

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Il “testo unificato” delle dieci proposte di legge in tema di lavoro agile

Un *pot-pourri* legislativo
di dubbia coerenza e di scarsa utilità

Domenico Iodice

Giuslavorista – Comitato scientifico Fondazione Fiba

Working Paper n. 7/2022

ABSTRACT

Durante la pandemia il legislatore, sospendendo le previsioni dell'art. 18 della l. n. 81/2017, ha legittimato una sperimentazione "forzata" di lavoro remotizzato domiciliare, cui oggi è necessario porre termine con il lavoro delle parti sociali. Queste hanno dimostrato grande vitalità anche durante l'emergenza, introducendo norme collettive adattive. Perché mai allora riformare profondamente la l. n. 81? L'interrogativo è corroborato dalla intrinseca incoerenza tra i vari disegni di legge confluiti nel "Testo unificato adottato come testo base" dalla Commissione Lavoro della Camera il 16 marzo 2022. La disamina del testo ne evidenzia in chiave critica le principali questioni: definizione vaga di lavoro agile, disciplina di legge in tema di disconnessione e disciplinare, "demandi" scarsi alla contrattazione collettiva e robusti a quella individuale su aspetti qualificanti del rapporto.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- La "transizione digitale" implica una incoercibile remotizzazione del lavoro, prevalente sulle ragioni di conciliazione delle persone?
- La nuova nozione di lavoro agile è assorbitiva di ogni forma remotizzata, compresa quella domiciliare?
- Il mancato richiamo all'organizzazione del lavoro "per obiettivi" è un argine al rischio di trasformare la prestazione di mezzi in obbligazione di risultati?
- Il demando di legge alla contrattazione individuale produce effetti potenzialmente sostitutivi rispetto alle pregresse norme pattizie collettive che regolano il rapporto di lavoro agile?
- Il diritto alla disconnessione ha una doppia disciplina: di contrattazione collettiva e di legge, a tutela dei diritti individuali incoercibili.
- È introdotta una specifica limitazione del potere conformativo datoriale in materia disciplinare, a presidio della natura "accessoria" del patto di lavoro agile.

IL MESSAGGIO

Alcuni pregevoli intenti promozionali perseguiti dal legislatore del testo unificato appaiono contraddetti dal tentativo di introdurre d'imperio una disciplina del rapporto di lavoro fatta di pochi contenuti precettivi di legge e di forti demandi alla contrattazione individuale. Dietro la veste nobile del principio ordinatore di legge e del demando formale alla contrattazione collettiva, si celano le contraddizioni di una disciplina potenzialmente destrutturante del rapporto di lavoro. L'auspicio è che il Parlamento possa raccogliere le (poche) luci e superare le (molte) ombre presenti nell'attuale versione del testo unificato per addivenire ad una novella di impatto minimale, che valorizzi la contrattazione collettiva come fonte nomopoietica del lavoro agile. In alternativa, molto meglio lasciare la l. n. 81 così com'è: le parti collettive hanno dimostrato di poter colmare, in regime di autarchia, le sue attuali lacune normative.

Indice

1. Una premessa di contesto. C'è proprio bisogno del fuoco incrociato del legislatore?.....	4
2. La “nuova” nozione di lavoro agile è una fattispecie giuridica sussuntiva di ogni possibile configurazione del lavoro remotizzato?	5
3. Una scelta precisa: i “demandi” alla contrattazione collettiva e a quella individuale	7
4. I temi affidati alla contrattazione individuale: un demando esclusivo?	11
5. Il diritto di disconnessione e il potere disciplinare: un recupero di tutele forti <i>ope legis</i>	12
6. Considerazioni finali ed auspici	14

1. Una premessa di contesto. C'è proprio bisogno del fuoco incrociato del legislatore?

Durante gli anni della pandemia di Covid-19 il legislatore dell'emergenza, sospendendo le previsioni dell'art. 18 della l. n. 81/2017, ha legittimato una **sperimentazione forzata di lavoro remotizzato domiciliare**, senza che fosse necessario uno specifico accordo individuale tra dipendente e parte datoriale. A tale sperimentazione oggi è necessario porre termine. Anche durante la fase emergenziale le parti sociali hanno, in alcuni casi, introdotto **norme collettive adattive**, dimostrando grande vitalità. Tali norme sono state volte a consentire sia l'accesso al lavoro in remoto, nei casi in cui lo stesso era sottoposto a condizionalità che ne rendevano incerto l'esercizio, sia il mantenimento, anche in emergenza sanitaria, di condizioni minime di socialità del lavoro (ad esempio, garantendo i diritti di assemblea sindacale in remoto).

Malgrado le parti sociali abbiano dimostrato finora una notevole capacità adattiva, studiosi e manager d'impresa si affrettano a considerare conclusa, insieme alla legislazione emergenziale, persino la parabola della l. n. 81/2017, a torto considerata espressione di un'era ormai superata. Eppure la contrattazione collettiva, sia settoriale sia aziendale o territoriale, ha dimostrato grande capacità di adattamento ai diversi contesti produttivi e alle diverse congiunture storico-economiche, compresa quella relativa all'era pandemica e alla successiva transizione digitale e *green*. Negli anni successivi al 2017, infatti, e persino durante la fase emergenziale, la contrattazione collettiva di settore (in occasione dei rinnovi periodici a scadenza) ha generalmente recepito e tradotto in norme giuridiche i postulati fondamentali della l. n. 81, come il **principio di alternanza tra lavoro in presenza e in remoto**, il **diritto di disconnessione**, la garanzia della **volontarietà di accesso e recesso** dalla sola modalità accessoria della prestazione denominata "lavoro agile".

Se, dunque, la *ratio legis* fondamentale (l'equilibrio tra esigenze aziendali di flessibilità ed esigenze personali di conciliazione vita-lavoro) è stata finora ben presidiata dalla contrattazione collettiva, **perché mai urge riformare profondamente la l. n. 81**? Quali finalità intende perseguire il legislatore della proposta di novella, che in questi mesi sta impegnando i lavori parlamentari in iniziative tanto rapsodiche quanto numerose e frettolose?

Stiamo parlando delle numerose iniziative legislative parlamentari che si sono accavallate in materia: **C. 2282 Gagliardi; C. 2417 Barzotti, C. 2667 Lucaselli, C. 2685 Val-lascas, C. 2817 Serracchiani, C. 2851 Giarrizzo, C. 2870 Giarrizzo, C. 2908 Villani, C. 3027 Mura e C. 3150 Zangrillo**.

I nostri interrogativi sono corroborati dalla intrinseca incoerenza tra le varie proposte di legge, che sono confluite, costituendole il substrato giuridico, nel "**Testo unificato adottato come testo base**" dalla Commissione permanente XI Lavoro della Camera il 16 marzo 2022.

Detta tecnica legislativa (il "testo unificato") **non è affatto insolita**, se si rammenta che per esempio anche il testo della stessa l. n. 81/2017 riviene proprio dalla unificazione di due disegni di legge principali (il d.d.l. 2229 e il d.d.l. 2233, a suo tempo già oggetto di nostra approfondita e critica analisi) ⁽¹⁾. All'epoca dei d.d.l. *ante legem* manca-

⁽¹⁾ Sul punto, cfr. D. IODICE, "*Lavoro Agile*": *le criticità presenti nei ddl 2229 e 2233 e i rischi della contrattazione al buio*, in *Boll. ADAPT*, 2016.

va ogni inquadramento normativo del fenomeno “lavoro agile” e dunque le ragioni dell’intervento legislativo erano evidenti, *in re ipsa*. Oggi, invece, le ragioni che hanno indotto prima un profluvio di iniziative di legge e poi l’attuale accelerazione del testo unificante, appaiono francamente meno comprensibili e ancor meno condivisibili. Ignoti sono anche, almeno a chi scrive, i tempi e le modalità previste per lo sviluppo dell’iter legislativo, così come, a maggior ragione, i suoi più probabili esiti.

2. La “nuova” nozione di lavoro agile è una fattispecie giuridica sussuntiva di ogni possibile configurazione del lavoro remotizzato?

Al netto dei dubbi e delle considerazioni prima espressi, è utile fin d’ora sollevare e chiarire **alcune questioni giuslavoristiche sottese alle formulazioni contenute nel testo**, reperibile come “**Allegato 8**” ⁽²⁾ (contenente *Modifiche al capo II della legge 22 maggio 2017 n. 81 concernenti la disciplina del lavoro agile*). Esse intendono dimostrare le **contraddizioni** e soprattutto la mancanza di una coerenza di *ratio* tra le varie previsioni, evidentemente trasposte da ciascuno degli originari disegni di legge senza un vero sforzo di sintesi unificante e, soprattutto, senza una visione strategica e prospettica. Tra i (non numerosi ma frettolosi) commenti reperiti in rete allo schema di testo unificato, alcuni hanno indicato come novità di maggiore rilievo un presunto riconoscimento del primato della contrattazione collettiva. Su tali valutazioni non concordiamo affatto. La contrattazione collettiva è stata a nostro avviso scientificamente vulnerata da un corposo rimando alla contrattazione individuale, che riguarda aspetti cruciali della regolamentazione del rapporto di lavoro. Ma prima di argomentare in tal senso, procediamo con ordine con alcune puntuali osservazioni sul testo.

La prima, significativa differenza presente nel testo unificato, che intenderebbe modificare l’art. 18, della l. n. 81, è il **mancato riferimento teleologico insito nella nozione dell’istituto del lavoro agile**: è espunto il riferimento alle finalità di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». Al contrario, la vigente norma individua proprio in tale equilibrio tra esigenze personali e d’impresa il presupposto di applicazione della disciplina di legge.

Per quale ragione si è preferito rinunziarvi, in una così importante **nozione giuridica** (quella di lavoro agile come «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato») e invece si è inteso utilizzare una **formulazione puramente descrittiva** della sua disciplina giuridica? Forse perché la transizione digitale implica di per sé una più decisa riorganizzazione dei modelli produttivi, diretti a una strutturale e definitiva remotizzazione del lavoro, persino prevalente sulle ragioni della conciliazione dei tempi di vita e del lavoro? In tal senso, si parla nel nuovo testo unificato per la prima volta di “attività lavorativa da remoto”. Altro indizio si ricava dal mancato riferimento all’“accordo tra le parti” (contenuto nel testo attuale di legge), che verrebbe sostituito dalla espressione “su base volontaria”. Sembrerebbe trattarsi, a una lettura superficiale, di un mero *restyling* lessicale, ma in realtà mentre nella vigente formulazione dell’art. 18 si fa riferimento al-

(2) Reperibile qui: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=A&anno=2022&mese=03&giorno=16&view=&commissione=11#data.20220316.com11.allegati.all00080>.

la necessità dell'accordo (collettivo o individuale), il diverso, diretto e inequivoco richiamo alla "base volontaria" presente nel testo della proposta di novella esclude l'accordo collettivo ed evoca chiaramente, come requisito essenziale, il solo accordo individuale: postula la **trattativa diretta tra datore di lavoro e singolo lavoratore**.

Altro elemento che scomparirebbe dal testo dell'art. 18, e che quindi non rappresenterebbe più né *ratio legis* della nozione giuridica di lavoro agile né materia di contrattazione collettiva, è il c.d. "principio dell'alternanza": che cioè la prestazione lavorativa debba essere 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». Si tratta di un ulteriore indizio che suffraga la tesi che **la nuova nozione di lavoro agile proposta dal testo unificato tende a divenire assorbente di tutte le possibili fenomenologie del lavoro remotizzato, compreso quello domiciliare**. Emblematica è in tal senso la materia della seduta referente del 16 marzo 2022, che ha poi visto l'adozione del testo unificato da parte della commissione parlamentare: *Disposizioni in materia di lavoro agile e di lavoro a distanza* ⁽³⁾. Si configura insomma una sorta di ameba, una fattispecie giuridica sussuntiva di ogni possibile forma di lavoro a distanza, sull'unico presupposto legittimante della (libera) adesione del singolo lavoratore alla proposta datoriale.

Un ulteriore elemento fortemente qualificante la nuova nozione di lavoro agile è il **mancato richiamo alle forme di organizzazione "per obiettivi"**: espunto dalla nuova formula, rimarrebbe possibile il solo lavoro agile "per fasi e cicli". Su questo specifico punto, comprendiamo e condividiamo quella che potrebbe costituire una giusta preoccupazione del legislatore della novella. Forse si tratta di un limite introdotto in bilanciamento *ope legis* di interessi in gioco, per evitare di legittimare, in un assetto normativo che già di per sé privilegia la contrattazione individuale, una ulteriore leva del "contratto psicologico" che lega il lavoratore al suo datore di lavoro: **il lavoro remotizzato domiciliare per obiettivi rischierebbe di divenire molto diverso da una mera modalità accessoria del rapporto subordinato e molto simile al lavoro domiciliare a cottimo, previsto dalla l. 18 dicembre 1973 n. 877** ⁽⁴⁾.

Insomma, una volta riconosciute come forti le prerogative conformative datoriali con riferimento alla nuova organizzazione del lavoro, il legislatore avrebbe inteso porre almeno **un limite all'interesse imprenditoriale a trasformare la prestazione di mezzi (fattispecie tipica prevalente nel lavoro subordinato) in obbligazione di risultati**. Tale trasformazione, se non arginata, avrebbe conseguenze pericolose e ad oggi inesplorate ai fini dell'individuazione dell'**esatto adempimento della prestazione lavorativa, con la possibile obiettivazione e quantificazione dei criteri di individuazione dello "scarso rendimento"** ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cfr. Camera dei deputati, mercoledì 16 marzo 2022, XVIII legislatura, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Lavoro pubblico e privato (XI), p. 117: <https://www.camera.it/leg18/824?tipo=C&anno=2022&mese=03&giorno=16&view=&commissione=11&pagina=data.20220316.com11.bollettino.sede00040.tit00010.int00010#data.20220316.com11.bollettino.sede00040.tit00010.int00010>.

⁽⁴⁾ Sul punto, cfr. D. IODICE, *Diritto alla sede fisica e all'orario nel lavoro in remoto: attrezzi vecchi o presidio della natura subordinata del rapporto?*, Working Paper ADAPT, 2021, n. 4, specificamente pp. 16-17, 24-27.

⁽⁵⁾ A tale riguardo, nell'esperienza pratica del lavoro remotizzato di alcuni settori produttivi (come ad esempio quello bancario, caratterizzato dalle c.d. "pressioni commerciali") il controllo sui risultati oggi non si sostituisce, ma si somma al controllo sui mezzi e sui tempi, fino a divenire pervasiva, ossessiva, ridondante forma di nuovo "controllo totale" dei dati e delle performance individuali.

Diverso è invece il tema del **doveroso riconoscimento economico della produttività del lavoro**, che non è messo in discussione né negato in conseguenza dell'esclusione terminologica nella nuova formula di testo. L'esclusione della forma di lavoro per obiettivi rileva, lo ribadiamo, solo ai fini della configurazione dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa ed è, sotto il profilo giuslavoristico, iniziativa apprezzabile.

3. Una scelta precisa: i “demandi” alla contrattazione collettiva e a quella individuale

Le novità più significative riguardano il **secondo comma** della proposta di novella dell'art. 18. Per comprenderne la portata, facciamo un passo indietro e torniamo ad analizzare il testo di legge vigente.

L'attuale formulazione ha il grave difetto di evocare l'“accordo tra le parti”, senza precisare se si tratti di parti collettive o individuali, e quindi implicandole entrambe. Dunque l'art. 18 consente oggi al datore di lavoro una **doppia opzione: percorrere la strada dell'accordo collettivo** (di settore e/o aziendale) **in alternativa o in aggiunta a quella dell'accordo individuale**. Da questa cattiva formulazione di legge scaturisce il rischio di una contrattazione collettiva particolarmente debole, in quanto in mancanza di accordo tra parti collettive (o persino in assenza di coinvolgimento sindacale e di conseguente negoziazione collettiva) il datore di lavoro potrebbe teoricamente rivolgere la propria proposta contrattuale direttamente al singolo lavoratore ⁽⁶⁾. Tale rischio è stato gestito e superato da alcune normative contrattuali di settore, come è il caso del **CCNL ABI del 19 dicembre 2019**, che prevede una **disciplina di per sé compiuta del lavoro agile**, inserita organicamente nel dettato contrattuale, e che è **modificabile**, per volontà delle medesime parti collettive di settore, **solo mediante accordi collettivi aziendali adattivi** (non è invece modificabile dagli accordi individuali).

Il testo unificato qui in esame ha, rispetto al dettato della l. n. 81, il pregio di operare un formale, **preciso demando tematico** alla contrattazione collettiva per la disciplina di **alcuni aspetti** dell'esecuzione del lavoro agile. Addirittura si prevede, per un presidio rafforzato delle ragioni della contrattazione collettiva, che «la mancata promozione delle procedure per la stipulazione degli accordi di cui al comma 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Non si tratta certo di una garanzia di esiti di contrattazione forte, ma almeno si introduce una vera garanzia di contrattazione collettiva.

Il vulnus della previsione del testo unificato è, però, nella sostanza dei demandi alla contrattazione collettiva, che sono contenutisticamente troppo poveri e, soprattutto, troppo limitanti. Gli aspetti più delicati e contenutistici del rapporto di lavoro, che possono nel concreto garantire o al contrario minare l'equilibrio degli interessi in gioco, sono infatti affidati alla sola contrattazione individuale. Si tratta di una impostazione metodologica francamente inaccettabile. Il legislatore interviene d'imperio in materia giuslavoristica affidando la disciplina di aspetti sostanziali e qualificanti del rapporto di lavoro alle parti individuali, dimenticando che **sussiste uno squilibrio di**

⁽⁶⁾ Sul punto, cfr. D. IODICE, R. COLOMBANI, *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, Working Paper ADAPT, 2017, n. 9.

forze contrattuali tra datore di lavoro e singolo lavoratore, e che tale è il presupposto e il punto di partenza insopprimibile del diritto del lavoro (e del diritto sindacale). È altresì illusorio pensare che il demando alla contrattazione diretta del lavoro domiciliare remotizzato possa costituire una normativa di *favor praestatoris*.

Approfondiamo, ora, **i temi affidati alla contrattazione collettiva**, sia settoriale sia aziendale.

«a) la responsabilità del datore di lavoro e del lavoratore per quanto attiene alla sicurezza e al buon funzionamento degli strumenti tecnologici»: rammentiamo che la responsabilità giuridica in materia, tracciata dall'art. 2087 c.c., incombe al singolo imprenditore e postula da parte di questi la scelta di standard adeguati allo specifico contesto produttivo, da individuare anche nel c.d. D.V.R. Pertanto il demando sembrerebbe riguardare prioritariamente la contrattazione collettiva aziendale, più che quella di settore. Il testo unificato non supera e non migliora la formulazione legislativa vigente della l. n. 81, che pure ha prestato il fianco ad interpretazioni normative erranee e limitative da parte datoriale, quasi che la responsabilità sanitaria dell'imprenditore si riduca e si condensi nella sola sicurezza di funzionamento degli strumenti di lavoro consegnati al lavoratore.

«b) nell'ambito di una riorganizzazione del metodo di lavoro interno all'azienda, il diritto alla priorità concernente le richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile presentate dai seguenti soggetti: 1) dalle lavoratrici e dai lavoratori nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità e di paternità, previsto dall'articolo 16 del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151; 2) dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104; 3) dai lavoratori di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104; 4) dai lavoratori che svolgono funzione di caregiver familiare, come definito dall'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205». Questo punto rimane abbastanza oscuro, sia nel significato sia nelle sue declinazioni pratiche. Anzitutto, è chiaro che il “diritto alla priorità” di accesso **non consiste in un diritto all'accesso al lavoro agile**. Inoltre va rammentato che anche un riconoscimento legislativo di diritti può prevedere limitazioni e/o condizionalità. Abbiamo un esempio di diritto di accesso “condizionato” nelle previsioni di legge della normativa emergenziale, tra cui i commi 1 e 2 dell'art. 90 del d.l. n. 34/2020 (oggetto di rivisitazione con la l. n. 52/2022, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 24/2022), per le quali il diritto di accesso è esigibile «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione» ⁽⁷⁾. In pratica, elencare le sole priorità di accesso al lavoro agile non garantisce l'accesso, se non nei casi in cui l'azienda ritenga “smartabile” l'attività cui è assegnato il lavoratore, oppure nei casi in cui sia il legislatore a formulare un “diritto forte” del lavoratore. Le misure di sostegno della paternità e della maternità, peraltro, oltre che dalla legge, ben potrebbero essere introdotte dalla contrattazione collettiva (nazionale e/o aziendale): **perché allora** precisare *ope legis* che oggetto di demando alle parti collettive è (solo) la definizione delle priorità di accesso e **non prevedere come oggetto di contrattazione collettiva anche la garanzia di accesso?** Una diversa, più ampia ed elastica formulazione del demando avrebbe facilitato, o perlomeno non ostacolato il lavoro negoziale.

⁽⁷⁾ Sul punto, cfr. D. IODICE, *Lavoro agile per genitori di figli under 14 del settore privato nel Decreto Riaperture: diritto a chiedere o a ottenere?*, in *Boll. ADAPT*, 6 giugno 2022, n. 22.

«c) l'equiparazione del lavoratore che svolge la propria attività lavorativa in modalità agile con il personale operante in presenza ai fini del trattamento economico e normativo, del diritto alla salute e alla sicurezza sul lavoro, nonché dello sviluppo delle opportunità di carriera e crescita retributiva, del diritto alla formazione e all'apprendimento permanente e alla periodica certificazione delle relative competenze»: si tratta a nostro avviso di un **demando corretto, ma troppo limitato**, che postula una verifica concreta, operata dalle parti collettive, circa l'assenza di condizioni di discriminazione sostanziale nei confronti dei lavoratori in smart working. L'equiparazione, che richiama indirettamente il principio di cui all'art. 3 comma 2 Cost., riguarda non soltanto l'applicazione ai lavoratori "in remoto" degli istituti contrattuali che riconoscono e regolano i **diritti individuali** di natura economica e normativa per i lavoratori "in presenza", ma anche il delicatissimo tema del rispetto del **diritto alla salute e alla sicurezza** del lavoratore. In pratica, **la verifica per via pattizia riguarda la congruità degli strumenti organizzativi datoriali atti a parificare il trattamento dei lavoratori in presenza e di quelli in remoto**: è inaccettabile, ad esempio, che gli obblighi datoriali si riassumano, per il lavoro remotizzato domiciliare, nella mera consegna al lavoratore dell'informativa di legge (contenente l'indicazione dei rischi generici e specifici), dato che le modalità della prestazione sono proclivi al telelavoro, fino a divenire di fatto assimilabili allo stesso (che, lo ricordiamo, beneficia di migliori garanzie in tema di salute e sicurezza).

Per inciso, segnaliamo a riguardo che il successivo art. 4 del testo unificato propone una novella dell'art. 29, comma 3, primo periodo, del d.lgs. n. 81/2008 per effetto della quale sarebbero inclusi nell'informativa «i rischi connessi e/o collegati alle attrezzature munite di videoterminali e alla connettività in rete, nonché quelli inerenti il trattamento dei dati personali modi della disconnessione e i tempi di riposo».

L'equiparazione di trattamento ai lavoratori in presenza come materia di contrattazione collettiva riguarda anche i **percorsi professionali**, la fruizione della **formazione** e la **certificazione delle competenze**. La *ratio* della norma è, lo ricordiamo, di consentire la valutazione e la validazione, per via di contrattazione collettiva, della congruità dei trattamenti e delle misure specifiche introdotte per il lavoro in remoto, sotto il profilo della "equiparabilità", e non già di introdurre una nuova "materia disponibile" per la c.d. contrattazione in deroga. **Tuttavia il successivo comma 3 opera un curioso distinguo semantico**. Ivi si afferma infatti che «l'applicazione di trattamenti non inferiori, rispetto a quelli previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché il rispetto dei diritti e delle garanzie, di cui alla presente legge, è condizione necessaria per l'accesso del datore di lavoro a misure di sostegno, promozione ed incentivazione, e ad ogni altra iniziativa in favore del lavoro in modalità agile». Dal combinato disposto del punto c) del comma 2 e del summenzionato comma 3, sembra potersi desumere, alternativamente: o che la nozione di "equiparazione" non coincida esattamente con quella di "trattamento non inferiore", oppure che, se la nozione è invece coincidente, il legislatore operi un demando alla contrattazione collettiva postulando già la possibilità che quest'ultima introduca una regolamentazione ad hoc peggiorativa per i lavoratori in remoto. In questo secondo caso, scatterebbe l'unica sanzione (ben poco dissuasiva) del mancato accesso agli incentivi di legge.

Una ancor più curiosa limitazione alla valutazione di equiparazione, operata "a monte" direttamente dal legislatore, riguarda l'**esclusione dai demandi alla contrattazione collettiva del tema dell'orario di lavoro e (implicitamente) dei connessi istituti (contrattuali) che regolano il diritto economico alla reperibilità e all'intervento**. Non si

tratta affatto di una svista del legislatore del testo unificato, che infatti al successivo art. 2 d'imperio introduce addirittura una **fattispecie esplicitamente derogatoria** (dunque di legge e non per via contrattuale) **in materia di: orario normale di lavoro, durata massima dell'orario di lavoro, lavoro straordinario, riposi, pause, lavoro notturno**. Modificando l'art. 17 del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66, la novella parificherebbe ad altre fattispecie (già) disciplinate in regime di deroga anche le «prestazioni rese nell'ambito dell'esecuzione del rapporto di lavoro con modalità agile». In questo caso non solo ci si allontana dalla logica dell'armonizzazione/equiparazione dei trattamenti per via negoziale collettiva, ma **si parifica, sostanzialmente d'imperio, la condizione dei lavoratori "agili" a quella dei lavoratori "a domicilio" o a quella dei telelavoratori**. Inoltre si presuppone, in maniera del tutto apodittica, che la modalità della prestazione di lavoro remotizzato, «a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata», non sia mai «misurata o predeterminata» o che sia sempre «determinata dai lavoratori stessi»⁽⁸⁾. *Quid iuris* nel caso in cui la contrattazione individuale stabilisca nel concreto, invece, criteri temporali certi e misurati e predeterminati dal datore di lavoro? In tal caso varrebbe comunque la deroga introdotta *ope legis* a legittimare l'esclusione, ad esempio, del pagamento di indennità di reperibilità e intervento introdotti dalla contrattazione collettiva settoriale o aziendale per i lavoratori in presenza? Ad avviso di chi scrive, la formulazione della norma è, in questa accezione di senso di "deroga tombale" a diritti individuali di natura retributiva, davvero ai limiti della anti-giuridicità.

«d) il diritto a usufruire delle ferie e dei permessi, con le modalità previste dalla legge e dai contratti collettivi»: il demando presuppone che la contrattazione collettiva possa, in ipotesi, definire **regole e condizioni di accesso a ferie e permessi, diverse per chi lavora in presenza e chi lavora in remoto**, e tale presupposizione ci lascia perlomeno perplessi.

«e) il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche, dalle piattaforme informatiche e da qualsiasi strumento e/o applicativo di comunicazione»: si tratta di un **demando corretto, ma limitante**. Sarebbe a nostro avviso auspicabile che la contrattazione collettiva potesse affrontare anche il tema del **dovere di disconnessione**, ovvero dell'impegno del datore di lavoro di garantire l'effettiva disconnessione mediante la disattivazione dei propri dispositivi di interazione con il lavoratore al termine dell'orario di lavoro e di quello di eventuale reperibilità dello stesso. Più in generale, affermare che il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e di comunicazione sia materia disponibile per la contrattazione collettiva ci sembra azzardato. Si tratta infatti di diritto individuale che non può ritenersi comprimibile, mentre la materia negoziale deve riguardare solo la piena garanzia di esercizio del diritto stesso. Tale considerazione sembra essere stata oggetto di valutazione da parte del legislatore del testo unificato, che infatti ha introdotto a riguardo alcuni **presidi forti di tutela individuale, al di fuori delle materie demandate** rispettivamente sia alla contrattazione collettiva sia a quella individuale: se ne tratta, di seguito, **all'art. 4** (di seguito approfondiamo il relativo commento).

Esaurite le fattispecie (apparentemente tipizzate) di demando regolatorio alla contrattazione collettiva, il testo unificato individua anche, all'art. 3 (che intende modificare l'art. 19 della l. n. 81/2017) gli **specifici demandi alla contrattazione individuale**. Prima di esaminarli, occorre evidenziare che, in base all'opera di ingegneria giuridica sottesa all'impianto del testo unificato, il legislatore sembra voler escludere con

⁽⁸⁾ Formula contenuta nel comma 5 dell'art. 17 del d.lgs. n. 66/2003, espressamente richiamato dall'art. 2 del testo unificato.

d'ombra o punti di contatto tra aree di disciplina della contrattazione collettiva e di quella individuale: *tertium non datur!* Questa proposizione presuppone cioè che **tutti gli ambiti di disciplina non espressamente demandati alla contrattazione collettiva o individuale siano già stati compiutamente definiti dal legislatore.**

Rimaniamo francamente perplessi di fronte all'ipotesi, ventilata dal legislatore, che la contrattazione collettiva non debba svolgere, anche al di fuori dei demandi, un'attività negoziale di *derogatio in melius* rispetto alla legge. Inoltre tale costruzione giuridica rischia di mettere in discussione persino gli assetti normativi definiti *ante legem* dalla contrattazione collettiva: ***quid iuris nel caso di discipline giuridiche già introdotte dai contratti collettivi tuttora vigenti?*** Ad esempio: una materia già disciplinata da un CCNL non scaduto, e da questo demandata alla contrattazione aziendale per eventuali discipline adattive, rischia di divenire *ope legis* materia di contrattazione individuale? **Si tratterebbe in tal caso di una contrattazione individuale con effetti potenzialmente sostitutivi**, giuridicamente giustificati come **prevalenti sulle norme pattizie collettive**, in quanto originati da fonte gerarchicamente superiore (la legge) e cronologicamente successiva. Tali conseguenze, se confermate, devasterebbero la c.d. "gerarchia delle fonti": esse appaiono, nelle premesse così come negli esiti, francamente inaccettabili. Sono causate da una scelta fin troppo imperiosa e pervasiva del legislatore del testo unificato, che intenderebbe autorizzare, in pratica, la contrattazione individuale ad attuare una *derogatio in pejus* rispetto alle norme fissate dalla contrattazione collettiva.

4. I temi affidati alla contrattazione individuale: un demando esclusivo?

I temi disciplinati (in via esclusiva?) dalla contrattazione individuale sono:

- «a) la durata dell'accordo;
- b) l'alternanza tra i periodi di lavoro agile all'interno e all'esterno dei locali aziendali;
- c) il monte ore di almeno il 30 per cento da dedicare a ciascuna attività in modalità agile, in quanto compatibile;
- d) le fasce orarie di reperibilità per i lavoratori in modalità agile;
- e) l'informativa in materia di sicurezza sul lavoro;
- f) le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro al fine di garantire al lavoratore medesimo il rispetto effettivo dei tempi di riposo giornaliero e settimanale nonché i riposi durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, con particolare riguardo ai lavoratori che utilizzano in modo continuativo monitor e terminali;
- g) l'attività formativa eventualmente necessaria per lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile, di cui all'articolo 7».

Quanto al **punto b)**, sembra francamente inopportuno che **il principio dell'alternanza tra lavoro in presenza e lavoro in remoto sia espunto dalla nozione di lavoro agile** (all'art. 18 della l. n. 81/2017), cioè dalla *ratio legis*, e sia **trasferito tout court tra i demandi alla contrattazione individuale**. Il legislatore, pur con l'apparente intento di

agevolare un dialogo diretto e un assetto immediato dei rapporti tra lavoratore e datore di lavoro, sembra ignorare le forme di condizionamento psicologico esercitabili da questi, magari presentando al lavoratore l'opportunità di lavorare comodamente e stabilmente da casa in alternativa ad un trasferimento ad una sede fisica disagiata. In ottica di risparmio dei costi indiretti del lavoro, operati mediante la riduzione delle reti fisiche, persino in accoglimento di specifiche istanze dei lavoratori, non ci sarebbe più alcun bisogno né alcuna possibilità di rientri in presenza, anche perché le sedi fisiche superstiti alle chiusure e più vicine potrebbero essere situate a distanze non agevolmente raggiungibili. **Lasciare la valutazione d'interesse alle sole parti individuali, senza una visione d'insieme e di prospettiva che consideri anche le ragioni della socialità dei luoghi di lavoro e quelle dell'intero ciclo di vita del lavoratore (che può manifestare nel tempo interessi diversi), sarebbe scelta di politica legislativa azzardata e improvvida.** L'adesione individuale, per quanto volontaria, rischia di divenire una scelta praticamente senza ritorno.

Quanto al **punto c)**, non si comprende il significato della previsione di un «monte ore di almeno il 30% di lavoro agile». Si tratta di una **mera norma-obiettivo**, dedotta in contratto individuale ma priva di sanzione specifica perché *nemo ad factum precise cogi potest*? Si tratta di una **norma, sancita nel programma contrattuale individuale, che vincola solo il datore di lavoro** (al rispetto del limite minimo), oppure **solo il lavoratore** (che in ipotesi non potrebbe sottrarsi a una specifica richiesta di prestazione di lavoro agile nel limite massimo), oppure **entrambi**, rispetto a detto programma contrattuale? Si tratta, invece, di una **condizione di accesso al lavoro agile** (incentivato), che diviene **ostativa** per il datore di lavoro per articolazioni inferiori al 30 per cento? E, in tal caso, **come si potrebbe riqualificare giuridicamente la modalità di lavoro in remoto che, in ipotesi, fosse al di sotto della soglia percentuale: come telelavoro non incentivato**? Esiste un *tertium genus* tra telelavoro e lavoro agile? Anche per questa previsione normativa, ci sembra che il legislatore stia entrando “a piedi uniti” in una trama di gioco di cui non conosce dinamica e sviluppo. Meglio farebbe a lasciar fare alle parti collettive.

Anche il **punto d)** rappresenta un'ingiustificata invasione di campo. Come può la contrattazione individuale normare le “fasce orarie di reperibilità”, magari **superando le previsioni dei CCNL in materia di reperibilità** e, perché no, persino le connesse indennità economiche in tema di intervento? Inoltre, per effetto delle previsioni derogatorie di legge di cui all'art. 2 del testo unificato (precedentemente commentate in materia di orario normale di lavoro, durata massima dell'orario di lavoro, lavoro straordinario, riposi, pause, lavoro notturno), sembra evidente che anche **gli spazi di riconoscimento economico del disagio di reperibilità nella contrattazione individuale siano talmente esigui da potersi ritenere praticamente inesistenti.**

5. Il diritto di disconnessione e il potere disciplinare: un recupero di tutele forti ope legis

Il **punto f)** introduce l'ennesima singolarità di questo singolare testo unificato. Le «misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione» non possono essere considerate materia negoziale disponibile; a maggior ragione non possono essere

oggetto di contrattazione individuale al ribasso. Dal punto di vista concettuale, la scelta, qui operata, di lasciare la disciplina della materia alla libera contrattazione individuale del programma contrattuale, postula persino la teorica possibilità di **misure tecniche e organizzative di disconnessione diversificate su base individuale**. Insomma, è forte il rischio di una deriva regolamentare al di fuori di ogni controllo sociale. Anche la materia della disconnessione durante l'orario di lavoro, la disciplina delle pause dal lavoro e della connessa sospensione del controllo diretto sull'attività in remoto, a garanzia della privacy del lavoratore, sono temi troppo importanti e delicati per essere affidati alla libera contrattazione individuale.

Il legislatore del testo unificato sembra, peraltro, essersi avveduto del paventato rischio, perché con un ulteriore colpo di mano crea una norma di protezione del diritto individuale alla disconnessione, mediante una **doppia disciplina del diritto soggettivo alla disconnessione**. Dopo quella di demando alla disciplina pattizia individuale, all'art. 4 (che introduce l'art. 24-bis di modifica alla l. n. 81) il legislatore afferma infatti che «il lavoratore, sia in modalità ordinaria, sia in modalità agile, è sempre titolare del diritto soggettivo alla disconnessione da intendersi come il diritto di estraniarsi dallo spazio digitale e di interromperne la connessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche in proprio possesso, senza che questo possa comportare effetti negativi di natura disciplinare o decurtazioni retributive».

Ai commi successivi dell'art. 4 si afferma, rispettivamente:

a) la piena opponibilità al datore di lavoro del diritto di disconnessione al termine dell'orario di lavoro (orario che però, secondo le previsioni del richiamato d. lgs. 66/2003, è più ampio, in quanto comprende anche i tempi in cui il lavoratore sia solo «a disposizione del datore di lavoro»);

b) l'espresso richiamo all'art. 615-bis c.p., che prevede la **sanzionabilità penale** della violazione datoriale del diritto di disconnessione, a titolo di «interferenze illecite nella vita privata», salvo il fatto costituisca più grave reato. **Sembra che la norma di tutela rafforzata possa valere come norma di chiusura, correttamente posta al di fuori dei demandi alla contrattazione individuale**. Le nostre perplessità sul modello regolamentare del programma contrattuale, costruito sulla logica dei demandi, risultano purtroppo, anziché superate, confermate proprio dall'introduzione di tali correttivi, evidentemente giudicati necessari dallo stesso legislatore.

Analoghe considerazioni critiche valgono per il tema dell'individuazione delle c.d. «attività formative digitali» propedeutiche, di cui al **punto g)**. Per il tema della formazione, peraltro, non è previsto alcun sistema di salvaguardia del diritto soggettivo individuale, magari ricalcato sul modello di quello introdotto al precedente punto f).

Il testo unificato richiama altresì, come contenuto dell'accordo individuale di lavoro agile, **l'opzione di durata "a termine" o "a tempo indeterminato"**; in tale ultimo caso, il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a trenta giorni. In presenza di un 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.

Si tratta di una formula, quella riproposta per lo schema di accordo individuale, quasi sovrapponibile alla previsione dell'art. 19 della l. n. 81, **con l'incomprensibile esclusione**, però, del richiamo alla speciale normativa di tutela dei **lavoratori con disabilità** (presente invece nell'attuale testo di legge oggetto di riforma).

Inoltre non è chiara la ragione per cui il legislatore non abbia considerato opportuna una mediazione e una **sintesi negoziale in sede di contrattazione collettiva sulla durata**

ragionevole dei contratti a termine: una data troppo lunga potrebbe di fatto inibire la possibilità di rientro presso la sede fisica, e una data troppo breve potrebbe svilire il significato stesso dell'accordo individuale. Ma questo è il peccato originale dell'intero impianto legislativo.

Last but not least, merita una riflessione a parte la **giusta scelta**, operata dalla proposta di novella contenuta nel testo unificato, di **abrogare l'art. 21 della l. n. 81/2017 in materia di controllo e disciplinare per il lavoro agile**. La norma dell'art. 21, attualmente vigente, prevede che l'accordo (collettivo e/o individuale) disciplini «l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Sempre detto accordo può individuare anche «le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari».

È a nostro avviso **inappropriato che una materia così delicata possa essere normata**, come oggi purtroppo avviene nei casi di contrattazione individuale, **in maniera** solo formalmente pattizia, ma **sostanzialmente unilaterale dal datore di lavoro**. C'è il rischio, e persino la certezza, riguardante alcuni contratti individuali, che con le proposizioni tipiche dei c.d. “**contratti per adesione**” vengano introdotte clausole di responsabilità rafforzata del lavoratore, particolarmente in materia di **riservatezza dei dati** trattati nel lavoro remotizzato.

Il controllo datoriale realizzato con l'uso degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» è già ormai, per le modificazioni dell'art. 4 comma 2 della l. n. 300/1970 introdotte dal c.d. *Jobs Act*, a tutti gli effetti considerato “controllo diretto”. Esso legittima una pervasività del c.d. “controllo difensivo” datoriale che sconta il solo limite della tutela della privacy del lavoratore. Se a questa già esistente prerogativa datoriale si associa anche la previsione pattizia di fattispecie disciplinari ulteriori e tipiche per il lavoro agile, con sanzioni appositamente applicabili per tale modalità di esecuzione della prestazione, **c'è il rischio di superare de facto la natura di modalità accessoria del rapporto di lavoro, e di introdurre una tipologia di rapporto strutturalmente diversa e alternativa (oltre che potenzialmente discriminante) per struttura, disciplina e controllo**. C'è inoltre certezza che le sanzioni disciplinari espulsive, qualora comminate per comportamenti appositamente individuati per il lavoro agile, rendano di fatto impossibile non soltanto la prosecuzione di tale modalità di lavoro, ma la permanenza del rapporto di lavoro sottostante, cui il lavoro agile accede. Per tutte le ragioni suesposte ci sembra davvero commendevole l'intento abrogativo del legislatore del testo unificato.

6. Considerazioni finali ed auspici

Non ci soffermiamo sulle altre positive novità contenute nel testo unificato, in particolare all'art. 8 (il **credito di imposta** per l'acquisto degli strumenti informatici), all'art. 9 (gli **incentivi** della riduzione pari all'1% sui premi assicurativi dovuti all'INAIL per le aziende che attivano il lavoro agile), all'art. 10 (l'istituzione del **Fondo per la promozione del lavoro agile** con una dotazione di 80 milioni di euro annui). A parte la (scontata) considerazione che manca ancora l'indicazione delle relative coperture finanziarie,

va detto che i pur pregevoli intenti di *moral suasion* perseguiti dal legislatore con tali iniziative promozionali appaiono contraddetti e messi in ombra dal tentativo di introdurre d'imperio una disciplina legislativa del rapporto di lavoro, fatta di pochi contenuti precettivi di legge e di forti demandi alla contrattazione individuale. **Dietro la veste nobile del principio ordinatore di legge e del demando formale** (ma su mere questioni di principio) **alla contrattazione collettiva**, si celano invece tutte le contraddizioni di una **disciplina potenzialmente destrutturante del rapporto di lavoro**.

L'auspicio è che il Parlamento possa raccogliere le (poche) luci e superare le (molte) ombre presenti nell'attuale versione del testo unificato per addivenire, se lo ritiene, ad una **novella di impatto minimale**, più rispettosa delle prerogative della contrattazione collettiva come fonte nomopoietica del lavoro agile. **In alternativa, molto meglio lasciare la l. n. 81 così com'è**: le parti collettive hanno dimostrato di saper guadagnare terreno regolamentare, e di poter efficacemente colmare, in regime di autarchia, alcune delle attuali lacune normative.