendosi, tra le molte misure, anche sospensioni di termini per molti adempimenti, anche di natura tributaria. Marzo si presenta come un mese centrale nella gestione dell'emergenza e i provvedimenti destinati a farvi fronte continuano a moltiplicarsi ad una velocità ancora più serrata. Dal primo giorno del mese a domenica 29 marzo si susseguono 5 Decreti Legge⁹¹; 7 D.P.C.M. e una delibera del CDM⁹², 11 Ordinanze della Protezione Civile⁹³, 10 decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero della salute⁹⁴, 5 ordinanze e un decreto

⁹¹ Si Veda D.L. 25 marzo 2020, n. 19 - Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19; 17 marzo 2020, n. 18 - Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19; 9 marzo 2020, n. 14 - Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19; 8 marzo 2020, n. 11 - Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; 2 marzo 2020, n. 9 - Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

⁹² Si Vedano D.P.C.M. 22 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 ; D.P.C.M., 11 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative (...); D.P.C.M. 09 marzo 2020 - Ulteriori disposizioni attuative (...); D.P.C.M. 8 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative (...) che assorbe: D.P.C.M. 4 marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative (...) e D.P.C.M. marzo 2020, Ulteriori disposizioni attuative (...); Delibera del Consiglio dei Ministri 5 marzo 2020, Ulteriore stanziamento per la realizzazione degli interventi in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

⁹³ Così Ord. 28 marzo 2020. Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili; con lo stesso oggetto sono anche le ordinanze del: 25 marzo 2020, due nella giornata del 19 marzo 2020 (OCDPC n. 651 e 652), 15 marzo 2020, 9 marzo 2020, due nella giornata del 8 marzo 2020 (OCDPC n. 646 e 645), 4 marzo 2020 e infine 1 marzo 2020.

⁹⁴ Si vedano i Decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro della salute: n. 112 del 12 marzo 2020, sugli aeroporti presso i quali continua ad essere garantito il trasporto aereo; n. 113 del 13 marzo 2020, con il quale sono stati ridotti i servizi di trasporto ferroviario; n. 114 del 13 marzo 2020, con il quale sono stati ridotti i servizi automobilistici interregionali; n. 116 del 14 marzo 2020, con il quale sono stati ridotti i servizi di trasporto ferroviario e soppressi i servizi notturni; n. 117 del 14 marzo 2020, con il quale sono state previste riduzioni e soppressioni di servizi aerei e marittimi da e per la Sardegna; n. 118 del 16 marzo 2020, con il quale sono state previste riduzioni e soppressioni di servizi aerei e marittimi da e per la Sicilia; n. 120 del 17 marzo 2020 con il quale sono state disciplinate, tra l'altro, le misure d'ingresso delle persone fisiche in Italia e le relative prescrizioni al fine di evitare la diffusione e il contagio del COVID-19; n. 122 del 18 marzo 2020, con il quale sono state disciplinate, tra l'altro, le misure di ingresso in Italia di particolari categorie di persone, previste riduzioni e soppressioni di servizi marittimi da e per la Sicilia, introdotte nuove limitazioni dei servizi di trasporto ferroviario e disciplinati i voli privati; n. 125 del 19 marzo 2020, con il quale sono state disciplinate le misure di ingresso dei passeggeri e dell'equipaggio di navi di bandiera italiana o estera impegnati in servizi di crociera; n. 127 del 24 marzo 2020, con il quale è stata

del Ministro della salute accompagnate da molteplici circolari tecniche, una direttiva e una circolare del Ministero dell'interno⁹⁵, un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze⁹⁶, una sequenza estremamente estesa di ordinanze regionali⁹⁷, ormai comuni a tutta Italia, e, per la prima volta, anche svariate ordinanze dei sindaci⁹⁸. L'intervento dei sindaci, anzitutto, introduce nella crisi il quarto impianto normativo di gestione dell'emergenza, il Testo unico degli enti locali, che prevede all'articolo 50 che in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Nel caso di specie è chiaro che l'emergenza sanitaria non è di carattere locale, eppure i sindaci, al fine di introdurre misure più restrittive di quanto previsto dal governo, dal Ministero della salute o dalle regioni, procedono con questo strumento ad inasprire divieti e a chiudere ulteriori possibili luoghi di aggregazioni, in particolare ville e parchi. Tra tutte le misure le più rilevanti sono, tuttavia, quelle contenute nei D.P.C.M. dell'8, dell'11 marzo e del 22 marzo. Il primo si crea una grande zona rossa estesa su tutta la Regione Lombardia e su altre 14 province del nord, nella quale si introducono pesanti limiti alle libertà di circolazione, di riunione, di attività economica, attuando larga parte delle facoltà attribuite al governo con il D.L. n. 6/2020. Questo D.P.C.M., invero, crea quasi più problemi che soluzioni: l'annuncio dello stesso viene fatto quasi 24 ore prima della pubblicazione effettiva, generando un effetto panico e un movimento di massa non censurabile in carenza di norme regolarmente pubblicate. Inoltre, questo decreto consente comunque il ritorno al proprio domicilio, in molti casi lontano dalla zona di effettiva dimora, vanificando il proprio fine principale, consistente nel limitare al massimo gli spostamenti. Inoltre, il D.P.C.M., pur volendo

prorogata fino al 3 aprile 2020 l'efficacia dei precedenti decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

⁹⁵ 12 marzo 2020, Circolare ai prefetti sulle misure più stringenti per contenere il COVID-19; 9 marzo 2020, Direttiva ai prefetti sui controlli nelle "aree a contenimento rafforzato".

⁹⁶ Decreto MEF 25 marzo 2020, Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi dell'articolo 54 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18.

⁹⁷ Ad esempio, *ex multis*, nel periodo compreso tra il 1° e il 25 marzo si possono contare 19 ordinanze della Regione Campania; 12 Decreti del Presidente della Giunta della regione Emilia-Romagna; 11 ordinanze della Regione Lazio.

⁹⁸ Valgano quali esempi, *ex multis*, ord. Sindaco di Roma n. 56 del 13 marzo 2020 recante Misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 [...], o l'ord. n. 16 del 26 marzo 2020 del Comune di Milano.

rappresentare una misura di massima emergenza, è ricco di formule ambigue: ad esempio, ai soggetti con sintomi di infezione respiratoria è fortemente raccomandato di rimanere presso il proprio domicilio, mentre ai datori di lavoro è solo raccomandata l'attivazione di modalità di lavoro agile. Si vietano, poi, tutti gli assembramenti ma si mantengono aperti negozi e locali di ristorazione, pur raccomandando l'adozione di modalità tese a garantire un distanziamento minimo. Si dispone, ancora, che tutti i negozi possano rimanere aperti, pur evitando contatti tra i clienti, tuttavia devono essere chiuse le medie e grandi strutture di vendita, di cui non si dà maggiore definizione, nelle giornate festive e prefestive. Il secondo D.P.C.M. si connota per contenuti ancora più restrittivi. Con questo viene estesa la zona rossa a tutta la nazione, con ciò generando la più estesa e incisiva limitazione dei diritti e delle libertà di tutto il popolo italiano mai avvenuta dalla nascita della Repubblica, tanto da aver fatto paragonare questo stato a quello di guerra⁹⁹. Con questo D.P.C.M. si sospendono le attività commerciali dei negozi al dettaglio, eccetto che per alcune categorie merceologiche, si chiudono tutte le strutture recettive, di ristorazione e di servizi alla persona. Inoltre, si raccomanda, ancora una volta con una terminologia ambigua, la limitazione di tutti gli spostamenti, l'introduzione del lavoro agile ove possibile, la chiusura dei reparti di imprese e industrie non essenziali alla produzione, oltre ad altre misure secondarie. Le eccezioni circa i negozi che possono rimanere aperte sono contenute in un apposito allegato, che prevede una sequenza, invero piuttosto estesa, di deroghe. Il terzo D.P.C.M., dell' 8 marzo, porta quasi al massimo il livello di controllo e di repressione delle attività dei privati. In questo si prevede che tutte le attività produttive, industriali e commerciali debbano essere sospese, eccetto quelle indicate in un allegato, che però può essere modificato con un decreto del Ministro dello sviluppo economico sentito il Ministero dell'Economia e delle finanze¹⁰⁰, oltre ad una ulteriore serie di deroghe specifiche, non inserite nell'allegato ma direttamente nel corpo del

⁹⁹ CHERCHI- DEFFENU, “Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni”, in *Dirittiregionali.it*, n.1.2020, p. 640.

¹⁰⁰ Il primo di questi decreti è il Decreto MISE 25 marzo 2020, Modifica dell'elenco dei codici di cui all'allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 22 marzo 2020.

D.P.C.M.¹⁰¹. Queste disposizioni si applicano congiuntamente a quelle già previste dagli atti emergenziali precedenti, siano D.P.C.M. o ordinanze di altra natura, le quali vengono più volte richiamate nel corso del testo, generando una serie di rinvii e di riferimenti a diverse fonti di produzione tali da rendere la comprensione del D.P.C.M. non immediata. A questi provvedimenti, come detto, si affiancano quasi ovunque le ordinanze regionali, logicamente più restrittive delle misure del governo. Spesso queste ordinanze non solo dimostrano di essere emesse senza alcun coordinamento tra regioni, ma anche senza coordinamento con il governo. Un caso evidente è, ad esempio, l'ordinanza della Lombardia n. 514 del 21 marzo, con cui non solo si ribadiscono molte cose già disposte dal D.P.C.M. dell'11 marzo, ma si dispongono delle misure che verranno poi emanate in modalità ancora più ampia poche ore dopo, a livello nazionale, con il D.P.C.M. pubblicato il 22 marzo. Peraltro, l'ordinanza della Lombardia prevede una scadenza temporale più lunga, essendo misure valide fino al 15 aprile, salvo poi, il 27 marzo, essere ridotta al 3 aprile, come previsto per il D.P.C.M. per l'intera nazione. Inoltre, si introducono ulteriori fonti, quali, ad esempio, i decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, emessi il 14, 16 e 17 marzo, previsti dall'art. 1 del D.P.C.M. del 11 marzo, con cui vengono disposte talune misure di limitazione della circolazione nazionale e di isolamento della regione Sicilia. Non è chiaro per quale ragione queste limitazioni alla circolazione di lungo raggio vengano disposte con decreti del MIT, considerando che le stesse potrebbero essere adottate con D.P.C.M., al pari delle limitazioni di circolazione generale sia tra comuni che interne agli stessi. Del resto, essendo tutta Italia zona rossa e potendo l'autorità competente adottare tutte le misure necessarie, certamente le disposizioni inerenti la circolazione nazionale potrebbero trovare posto nei D.P.C.M. emessi per normare in via principale la crisi. Tale utilizzo, non chiaro, delle varie fonti è testimoniato, peraltro, dall'ordinanza del Ministero della salute di concerto con il MIT del 28 marzo, con cui si introducono limitazioni e obblighi medici all'ingresso di cittadini italiani provenienti dall'estero: questa ordinanza ha

¹⁰¹ Tra queste si citano le attività di tipo professionale, quelle funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività derogate, i servizi di pubblica utilità e quelli essenziali, salvo che il prefetto competente disponga altrimenti, le attività di connesse alla farmaceutica e alla medicina, gli impianti a ciclo continuo e il settore dell'aerospazio e della difesa.

un contenuto simile alle ordinanze sulla mobilità internazionale emesse dallo stesso Ministero della salute nel mese di febbraio, ma allora senza coinvolgimento di altri ministeri, nonché ai decreti del MIT emessi nel mese di marzo. Questa ordinanza, dunque, è una terza tipologia formale di disciplina di materie già disciplinate da altre due fonti emergenziali diverse. Tale moltiplicazione di fonti normative non è motivata né da ragioni di sostanza né da evoluzioni specifiche del quadro formale e tende a rendere il complesso di disposizioni progressivamente più confuso e stratificato¹⁰².

3. Correlazione con l'obbligazione di sicurezza ex art. 2087 c.c.

Giunti a questo punto occorre chiarire se le regole prevenzionali di natura emergenziale appena esaminate si sostituiscano alle regole ordinarie in tema di sicurezza sul lavoro, andando a costituire un *corpus* normativo temporaneo determinato dalla particolare situazione pandemica o se, invece, tali regole semplicemente coesistano con quelle ordinarie, rappresentandone una transitoria specificazione con riferimento al tema del contagio da Covid-19.

Per chi scrive non pare possano sorgere dubbi sulla validità della seconda opzione giacché un (*seppur transitorio*) meccanismo di "*sospensione*" delle regole ordinarie priverebbe di senso le stesse regole temporanee che, da un lato, necessitano di una cornice generale nella quale collocarsi e, dall'altro, non hanno il pregio dell'eshaustività.

Come già accennato, l'art. 29-*bis*, D.L. n. 23/2020, conv. in L. n. 40/2020 (c.d. Decreto Liquidità) sembra voler indicare una specifica delimitazione dell'obbligo di sicurezza, prevedendo che l'applicazione (*nonché l'adozione ed il mantenimento*) delle prescrizioni contenute nel Protocollo condiviso rappresentino adempimento "*dell'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile*".

¹⁰² CHERCHI, DEFFENU, "Fonti e provvedimenti dell'emergenza sanitaria covid-19: prime riflessioni", cit., p. 641.

Pur nel quadro di criticità già segnalate al primo paragrafo, si tratta di una soluzione innovativa giacché il legislatore, per l'individuazione delle misure emergenziali da adottare nei luoghi di lavoro, rinvia all'autonomia collettiva che assume una vera e propria funzione normativa su un terreno decisamente inedito (quello della sicurezza sul lavoro) rispetto ad una pur ricca tradizione.

Da notare che il primo rinvio all'autonomia collettiva è fisso, contemplando il richiamo ad uno specifico accordo - il Protocollo condiviso del 24 aprile 2020 - mentre, nella parte finale della disposizione, qualora non trovino applicazione le "*suddette prescrizioni*" il rinvio è ai "*protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*".

Per quanto riguarda l'ultima parte della disposizione, deve notarsi che se la selezione dell'agente negoziale ha connotazioni classiche ed è ben collaudata, è invece decisamente particolare, considerata la materia della sicurezza sul lavoro, il riferimento indeterminato ad accordi che conterrebbero previsioni di cui invece si ignora il contenuto: in questa ipotesi il legislatore ha dunque totalmente demandato alle parti sociali la funzione di individuare con quali modalità debba ritenersi rispettato l'art. 2087 c.c. per contenere la diffusione del Covid-19.

Considerati gli adempimenti anche di natura tecnica che si riconnettono all'obbligo di sicurezza, la soluzione normativa, operante in via residuale, di demandare in bianco alle parti sociali l'individuazione delle misure di prevenzione suscita non poche perplessità per la sua genericità. Per altro verso la circostanza che il legislatore contempli l'ipotesi che le prescrizioni dei vari protocolli richiamati non trovino applicazione, mette in luce che la legge non ha qui inteso attribuire efficacia generalmente obbligatoria al Protocollo condiviso (*e agli altri accordi richiamati dall'art. 29*) ma individuare uno standard minimo di sicurezza da applicare in qualsiasi ambiente di lavoro.

Per quanto concerne invece il primo rinvio, quello fisso al Protocollo del 24 aprile 2020, può dirsi che qui il legislatore si limita a recepire il risultato del processo di negoziazione, individuando con sufficiente e ragionevole certezza le misure di prevenzione da assolvere. Tuttavia, come è evidente, il rinvio fisso pone il problema della non esaustività delle regole individuate dal Protocollo condiviso

che, quindi, ove isolate della trama normativa, non possono rappresentare l'esatto adempimento dell'obbligo di sicurezza.

In ogni caso il tentativo di delimitare la portata dell'obbligo di sicurezza al rispetto del protocollo (o dei protocolli) deve essere comunque esaminato in chiave critica giacché il punto di osservazione rimane necessariamente quello della massima sicurezza tecnologicamente possibile, alla luce della consolidata elaborazione della nostra giurisprudenza.

Per questa ragione si deve ritenere valida una chiave di lettura che presupponga l'interazione fra le regole ordinarie e le regole transitorie determinate dalla situazione pandemica.

Ciò è confermato anche dall'esame condotto nelle pagine precedenti sulle specifiche misure emergenziali.

Tali misure, per poter soddisfare fondamentali esigenze di prevenzione, richiedono lo specifico sostegno della legge e degli atti normativi emanati in via emergenziale.

In particolare, quanto previsto dal protocollo sul tema delle mascherine (punto 6) ha trovato forza nell'art. 16, D.L. n. 18/2020 che prevede che queste, fino alla cessazione dello stato di emergenza, siano riconosciute come DPI. Ancora la sorveglianza sanitaria sui lavoratori fragili di cui si occupa il punto 12 del Protocollo condiviso ha avuto un riferimento importante nell'art. 83, D.L. n. 34/2020. Inoltre quanto previsto dal Protocollo in tema di areazione dei locali (punto 10) è andato ad integrarsi con le misure di prevenzione da adottare in tema di uso dei condizionatori negli ambienti di lavoro alla luce delle indicazioni, frequentemente aggiornate, dell'Istituto Superiore di Sanità¹⁰³. Ed ancora la forte promozione che il Protocollo condiviso ha riservato al lavoro agile ha richiesto il necessario concorso di provvedimenti governativi (*i vari D.P.C.M. quali atti amministrativi o atti normativi "atipici"*) e legislativi (*l'art. 39 del c.d. Decreto Cura Italia e l'art. 90 del c.d. Decreto Rilancio per quanto concerne i temi che qui interessano*).

Senza poi considerare che su un tema particolarmente delicato quale l'aggiornamento della valutazione dei rischi il Protocollo condiviso non ha avuto

¹⁰³ Si. v., ad es., il Rapporto ISS Covid-19 n. 5/2020.

modo di pronunciarsi per l'evidente ragione che su una simile materia risulta difficile prefigurare un intervento dell'autonomia collettiva che non sia profondamente integrato con la legge.

Le misure emergenziali prima esaminate presuppongono poi una cornice nella quale collocarsi, una chiave di lettura che solo l'art. 2087 c.c. è in grado di fornire, determinando il "*come*" dell'adempimento.

Sul piano sistematico occorre rilevare che l'obbligo di sicurezza non è dato solo dal rispetto dell'art. 2087 c.c. ma è la risultante di un sistema circolare nel quale interagiscono la norma generale (appunto l'art. 2087 c.c.) e le norme speciali (*il D.Lgs. n. 81/2008 e l'intera disciplina prevenzionistica di matrice comunitaria*): la norma generale imprime una particolare direzione alle norme speciali, offrendone un imprescindibile criterio di inquadramento; le norme speciali arricchiscono di una serie di specificazioni l'obbligo di sicurezza, specificazioni che rinvigoriscono la portata prevenzionale dell'obbligo e ne proiettano l'essenza in una pluralità di contesti (es: particolari caratteristiche dell'ambiente di lavoro, del titolare dell'obbligo, delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa)¹⁰⁴.

Per le ragioni sopra esposte l'art. 29 cit. (*che peraltro fa riferimento solo all'art. 2087 c.c. ma non alla disciplina prevenzionistica speciale*) può essere interpretato come disposizione che individua una condizione necessaria ma non sufficiente per adempiere l'obbligo di sicurezza¹⁰⁵.

Secondo consolidate acquisizioni giurisprudenziali, la responsabilità del datore di lavoro per la violazione dell'obbligo di sicurezza muove

¹⁰⁴ ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, sub art. 2087 c.c., Milano, 2008, 81 ss.

¹⁰⁵ Quelle contenute nei provvedimenti emergenziali sono dunque misure minime da seguire: G. Natullo, *Covid-19 e sicurezza sul lavoro: nuovi rischi, vecchie regole?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 413/2020, 11; in tal senso anche CALAFIORE, *Sicurezza nei luoghi di lavoro tra disciplina emergenziale e disciplina ordinaria*, in *giustiziacivile.com*, 9, che ricorda, tuttavia, che "se non è possibile enucleare la condotta esigibile e non osservata, seppure almeno idonea quanto meno a ridurre significativamente il rischio di contagio, non può ipotizzarsi alcuna violazione dell'obbligo di sicurezza"; M.T. Carinci, *Back to work*, cit., 8, secondo cui il datore deve adottare "tutte le altre misure che la scienza dimostri essere efficaci e che meglio si adattino a prevenire la diffusione del virus in un determinato contesto produttivo ed in relazione alle specifiche mansioni svolte dal lavoratore"; V. SPEZIALE, *Violazione degli obblighi di sicurezza e abbandono del posto di lavoro ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 18 del 2008 nell'emergenza Covid-19*, in, O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, cit., 95.

certamente dall'art. 2087 c.c., che rappresenta il perno attorno al quale ruota l'intero sistema posto a tutela della salute e sicurezza sul lavoro e che è norma di chiusura del sistema prevenzionistico.

La responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 c.c.* non è limitata alla violazione di norme di esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, ma va estesa a tutte quelle misure che si rivelino idonee a tutelare la salute del prestatore alla luce del criterio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, pur essendo pacifico che l'art. 2087 c.c. non rappresenta una ipotesi di responsabilità oggettiva.

E, in tal senso, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che non può esigersi dal datore di lavoro la predisposizione di misure idonee a fronteggiare le cause di infortunio imprevedibili¹⁰⁶.

Ovviamente la responsabilità del datore di lavoro può derivare dalla violazione di obblighi previsti dalla disciplina prevenzionistica, obblighi che il datore di lavoro deve assolvere in base alle particolari caratteristiche delle attività svolte.

Si deve ricordare, in ogni caso, che il datore di lavoro deve valutare, ai sensi dell'art. 28, comma 1, D.Lgs. n. 81/2008, tutti i rischi che espongono i dipendenti a pericoli per la loro salute e sicurezza, agendo positivamente per la loro eliminazione o, ove questa non sia possibile, riduzione.

Nel sistema prevenzionistico dettato dal D.Lgs. n. 81/2008, si fa riferimento anche alle c.d. "*buone prassi*", cioè a soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro (v. art. 2, lett. v, D.Lgs. n. 81/2008).

Nell'ambito dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, come rilevato anche dalla circ. I.N.A.I.L. n. 22 del 20 maggio 2020, con riferimento al tema dell'esonero dalla responsabilità datoriale, gli obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche che il datore di lavoro deve rispettare al fine di garantire la salute del lavoratore, possono rinvenirsi "nei protocolli e nelle linee guida

¹⁰⁶ Cass. Civ., Sez. lav., 6 novembre 2019, n. 28516, in *Foro.it*, 2020.

governative e regionali di cui all'articolo 1, comma 14 del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33".

Pertanto, secondo l'I.N.A.I.L., una responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo in caso di violazione della legge e delle citate regole tecnico-scientifiche.

4. Il decreto Cura Italia

L'art. 14, D.L. 9 marzo 2020, n. 14 (abrogato dall'art. 1, comma 1 *bis*, della L. n. 27/2020 di conversione del D.L. n. 18/2020 e sostanzialmente riprodotto dal nuovo art. 17 *bis* del D.L. n. 18/2020 nel testo introdotto dalla medesima legge di conversione), dispone che i soggetti operanti nel Servizio sanitario nazionale di protezione civile e i soggetti attuatori di cui all'art. 1 dell'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n. 630 (*individuati anche tra gli enti pubblici economici e non economici e soggetti privati, che agiscono sulla base di specifiche direttive*), nonché gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto Superiore di Sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e garantire l'esecuzione delle misure emergenziali disposte ai sensi dell'art. 3, D.L. n. 6/2020 (*convertito con modificazioni dalla L. n. 13/2020*), possono effettuare trattamenti dei dati personali, anche relativi a categorie particolari di dati (*art. 9, Reg. UE 2016/679*) ed a condanne penali e reati (*art. 10 del medesimo Regolamento*), che risultino necessari all'espletamento delle funzioni attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del Covid-19.

Questa norma ha la funzione di integrare la base giuridica dei trattamenti effettuati dai soggetti indicati con riferimento a motivazioni di interesse pubblico, medicina preventiva, medicina del lavoro, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria

o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali ovvero ancora motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica (*art. 9, par. 2, lett. g, h e i, Reg. UE 2016/679*), in coerenza con quanto disposto, ad integrazione del Regolamento europeo, dall'*art. 2 sexies*, comma 2, lettere t) ed u), D.Lgs. n. 196/2003, come modificato dal D.Lgs. n. 101/2018¹⁰⁷.

La sanità pubblica, a mente delle norme da ultimo richiamate, gode già di una specifica condizione di legittimità, laddove l'interesse pubblico, a norma dell'*art. 9, par. 2, lett. g)* del Regolamento, per fungere da base giuridica del trattamento, deve essere "*rilevante*" e proporzionato alla finalità perseguita, rispettare l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevedere misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi degli interessati.

L'*art. 14*, D.L. n. 14/2020 ha inteso rivestire, dunque, una funzione specificativa della base giuridica e delle modalità del trattamento. A questo riguardo, la norma, richiedeva l'adozione di "*misure appropriate a tutela dei diritti e delle libertà degli interessati*", consente ai soggetti di cui al comma 1 di conferire le attribuzioni di specifici compiti e funzioni connessi al trattamento di dati personali previste dall'*art. 2 quaterdecies* del D.Lgs. n. 196/2020 con modalità semplificate e consente ai medesimi soggetti di omettere l'informativa sul trattamento dei dati personali, ovvero di fornirla in forma semplificata.

Rilevanza particolare ha l'ultimo comma dell'*art. 14* del D.L. in discorso, confluita anch'essa nell'ultimo comma dell'*art. 17 bis*, D.L. n. 18/2020 in sede di conversione, laddove precisa che al termine dello stato di emergenza, i soggetti cui la norma si riferisce, dovranno adottare "*misure idonee a ricondurre i trattamenti di dati personali effettuati nel contesto dell'emergenza, all'ambito delle ordinarie competenze e delle regole che disciplinano i trattamenti di dati personali*".

¹⁰⁷ CARAVÀ, commento *ad vocem*, in E. Sciaudone - E. Caravà (a cura di), *Il Codice della Privacy*, Pisa, 2019; IACOBUCCI, *Privacy e sanità tra Regolamento 679/2016/UE e Codice privacy come modificato dal d.lgs. 101/2018*, in L. Mariani - R. Pegoraro - D. Ruggiu (a cura di), *Salute della popolazione, Big Data e sistemi integrati: una proposta etica*, Padova, 2019, passim.

Adesso, l'art. 17 *bis*, D.L. n. 18/2020, nel testo introdotto dalla legge di conversione n. 27/2020, ha riproposto la medesima disciplina prevista dall'art. 14, D.L. n. 14/2020¹⁰⁸.

La L. n. 27/2020, nel convertire il D.L. n. 18/2020, ha aggiunto, dopo il comma dell'art. 78, un nuovo comma 3 *septies*. Questa norma prevede che *"ai fini del contenimento del virus Covid-19, sono disposti, d'intesa con le regioni, i comuni interessati e le autorità sanitarie, appositi strumenti di controllo e di intervento sanitario sugli alloggi e sulle condizioni dei lavoratori agricoli e dei braccianti"*.

La misura, avvolta da una profonda coltre di mistero, lascia molto perplessi per la sua assoluta genericità, che non consente di formulare una valutazione di merito.

S'impone, tuttavia, anche in questo caso, un richiamo ai principi generali, giuslavoristici e in materia di trattamento dei dati personali, non derogati e non derogabili in sede di attuazione.

Nessuno strumento di controllo o intervento sanitario potrà essere imposto a lavoratori agricoli e braccianti se non nel rispetto delle garanzie costituzionali e dei principi indisponibili stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo oltre che dal Regolamento 2016/679.

L'art. 1, comma 2, lett. ff), D.L. n. 19/2020 guarda alla *"predisposizione di modalità di lavoro agile, anche in deroga alla disciplina vigente"*¹⁰⁹, quale misura emergenziale attivabile con D.P.C.M.

¹⁰⁸ Si veda il parere del Garante privacy del 2 febbraio 2020, relativo alla bozza di ordinanza recante disposizioni urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, in www.garanteprivacy.it, doc. web n. 9265883.

¹⁰⁹ DAGNINO - TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016; DAGNINO - MENEGOTTO - PELUSI - TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017: formule contrattuali, schemi operativi, mappatura della contrattazione collettiva*, ADAPT University Press, 2017; 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. ind.*, 2017, 4; GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University Press, 2018; SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018; VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale: stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018; ZILIO GRANDI - BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018; FIORILLO - PERULLI (a cura di), *Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; IACOBUCCI, *Il controllo esterno nel lavoro agile*, 30 luglio 2018, in giustiziacivile.com.

Il decreto del presidente del Consiglio dell'11 marzo, prorogato, per quanto si è detto, fino al 13 aprile, "raccomanda"(va) il massimo utilizzo da parte delle imprese "di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza".

Il D.P.C.M. dell'8 marzo, disponeva, alla lett. r) dell'art. 2, comma 1, che la "modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata [...] anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti". Nello stesso senso si esprime la decretazione d'urgenza con riferimento al lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Questa stessa impostazione è stata conservata dall'art. 1, lett. gg), D.P.C.M. del 10 aprile 2020, i cui effetti si protraggono fino al 3 maggio. Per quanto qui interessa, la normativa lascia aperto il problema di come supplire all'assenza di un accordo individuale con riferimento alla regolamentazione delle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, degli strumenti utilizzati dal lavoratore, e dell'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione¹¹⁰ del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

In relazione alla specifica problematica del rapporto tra potere di controllo e protezione dei dati personali del personale dipendente si possono enucleare, stante il silenzio della decretazione d'urgenza, almeno due questioni.

La seconda questione problematica, relativa al lavoro agile/telelavoro attivato quale misura di sicurezza in fase emergenziale, attiene ai limiti ed alle condizioni d'uso di strumenti personali del lavoratore.

Nel settore del lavoro pubblico l'ordinamento, fuori dall'emergenza, mostra ampie cautele rispetto al ricorso a strumenti di lavoro non forniti dall'amministrazione. Questa pratica, ammessa in via emergenziale dall'art. 87, comma 2, D.L. 17 marzo 2020, n. 18, ricade comunque sotto la prescrizione dell'art. 4, lett. A), D.P.C.M. 1° giugno 2017 (recante la Dir. n. 3/2017, contenente regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la

¹¹⁰ DAGNINO - MOSCARITOLLO, *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, Bollettino ADAPT, 19 settembre 2016; DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. lav. ind.*, 2017, 4; ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LaBouR&LawIssues*, 2019, 5, 2, 215 ss.

conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti), a mente della quale è sempre "*auspicabile*" che gli strumenti utilizzati dallo "*smart worker*" "siano configurati alla lavoratrice o al lavoratore dall'amministrazione medesima, per ragioni di sicurezza e protezione della rete".

La disciplina sul lavoro agile, coerentemente con quanto previsto nell'accordo quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002, considera essenziale che coloro che svolgono telelavoro/lavoro a distanza definiscano i confini tra lavoro e vita privata, il che dovrebbe includere la predisposizione di uno spazio dedicato di lavoro nel quale si possa lavorare senza interruzioni e disconnettersi in orari destinati al riposo e alla vita privata. In assenza di accordo, giusta la deroga prevista in ragione dell'emergenza, ci si dovrà attenere, ancora una volta, al Reg. UE 2016/679, che, agli artt. 6 e 9, evidenzia come il legittimo interesse del titolare (e quindi del datore di lavoro) debba sempre essere bilanciato con gli interessi e le libertà fondamentali dell'interessato. L'Opinione n. 2/2017 del Gruppo europeo per la protezione dei dati personali (WP29), ha, a questo riguardo, evidenziato che "*in order to prevent monitoring of private information appropriate measures must be in place to distinguish between private and business use of the device*"¹¹¹.

Gli strumenti di lavoro devono, inoltre, rispondere alle esigenze di sicurezza e garantire che i dati aziendali siano protetti, identificando, ai fini della sicurezza dei dati, i rischi, tenendo conto delle specificità del contesto e stimare la gravità determinando le misure da mettere in opera e formalizzare una politica di sicurezza anche tramite tecniche di cifratura, come, del resto, espressamente previsto dalla Circ. n. 1/2020 del 4 marzo 2020, con la quale il Ministro per la pubblica amministrazione, in piena emergenza da Coronavirus, ha opportunamente richiamato l'attenzione sull'esigenza di garantire "*adeguati livelli di sicurezza e protezione della rete secondo le esigenze e le modalità definite dalle singole pubbliche amministrazioni*"¹¹².

¹¹¹ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, adottata l'8 giugno 2017, in https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=610169.

¹¹² Si vedano anche le Raccomandazioni dell'Agenzia per l'Italia Digitale "*per aiutare i dipendenti pubblici a utilizzare in maniera sicura pc, tablet e smartphone personali quando lavorano da casa*", consultabili alla pagina web <https://www.agid.gov.it/index.php/it/agenzia/stampa-e->

Da un punto di vista pratico di applicazione delle diverse disposizioni, si deve anche tener conto del fatto che lo "*smart working*" implica un aggiornamento delle valutazioni sulle misure di sicurezza adottate. Nel contesto del principio di "*accountability*", infatti, il datore di lavoro (titolare del trattamento dei dati), non solo deve essere consapevole che il quadro dei rischi a cui si espone il relativo trattamento è mutato (seppur in ragione di un giustificabilissimo fattore esogeno), ma deve adottare tutte quelle cautele affinché il "*nuovo*" contesto di lavoro (ossia ove si svolge lo "*smart working*") sia dotato almeno dei medesimi livelli minimi di sicurezza per garantire un lecito trattamento.

Restano, anche nel tempo, buio, del Coronavirus, i controlli "*ordinari*", a distanza, soprattutto, ma anche umani. La normativa d'emergenza, del resto, ha disposto un divieto di procedere a licenziamenti collettivi o "per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604" (art. 46, D.L. n. 18/2020). Nessuna limitazione è prevista per il potere disciplinare, fatte salve le espresse "*scusanti*" relative a particolari ragioni d'assenza dal lavoro dovute all'emergenza (si vedano in particolare gli artt. 23 e 47, comma 2, D.L. n. 18/2020).

In relazione a questi profili continua ad applicarsi la disciplina del tempo ordinario, senza eccezioni o prescrizioni emergenziali, fermo il dibattito, cui sopra si è già fatto riferimento, relativo ai controlli occulti.

comunicazione/notizie/2020/03/17/smart-working-vademecum-lavorare-online-sicurezza; in argomento IASELLI, *Il vademecum per la sicurezza informatica nello smart working*, in *Federprivacy*, 5 aprile 2020, https://www.federprivacy.org/?option=com_k2&view=item&id=1372:il-vademecum-per-la-sicurezza-informatica-nello-smart-working&Itemid=1651.

5. *Gli ultimi provvedimenti*

Se è vero che il D.P.C.M. 13 ottobre 2020 ha demandato a decreti del Ministero della Pubblica Amministrazione il modo di incentivare il lavoro agile di settore, il D.M. 19 ottobre 2020 nelle sue premesse dichiara il preciso intento di *"fornire un quadro ricognitivo organico della disciplina sul lavoro agile nell'emergenza"*. Nella sostanza il Ministro ha inteso condensare "organicamente" come dovrebbe essere inteso e praticato il lavoro agile sino al termine dell'emergenza epidemiologica¹¹³.

Si dubita però che tale provvedimento possa rivestire natura regolamentare in quanto semplice compendio di norme gerarchicamente superiori. Pertanto sarebbe stato, verosimilmente, più coerente con il suo contenuto emanare una circolare piuttosto che un atto che teoricamente entra a far parte della gerarchia delle fonti. Anche perché contrasti con la normativa primaria ne produce assai e di non scarsa importanza per come si vedrà più innanzi.

Inoltre la tendenza ad una proliferazione di fonti multilivello potrebbe trovare in questo decreto un precedente da imitare quando si intende intervenire a posteriori su un provvedimento normativo non troppo preciso o da integrare alla luce del gradimento popolare.

L'art. 1, D.M. funzione pubblica 19 ottobre 2020 definisce il lavoro agile nella pubblica amministrazione come *"una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa"*. Già questa definizione è discutibile in quanto confligge con quanto contenuto nell'art. 87, D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, *"Cura Italia"*: *"Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione, il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni"*. Pertanto il lavoro agile per la norma sovraordinata non rappresenta una delle tante

¹¹³ Pur precisando il D.M. funzione pubblica 19 ottobre 2020 espressamente, ed in modo poco comprensibile, all'art. 8 la sua cessazione di efficacia al 31 dicembre 2020.

modalità di lavoro nel pubblico impiego ma "la" modalità ordinaria e le eventuali altre restano residuali o straordinarie.

Il perché di tale incursione definitoria è probabilmente da rinvenirsi nel fatto che il Ministero doveva sanare la diffusa disapplicazione della norma superiore. Ma, proprio perché semplice regolamento, il Decreto 19 ottobre 2020 non può sanare alcunché se non introdurre elementi di confusione, oltrepassando i dichiarati intenti meramente ricognitivi della disciplina in materia.

Il comma 2 dell'art. 1 (*"fino al 31 dicembre 2020 per accedere al lavoro agile non è richiesto l'accordo individuale"*) da una parte è superfluo e dall'altro ingannevole laddove suggerisce un accesso al lavoro agile secondo il criterio della volontarietà. Ed infatti, alla luce dell'art. 263, D.L. n. 34/2020, era già ben chiaro che sino alla fine dell'emergenza sanitaria si applicasse il lavoro agile in deroga, meglio conosciuto come regime semplificato. Ma tale modalità di lavoro non rappresentava e non rappresenta un'opzione rimessa al dipendente quanto una scelta unilaterale della Pubblica amministrazione che poteva e può comandare le proprie risorse in lavoro agile in assenza dell'accordo individuale previsto all'art. 18 dalla L. n. 81/2017 che non solo prevede, nel regime non emergenziale, il necessario consenso del lavoratore ma anche la sua facoltà di recesso dalla modalità non in presenza (art. 19 sempre della L. n. 81/2017). Pertanto laddove il decreto parla di "accesso" al lavoro agile, lasciando intendere che rimane scelta se non unilaterale del dipendente per lo meno convenuta, si scontra con il disposto dell'art. 263, D.L. n. 34/2020 che assegna alle sole Pubbliche amministrazioni il compito di individuare le posizioni remotizzabili e comandarne la prestazione in modalità agile.

Il comma 3 dell'art. 1, composto da due proposizioni, ripresenta il dualismo del secondo comma: superfluo laddove ricorda che il lavoro agile comporta, ai sensi dell'art. 18, Legge fondamentale 22 maggio 2017, n. 81, un'alternanza dentro/fuori (peraltro elemento discriminante rispetto al telelavoro) e dall'altra inutilmente pericoloso laddove suggerisce il possibile utilizzo dei dipendenti avviati in modalità agile anche per "lavoretti" specifici magari non perfettamente coerenti con le attività ordinariamente svolte in presenza. Tale incursione nella possibile rimodulazione delle mansioni appare

forzatura assolutamente illegittima che non trova alcun supporto nella normativa di primo livello e tanto meno nel D.P.C.M. 13 ottobre 2020.

L'art. 3, D.M. funzione pubblica 19 ottobre 2020 che disciplina la parte più propriamente organizzativa del decreto, ha rappresentato ulteriore occasione per intervenire sulla legge. Ed infatti laddove, alla lettera "a", ordina ai dirigenti della P.A. di organizzare "*con immediatezza*" il proprio ufficio in modo da garantire l'effettività del lavoro agile, ne precisa la quantificazione di utilizzo con un "almeno" il 50% del personale preposto alle attività remotizzabili. L'avverbio aggiuntivo utilizzato lascia intendere che la percentuale del 50% dovrebbe essere auspicabilmente sforata.

S'impone un'osservazione preliminare: se fossimo tornati al regime emergenziale antecedente al D.L. n. 34/2020, così come imporrebbe la proroga disposta dal D.L. n. 125/2020, il disposto sarebbe in contrasto con l'art. 87, D.L. n. 18/2020 in quanto tutti i lavoratori astrattamente remotizzabili sarebbero da esternalizzare e quindi il tetto minimo risulterebbe comunque ingiustificato.

Tale percentuale minima, che aveva fatto capolino nelle dichiarazioni politiche successive all'emanazione del D.L. n. 34/2020, trova, comunque, avallo nel D.P.C.M. 13 ottobre 2020 che per primo introduce l'avverbio "*almeno*".

In realtà l'art. 263, D.L. n. 34/2020 aveva previsto che sino al 31 dicembre 2020 il 50% del personale impiegato nella P.A. potesse essere utilizzato nella forma del lavoro agile semplificato (ovvero in deroga) laddove le mansioni lo consentissero. La quota prevista dal D.L. n. 34/2020 è dunque inequivocabilmente quella massima, anche perché laddove il legislatore ha inteso introdurre una percentuale minima l'ha fatto espressamente al comma 4-*bis* dello stesso art. 263, D.L. n. 34/2020¹¹⁴.

Ci si domanda se un decreto, anche se del Consiglio della presidenza dei ministri, possa intervenire modificando una legge emanata peraltro nel corso e per la gestione dell'emergenza sanitaria. Forse l'esuberanza dell'espressione utilizzata rinforza la convinzione che siam tornati al regime pre D.L. n. 34/2020 ovverosia che la normativa transitoria di ripartenza abbia subito quanto meno una sospensione. Tale lettura sembrerebbe uscire confermata persino dal comma 3

¹¹⁴ Convertito in L. 17 luglio 2020, n. 77.

dell'art. 3 del D.M. che introduce una norma di chiusura genericamente abilitante la P.A. ad assicurare *"le percentuali più elevate possibili di lavoro agile"* in ragione dell'andamento dello scenario pandemico.

Regime di regolamentazione del lavoro agile a parte, quello che traspare dal decreto ministeriale è che comunque i dirigenti della P.A. debbono organizzarsi per esser pronti ad una nuova *"espulsione totale"* dei profili remotizzabili.

Il vero intervento originale e regolamentare del D.M. 19 ottobre 2020 è rappresentato dalla presa di posizione sull'impiego dei c.d. *"lavoratori fragili"*. Innanzi tutto ne viene fornita una precisa definizione nell'art. 2: *"Il 'lavoratore fragile' richiamato nel presente decreto viene definito tale con esclusivo riferimento alla situazione epidemiologica e va individuato nei soggetti in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da 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."*

In favore di questa platea di lavoratori viene imposto ai dirigenti della P.A. l'obbligo di *"assicurare lo svolgimento di attività in modalità agile anche attraverso l'adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento..."*. L'utilizzo del lavoro agile assurge di conseguenza a misura di sicurezza innominata¹¹⁵. In quanto, infatti, il rischio da contagio, da Covid-19 non è ascrivibile alla categoria dei rischi specifici dell'organizzazione del lavoro ma, semmai, all'esistenza stessa di un'attività produttiva, era specifico compito dell'autorità dettare quelle misure, necessarie alla sua prevenzione secondo l'esperienza e la tecnica, idonee a fornire contenuto all'obbligo di protezione di cui all'art. 2087 c.c.¹¹⁶.

¹¹⁵ MARAZZA, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 2, 285.

¹¹⁶ Su tale aspetto v'è da registrare una discutibile presa di posizione della UNADIS (Unione nazionale dei dirigenti dello stato) del 22 ottobre 2020: "Purtroppo, il DM secondo UNADIS ancora confonde la funzione organizzativa dello *smart working* con la funzione socio sanitaria di ammortizzatore, quasi strumento di welfare, ma nell'attuale grave momento pandemico generale ciò appare quasi inevitabile", rinvenibile all'indirizzo <http://www.unadis.it/wp-content/uploads/2020/10/COMUNICATO-SU-DECRETO-FP-22.10.2020.pdf>.

Appare soluzione condivisibile sia in una prospettiva meramente solidaristica sia in quella d'incastro normativo. Ed infatti laddove non è stato resuscitato il regime pre D.L. n. 34/2020 non vi sarebbe possibilità di far ricorso, per tale categoria a massimo rischio di infezione (che per gli immunodepressi ha effetto letale), agli istituti introdotti dal comma 3 dell'art 87, D.L. 18/2020 ed in particolare a quello dell'esenzione dal servizio.

Pertanto il decreto ministeriale finisce per consolidare in favore di tali dipendenti il riconoscimento di un vero e proprio diritto soggettivo al lavoro a distanza, se ed in quanto le caratteristiche della prestazione lavorativa siano compatibili con la modalità di lavoro agile¹¹⁷.

In tale prospettiva il D.M. funzione pubblica 19 ottobre 2020 prevede coerentemente che anche i dipendenti in quarantena con sorveglianza attiva o in isolamento domiciliare fiduciario svolgano la propria attività in modalità agile. Per i lavoratori remotizzabili tale previsione vale diritto ma ad una prestazione esclusivamente domiciliare.

Per i lavoratori, invece, le cui prestazioni non siano erogabili in remoto il decreto rimette sbrigativamente ai dirigenti il compito di trovare una soluzione.

Infine l'art. 5, D.M. della funzione pubblica 19 ottobre 2020 ci ricorda in apertura che *"il lavoro agile si svolge ordinariamente in assenza di precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro"*. La citazione dell'art. 18, L. n. 81/2017 rappresenta semplice premessa per giustificare il secondo comma del medesimo art. 5 che dispone che *"il lavoro agile può essere organizzato per specifiche fasce di contattabilità"*. Nella sostanza la precisazione delle modalità di esecuzione e quindi della stessa reperibilità del dipendente, che secondo la L. n. 81/2017 dovrebbero esser frutto di accordo scritto, vengono semplicemente facoltizzate (*"può essere organizzato"*) a discrezione del dirigente del settore. In caso di inerzia da parte di quest'ultimo viene semplicemente riconosciuto un diritto ad imprecisati *"tempi di riposo e di disconnessione"*. Un decreto che ha ambizioni regolamentari e non semplicemente compilatorie avrebbe dovuto intervenire in termini precisi in modo da circoscrivere i *"tempi morti"* ma al

¹¹⁷ BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Foro.it*, 2020, 6, 564.

contempo evitare di ricadere nell'equivoco di un'attività semplicemente telelavorata o a domicilio.

Conclusioni

Sul versante della responsabilità del datore di lavoro per l'ipotesi di contagio da Covid-19 del lavoratore, come si è visto, non sussistono distinzioni con la disciplina ordinaria in tema di infortuni sul lavoro e di salute e sicurezza del lavoratore, in quanto la scelta del legislatore è stata sostanzialmente neutra, intervenendo con un'unica previsione chiarificatrice e non innovatrice (l'art. 42, c. 2 del D.L. n. 18/2020, c.d. Decreto Cura Italia).

L'unica deroga è, infatti, estranea al tema trattato e, comunque, favorevole al datore di lavoro, in quanto evita l'incidenza dell'infortunio sulla misura del premio pagato dal singolo datore di lavoro.

Senonché, di fronte all'eccezionalità della situazione, da un lato, emerge l'idoneità del nostro sistema a tutelare il lavoratore anche in situazioni straordinarie ma, dall'altro, affiora un'inevitabile sensazione di incertezza sul concreto modo di affrontare qualcosa di sconosciuto.

Il rimprovero che, sotto l'aspetto strettamente connesso agli obblighi e alle responsabilità datoriali in materia di salute e sicurezza, potrebbe essere mosso al legislatore dell'emergenza, non è tanto di non aver "protetto" con norme specifiche la posizione dei datori di lavoro quanto quella di non averli meglio o più chiaramente indirizzati negli adempimenti che, anche solo in esecuzione dell'art. 2087 c.c., questi sono tenuti a mettere in atto.

In una situazione di incertezza generalizzata, anche con riferimento alle misure da adottare (non solo nelle imprese ma, più in generale, sul territorio dell'intera nazione) il timore di una responsabilità civile o penale per il datore di lavoro è evidente e, pertanto, una linea più chiara avrebbe potuto evitare l'insorgere di tali paure e avrebbe potuto indirizzare anche l'interprete, i Giudici, le amministrazioni (I.N.P.S., I.N.A.I.L., Inl), in un terreno comunque già complesso.

Ad ogni modo, si ritiene che sarà compito proprio di tali soggetti interpretare e applicare le regole e i principi già esistenti nel nostro ordinamento

tenendo conto dell'eccezionalità della situazione e delle incertezze che la stessa scienza dimostra di avere.

Se si muove dalla consapevolezza che questo è il tempo della "convivenza" con il virus, non si può pretendere che, invece, il luogo di lavoro sia totalmente estraneo a tale rischio perché, procedendo in questa direzione, si giungerebbe a pretendere un lavoro a rischio zero, ipotesi questa stigmatizzata recentemente dalla Cassazione.

Ed allora i timori e le paure devono svanire e deve intervenire la coscienza che il nostro ordinamento ha in sé tutti gli strumenti e le regole per garantire la salute e la sicurezza per i lavoratori e per punire solo coloro che hanno colpevolmente o consapevolmente violato tale obbligo.

Bibliografia

- **ALESSI - VALLAURI**, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. Bonardi - U. Carabelli - M. D'Onghia - L. Zoppoli (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020.
- **AVOGARO**, *Infortunio in itinere: criticità e temi giurisprudenziali*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017.
- **BALDWIN**, *La grande convergenza. Tecnologia informatica, web e nuova globalizzazione*, Bologna, 2018.
- **BAVARO**, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008.
- **BROLLO**, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Foro.it*, 2020.
- **BROLLO**, *Innovazioni nella didattica del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2020.
- **BUTERA**, da ultimo, *Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell'Italia che vogliamo*, Venezia, 2020,
- **CALAFÀ**, *Il sostegno della Genitorialità dopo il Jobs Act*, in *Foro.it*, 2015.
- **CARAVÀ**, commento *ad vocem*, in **E. Sciaudone - E. Caravà** (a cura di), *Il Codice della Privacy*, Pisa, 2019. **IACOBUCCI**, *Privacy e sanità tra Regolamento 679/2016/UE e Codice privacy come modificato dal d.lgs. 101/2018*, in **L. Mariani - R. Pegoraro - D. Ruggiu** (a cura di), *Salute della popolazione, Big Data e sistemi integrati: una proposta etica*, Padova, 2019.
- **CARUSO - DEL PUNTA - TREU**, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *Labour web - CSDLE "Massimo D'Antona*, maggio 2020.
- **CARUSO**, *"The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016.
- **CARUSO**, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in corso di pubbl. In precedenza sulle traiettorie verso il futuro v. Id., *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediale legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019.

- **CHERCHI- DEFFENU**, “Fonti e provvedimenti dell’emergenza sanitaria covid-19:prime riflessioni”, in *Dirittiregionali.it*, n.1.2020.
- **CORSO**, *Smart Working*, in Sacconi - Massagli (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2016.
- **CORSO**, *Smart Working*, in M. SACCONI, E. MASSAGLI (a cura di), *Le relazioni di prossimità nel lavoro 4.0*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 60/2016.
- **CUTTONE**, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo, tempo e azione*, in VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, Napoli, 2018.
- **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. ind.*, 2017.
- **DAGNINO - MOSCARITOLO**, *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?*, Bollettino ADAPT, 19 settembre 2016.
- **DAGNINO - MENEGOTTO - PELUSI - TIRABOSCHI**, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2107*, Adapt University Press, 2017.
- **DAGNINO - MENEGOTTO - PELUSI -TIRABOSCHI**, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017: formule contrattuali, schemi operativi, mappatura della contrattazione collettiva*, ADAPT University Press, 2017.
- **DAGNINO - TIRABOSCHI** (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT University Press, 2016.
- **DAGNINO, MENEGOTTO, PELUSI, TIRABOSCHI**, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017.
- **DAGNINO**, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. lav. ind.*, 2017.
- **DAGNINO**, *Lavoro agile: una questione definitoria*, in E. DAGNINO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti sul lavoro agile e lavoro autonomo*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 50/2016.
- **D'ANTONA**, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990.

- **DE MARINIS**, *Obbligazione di lavoro ed emergenza epidemiologica*, e L. Foglia, *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, entrambi in A. Pileggi (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, ed. LPO, e-book, 2020.
- **DIAMOND**, *Armi, acciaio e malattie. Breve storia del mondo negli ultimi tredicimila anni*, Torino, 1998.
- **DONINI**, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in Tullini (a cura di) *Web e lavoro: profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017.
- **FAILLA**, *Job Act autonomi e smart working: "specchio dell'evoluzione sociale"*, in *Quotidiano Ipsos*, 8 aprile 2017.
- **FALASCA**, *Jobs Act autonomi e smart working, la nuova normativa*, in *Guida lav.*, 2017.
- **FALSONE**, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016.
- **FALSONE**, *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in M. BIASI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2017.
- **FIORILLO - PERULLI** (a cura di), *Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018.
- **FLORIDI**, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.
- **FREDIANI**, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Foro.it*, 2020.
- **FREDIANI**, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in *Foro.it* 2017.
- **GAROFALO** (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University Press, 2018.
- **GAROFALO** (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University Press, 2018.
- **GRANDI**, *Nuove riflessioni sull'oggetto del contratto di lavoro*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008.
- **GUARISO**, *Emergenza COVID-19 e lavoro agile*, in *Newsletter Wikilabour.it*, n. 6, 23 marzo 2020.
- **GUARISO**, *Emergenza COVID-19 e lavoro agile*, in *Newsletter Wikilabour.it*, n. 6, 23 marzo 2020.
- **IACOBUCCI**, *Il controllo esterno nel lavoro agile*, 30 luglio 2018, in *giustiziacivile.com*.

- **IODICE**, *"Lavoro Agile": le criticità presenti nei ddl 2229 e 2233 e i rischi di una contrattazione al buio*, in *Boll. ADAPT*, 13 giugno 2016.
- **LAI, RICCIARDI**, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2016.
- **LAMBERTI**, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2017.
- **LEONE**, *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in *questionegiustizia.it*, 21 marzo 2020.
- **MANZELLA - NESPOLI**, *Le parole del lavoro: un glossario internazionale/22- Agile o smart?*, *Bollettino Adapt*, 2 febbraio 2016.
- **MARAZZA**, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020.
- **MARAZZA**, *L'art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020.
- **MARAZZA**, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.
- **MARESCA**, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *federalismi.it*, n. 87/2020.
- **MARRUCCI**, *Lavoro agile, le indicazioni operative dell'Inail*, in *Guida al lavoro*, 2017.
- **MENEGOTTO**, *Coronavirus: trasferte, lavoro agile e telelavoro*, in *Boll. Adapt*, 7, 17 febbraio 2020.
- **MISCIONE**, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Foro.it.*, 2020.
- **NAPOLI**, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. giur. lav.*, 1997.
- **OCCHINO**, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018.
- **PASSALACQUA**, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014.
- **PAZIENZA**, *Il lavoro agile (c.d. smartworking) nel periodo di emergenza da coronavirus: forme di tutele dal lavoratore dipendente*, ALVINO, *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza COVID-19?*, tutti in <http://www.dirittoegiustizia.it>.
- **PERULLI - FIORILLO** (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018.
- **QUAMMEN**, *Spillover. L'evoluzione delle pandemie*, Milano, 2013.

- **RAUSEI**, *Lavoro agile e contrasto al virus COVIS-19*, in *Dir. prat. lav.*, 11/2020.
- **RAUSEI**, *Tutto Jobs Act. Lavoro autonomo e smart work*, Milano, 2016.
- **RICCI**, *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ.*, 2018.
- **ROCCELLA**, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2000.
- **SALAZAR - MARIANI - ARLATI**, *Congedi parentali e maternità*, *Officina del diritto* 2016.
- **SANTORO PASSARELLI**, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017.
- **SIGNORINI**, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino, 2018.
- **SPINELLI**, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018.
- **SPINELLI**, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018.
- **SPINELLI**, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018.
- **TIRABOSCHI**, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2017.
- **TIRABOSCHI**, *Un contributo alla gestione delle problematiche giuslavoristiche della emergenza da coronavirus*, in *Boll. Adapt*, 7, 17 febbraio 2020.
- **TOMASSETTI**, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016.
- **TROISI**, *Il comma 7, lettera f), della legge delega n. 183/2014: tra costruzione del Diritto del lavoro dell'era tecnologica e liberalizzazione dei controlli a distanza sui lavoratori*, in Rusciano - Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, *Collective Volumes*, 2014.
- **VERZARO** (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale: stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018.
- **VERZARO** (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Napoli, 2018.

- **VITALETTI**, *Equilibrio tra attività lavorativa e vita familiare nell'emergenza Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020.
- **VOZA**, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2017.
- **ZILIO GRANDI - BIASI** (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.
- **ZILIO GRANDI - BIASI** (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018.
- **ZUCARO**, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *LaBouR&LawIssues*, 2019.