

WorkingPaper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

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

Il lavoro agile nella legge n. 81/2017

Flessibilità o destrutturazione del rapporto?

Domenico Iodice – *Ricerca e innovazione contrattuale First Cisl*

Riccardo Colombani – *Responsabile Settore Coordinamenti Aziendali First Cisl*

Working Paper n. 9

ABSTRACT

Fino all'entrata in vigore della l. 22 maggio 2017, n. 81, in assenza di un quadro di riferimento si sono moltiplicate esperienze regolatorie "autarchiche" ad opera delle parti collettive. La nuova panoplia normativa incastona, in un quadro regolamentare aperto, non solo gli attesi elementi di flessibilità organizzativa, ma alcune aporie concettuali dal potenziale ancora inesplorato: è il caso del c.d. "lavoro per obiettivi", inserito tra le modalità di esecuzione del lavoro agile (subordinato), che presenta di per sé caratteri di autonomia e assunzione di rischio da parte del lavoratore. L'analisi dettagliata del testo di legge evidenzia, nel suo complesso, l'esistenza di una "zona grigia" che sul piano pratico integra già forme di ibridazione del rapporto di lavoro. Gli articoli in commento riguardano: le fattispecie di esecuzione di lavoro agile, la forma del rapporto e le modalità di recesso, il trattamento giuridico (comprensivo del diritto all' apprendimento continuo e alla certificazione delle competenze del lavoratore), il potere di controllo e disciplinare, la sicurezza sul lavoro e la tutela per gli infortuni e le malattie professionali

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ Era opportuno introdurre una specifica disciplina del lavoro subordinato "agile" insieme a una normativa generale di tutela del lavoro autonomo?
- ❖ Il lavoro agile non è nuova tipologia contrattuale, ma «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato»
- ❖ La prestazione "per obiettivi" pone però in discussione la natura della prestazione come obbligazione di mezzi
- ❖ A temperamento di ciò, il testo di legge pone limiti alla pattuizione individuale, sancendo che essa può operare «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro». Di fatto, ciò determina l'ambito minimo del c.d. "diritto alla disconnessione"
- ❖ La valenza meramente probatoria della forma scritta limita l'esigibilità delle misure di conciliazione vita-lavoro ma per converso mitiga la pervasività del potere di controllo e, soprattutto, disciplinare del datore di lavoro
- ❖ La mancata indicazione dei comportamenti a rilevanza disciplinare nell'accordo che regola il lavoro agile ne comporta l'inopponibilità al lavoratore
- ❖ Il recesso riguarda la mera modalità del rapporto di lavoro o il rapporto di lavoro?
- ❖ Le modalità del lavoro agile, indebolendo il legame con la sede e la strumentazione di lavoro aziendale, enfatizzano la portata responsabilizzante del dovere di collaborazione del lavoratore, ponendo problemi di equilibrio del principio di responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.*

IL MESSAGGIO

La definitiva formulazione legislativa della materia, sebbene migliorativa rispetto a quella contenuta negli schemi di ddl 2229 e 2233, sottostima le questioni interpretative e applicative che inevitabilmente si porranno, con riferimento alla riconosciuta prerogativa regolatoria (unilaterale) datoriale e al ruolo (accessorio) della contrattazione collettiva. La c.d. "contrattazione individuale" infatti di per sé è inidonea a garantire il riequilibrio del sinallagma a favore della parte debole del rapporto di lavoro. Occorre che le parti collettive prendano responsabilmente atto della necessità di affrontare, necessariamente insieme, la regolazione degli aspetti più delicati del lavoro agile, scrivendo in tal modo un nuovo, inedito capitolo delle relazioni sindacali. Il pieno recupero nomopoietico dell'attività di negoziazione collettiva può garantire, infatti, proprio nell'attuale fase di transizione del lavoro, certezza ed equilibrio del diritto, benessere individuale e organizzativo, sostenibilità e redditività d'impresa

Indice

1. Il titolo della legge.....	5
2. Art. 18: lavoro agile e le varie <i>species facti</i>	6
3. Art. 19: forma e recesso.....	8
4. Art. 20: trattamento, diritto all'apprendimento continuo e certificazione delle competenze del lavoratore.....	9
5. Art. 21: potere di controllo e disciplinare.....	11
6. Art. 22: sicurezza sul lavoro	12
7. Art. 23: assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali	13

Il 14 giugno è entrata in vigore la l. 22 maggio 2017, n. 81 (*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, pubblicata in *GU*, serie generale, n. 135 del 13 giugno 2017).

Si tratta di una legge molto attesa, soprattutto con riguardo alla disciplina giuridica del lavoro agile, che può rappresentare una forma di ulteriore flessibilità organizzativa rispetto al telelavoro. In assenza di un quadro definitivo e normativo di riferimento, con varia denominazione si sono infatti moltiplicate nell'ultimo biennio esperienze regolatorie "autarchiche" ad opera delle parti collettive, ovvero modellate *ad hoc* nei singoli contesti produttivi aziendali, in espressione di quell'autonomia negoziale che è tipica della contrattazione collettiva¹.

Nello stesso orizzonte temporale, l'iter parlamentare è apparso particolarmente tortuoso e travagliato, in quanto ben due ddl, di matrice filosofica obiettivamente diversa, si sono succeduti². Il primo (2229), in ordine cronologico³, aveva inteso disciplinare il lavoro in "modalità agile", nell'ambito del lavoro subordinato, tenendo ben distinta tale fattispecie da quella del lavoro autonomo. Il secondo ddl (2233, nella precedente formulazione)⁴, entrava successivamente nell'iter di legge, introducendo evidenti discontinuità rispetto al testo del ddl 2229, al punto da non poterne essere considerato una implementazione. In particolare nella prima versione del ddl 2233 appariva significativo l'omesso richiamo (non tanto al lavoro subordinato quanto) alle caratteristiche della prestazione lavorativa dedotta nel contratto individuale di lavoro agile: essa era, nelle intenzioni del legislatore del ddl 2233, tendenzialmente connotata come prestazione "per obiettivi", per cui era messa in discussione la natura della prestazione lavorativa di lavoro subordinato come obbligazione di mezzi. C'era insomma il rischio che la prestazione lavorativa potesse essere valutata tendenzialmente, se non esclusivamente, per i risultati. E le implicazioni di tale chiave di lettura avrebbero significato il superamento, ancorché implicito, della nozione generale *ex art. 2094 c.c.* Nonostante tali elementi di incoerenza del ddl 2233, la Commissione Lavoro del Senato (presidente Sacconi) ne aveva effettuato il collegamento tecnico (*ratione materiae*) col precedente ddl 2229, definitivamente confluito nel secondo.

La l. n. 81, recependo a sua volta alcune significative modifiche (in accezione di *favor praestatoris*), consegna oggi al mondo imprenditoriale una panoplia normativa completa, che incastona nel nuovo quadro regolamentare "aperto" non solo gli attesi, ulteriori elementi di flessibilità organizzativa, ma anche alcune residue ma subdole aporie concettuali, rivenienti dall'iter legislativo (in specie contenute nel definito schema del ddl 2233 b), dal potenziale ancora inesplorato.

La legge che esamineremo consta di tre distinti "capi" normativi. Il capo I (*Tutela del lavoro autonomo*) e il capo II (*Lavoro agile*), contengono una disciplina la cui formale, reciproca autonomia tematica deve essere oggetto di scrupolosa analisi critica e verifica

¹ Cfr. E. DAGNINO, P. TOMASSETTI, C. TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper ADAPT, 2016, n. 2.

² Più diffusamente, sul punto cfr. D. IODICE, *Lavoro Agile: le criticità presenti nei ddl 2229 e 2233 e i rischi della contrattazione al buio* di, in *Bollettino ADAPT*, 13 giugno 2016.

³ Dal titolo *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale*, atto del Senato n. 2229.

⁴ Dal titolo corrispondente a quello della attuale legge ma recante significative differenze in termini di disciplina, come appare dal raffronto tra il testo del ddl 2233 e quello del ddl 2233 b, poi convertito in legge.

di coerenza. Viceversa, il capo III (*Disposizioni finali*) contiene norme di mera valenza finanziaria e la rituale formula sul *vigor legis*.

Per ragioni di brevità, l'analisi testuale è limitata agli artt. 18-22, riservando ad un più approfondito esame il commento in chiave sistematica.

1. Il titolo della legge

Il primo interrogativo riguarda l'opportunità politico-legislativa di introdurre una specifica disciplina del lavoro subordinato (quella, appunto, riferita al "lavoro agile") in un *unicum corpus*, ovvero insieme a una normativa generale di tutela, già enfaticamente definita come "*Jobs Act* del lavoro autonomo" o addirittura suo "Statuto".

A scanso di equivoci, va subito anticipato che, come si vedrà di seguito, nell'art. 18 il lavoro agile è definito «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato»: dunque la sua formale natura di rapporto di lavoro subordinato non può essere in alcun modo messa in discussione. Sotto il profilo sistematico, tuttavia, la coesistenza e l'obiettiva giustapposizione tematica dei primi due capi della legge (che riguardano rispettivamente la disciplina del lavoro autonomo e di quello subordinato) sembra sottendere, almeno *in nuce*, l'esigenza di una (peraltro impossibile) superiore sintesi. Non operabile sul piano concettuale e legislativo, tale ipostasi concettuale dischiude ed implica però la possibilità di una ingovernata ibridazione di forme contrattuali e soprattutto di tendenziale, pratica assimilazione del "particolare" (il lavoro agile) al "generale" (il lavoro autonomo non imprenditoriale). Il livello della contrattazione individuale consente *de facto*, nell'attuale assetto di legge, la pattuizione (tra soggetti in palese disequilibrio contrattuale) di forme non solo di mera flessibilità della prestazione, ma di vera e propria riprogrammazione del lavoro "per obiettivi" (come si vedrà a breve). Tali elementi appaiono, sotto tale profilo, di portata potenzialmente destrutturante: non solo per la categoria giuridica del lavoro subordinato, ma anche per quella delle relazioni industriali e, in specie, della contrattazione collettiva.

È vero che le leggi sono spesso di contenuto eterogeneo e disorganico; ma la n. 81 sembra rispondere ad una visione di politica legislativa molto precisa e ad obiettivi mirati. In particolare, il capo I, costituendo un quadro di tutela minimo e omogeneo per quella parte del lavoro autonomo più debole («non imprenditoriale»), ovvero proclive al parasubordinato, esercita (nella sua collocazione sistematica) un'indubbia, forse irresistibile *vis attractiva* verso la *species* del lavoro subordinato agile.

Altro elemento da valutare, nel titolo della legge, è che mentre la disciplina del capo I è definita *tout court* di «tutela del lavoro autonomo», quella del capo II riguarda non il lavoro subordinato in quanto tale, ma la semplice articolazione delle flessibilità «nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato». Insomma: oggetto della disciplina di legge non è la specifica modalità della prestazione subordinato che prende il nome di lavoro agile, ma l'implementazione delle flessibilità organizzative, che sconta oggi il limite dei tempi e dei luoghi del lavoro subordinato. Dal punto di vista filosofico, la precisazione non è di secondaria importanza e prefigura una potenziale diversa regolamentazione, su pattuizione individuale, della zona grigia che accomuna la c.d. parasubordinazione e «gli spazi e i tempi» occupati dal lavoro agile.

2. Art. 18: lavoro agile e le varie *species facti*

La formula dell'art. 18 conferma, come anticipato, la configurazione del lavoro agile non come una nuova tipologia contrattuale, ma come peculiare «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» finalizzata ad «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». *Nulla quaestio*, dunque, circa la totale riconducibilità della disciplina giuridica dell'istituto al quadro giuridico complessivo (di legge e contratto collettivo) proprio del lavoro subordinato.

Tuttavia, il dettato normativo apre a un'ampia e varia morfologia di lavoro agile «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro».

Occorre tenere concettualmente distinto il tema della flessibilità, posto dall'esigenza di organizzare il lavoro subordinato per fasi e cicli, dal tema del c.d. "lavoro per obiettivi". Quest'ultimo, infatti, dovrebbe rispondere alla specifica esigenza imprenditoriale di configurare un diverso assetto del rapporto di lavoro, con carattere di autonomia e assunzione di rischio da parte del lavoratore. Tale rapporto di lavoro si estrinseca in una prestazione di lavoro autonomo e richiede di per sé una forma adeguata, per ovvie esigenze di certezza giuridica. Viceversa, la possibilità, ora introdotta dal legislatore, di una specifica articolazione di lavoro agile "per obiettivi" sembra contraddire tale esigenza e pone un primo elemento di incoerenza tra *nomen juris* e *species facti*. Soprattutto, è significativo l'omesso richiamo (non tanto al *nomen* di lavoro subordinato quanto) alle caratteristiche della prestazione lavorativa dedotta nel contratto individuale di lavoro agile: essa è, nelle intenzioni del legislatore, potenzialmente connotabile come prestazione "per obiettivi", per cui appare messa in discussione la natura della prestazione lavorativa di lavoro subordinato come obbligazione di mezzi. C'è insomma il rischio che la prestazione lavorativa possa essere valutata tendenzialmente, se non esclusivamente, per i risultati. E le conseguenze di tale chiave di lettura comporterebbero il superamento (non teorico, ma) pratico della nozione generale *ex art. 2094 c.c.*: per l'effetto di depotenziare le tutele giurisdizionali (*residue*) del lavoro subordinato. Si pensi, esemplarmente, alla fattispecie del licenziamento per c.d. scarso rendimento: l'introduzione di elementi valutativi della prestazione lavorativa commisurati al conseguimento degli obiettivi (anche commerciali) amplia ed aggrava l'accezione della violazione del dovere di diligenza del lavoratore che può configurare un'ipotesi di giustificato motivo soggettivo di licenziamento. In base agli attuali indirizzi giurisprudenziali, infatti, perché ciò accada, il datore di lavoro deve provare non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso, ma anche che esso derivi da negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore. Viceversa, qualora il raggiungimento degli obiettivi fosse dedotto nel contratto di lavoro (mediante la specifica pattuizione di modalità esplicative di lavoro agile), la valutazione del giudice sul secondo elemento probatorio rischierebbe di divenire sfumata o non decisiva. Inoltre il riferimento di legge al «possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», unito alla circostanza che la prestazione lavorativa venga eseguita «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa», se apparentemente allentano i vincoli di tempo e luogo della prestazione stessa (resa meno costrittiva nelle sue modalità esplicative), rafforzano per contro le ragioni e le implicazioni del controllo datoriale. Esso si configura non

come mero “controllo difensivo”, ma, in termini di finalità, come controllo sulle performance. In definitiva, la percezione psicologica di costrittività organizzativa rischia di aumentare in modo esponenziale in capo al lavoratore.

Va rammentato e riprecisato che la *ratio legis* corrisponde sì al miglioramento della competitività, ma anche, contestualmente, alla facilitazione della conciliazione tra esigenze di vita ed esigenze di lavoro.

La sintesi necessaria di questi due alti obiettivi di legge (uno di natura economica, l'altro di natura personalistica) deve attuarsi, peraltro, nel rispetto della gerarchia di valori sancita dal quadro costituzionale, che esclude (agli artt. 1-12 Cost.) ogni subalternità dei secondi ai primi.

Dal momento che la concreta «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» è «stabilita mediante accordo tra le parti», sarebbe stato opportuno che il presidio della gerarchia di valori di cui sopra venisse affidato alla capacità di sintesi negoziale delle parti collettive, anziché anche solo a quella delle parti individuali. E invece il legislatore compie una scelta di segno opposto, ritenendo che le esigenze di conciliazione possano essere adeguatamente presidiate dal singolo lavoratore, in sede negoziale. Lo squilibrio nella capacità di condizionamento negoziale tra parti del rapporto di lavoro risulta ancora più vistoso nell'ipotesi in cui l'offerta di modalità di lavoro agile, da parte del datore di lavoro divenga *conditio sine qua non* di una nuova assunzione. Tale pratica e disincantata considerazione giustifica da sola l'osservazione critica di cui sopra. Sarebbe stata opportuna una diversa formulazione del testo normativo che avesse affidato il lavoro agile alla pattuizione individuale esclusivamente in assenza di contrattazione collettiva (così come accade per le clausole elastiche ed il lavoro supplementare nel part-time).

A temperamento delle considerazioni di cui sopra, il testo di legge pone precisi limiti alla pattuizione individuale, sancendo che essa può operare «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Si tratta evidentemente di una valida clausola di *inderogatio in pejus* che traccia per la prestazione di lavoro agile un vincolo e un confine di appartenenza, *ratione temporis*⁵, all'area del lavoro subordinato. Essa, inoltre, enfatizza l'inderogabilità tra le parti individuali non solo delle previsioni di legge, ma anche di quelle delle parti collettive, restituendo, almeno per la durata massima della prestazione, pieno ruolo alla contrattazione collettiva.

Il penultimo comma dell'art. 18 sancisce inoltre che «gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l'attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile»: tale formulazione reintroduce, se non un obbligo, almeno un onere di regolamentazione del lavoro agile mediante contrattazione collettiva. Gli incentivi fiscali e contributivi sono applicabili solo in presenza incrementi di produttività e redditività sanciti da accordi collettivi. Va detto, per onestà intellettuale, che la materia della premialità collettiva è autonoma rispetto a quella del lavoro agile, e la disciplina di cui alla l. n. 81 riguarda esclusivamente l'estensione del perimetro soggettivo di riconoscimento dei benefici fiscali connessi alla premialità.

Il datore di lavoro rimane «responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa»:

⁵ È implicitamente richiamata la *vexata quaestio* dell'ora-lavoro come tratto connotativo della obbligazione di mezzi.

tale formula riecheggia quella propria del telelavoro, almeno sotto il profilo della salute e sicurezza. Rimane tuttavia da approfondire il raccordo tra lavoro agile e telelavoro.

3. Art. 19: forma e recesso

Importante è la previsione della forma scritta dell'accordo: dichiaratamente, essa non è *ad substantiam actus*, ma solo «ai fini della regolarità amministrativa e della prova».

Il collegamento, per analogia, va alla disciplina giuridica della forma del contratto a tempo parziale: ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 61/2000 (novellato), mentre la stipulazione dall'origine del contratto a tempo parziale è soggetta al requisito della forma scritta ai soli fini probatori, quella che avviene a seguito dell'accordo di trasformazione (ovvero in corso del rapporto di lavoro subordinato) richiederebbe la forma scritta a pena di nullità⁶. Le analogie con il contratto a tempo parziale, tuttavia, si fermano qui. La valenza probatoria della forma scritta, infatti, per il lavoro agile è dichiaratamente nell'interesse sia del datore del lavoro sia del lavoratore; al contrario, la forma scritta è richiesta nell'interesse esclusivo del lavoratore, secondo l'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 61/2000: in difetto di prova in ordine alla stipulazione a tempo parziale del contratto di lavoro, su richiesta del lavoratore (non dunque *ex officio*), il giudice del lavoro potrà dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza della scrittura sia stata giudizialmente accertata (con efficacia *ex nunc*). Si tratta, nel caso del part-time, di una vera e propria sanzione civile per il datore di lavoro che ometta la stipulazione per iscritto. Nel caso del lavoro agile, la valenza meramente probatoria della forma scritta, se da un lato limita l'esigibilità delle misure di conciliazione vita-lavoro sancite dall'accordo, dall'altra mitiga (fortunatamente) anche la pervasività del potere di controllo e, soprattutto, disciplinare del datore di lavoro rispetto alle modalità di esplicazione del lavoro. È il datore di lavoro, infatti, a dover specificare in quale modo si estrinsechi il suo potere direttivo e di controllo e quali comportamenti rileveranno ai fini disciplinari. Si rammenti, *ex ceteris*, che i comportamenti passibili di sanzione disciplinare devono essere adeguatamente pubblicizzati, per cui la mancanza di forma scritta rende obiettivamente inefficace l'azione disciplinare collegata alle modalità di lavoro agile. La norma di legge specifica che l'efficacia probatoria della forma scritta dell'accordo di lavoro agile riguarda «l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore». Dalle considerazioni sopra svolte deriva che, in mancanza di forma scritta, la valutazione della prestazione di lavoro agile deve essere tout court ricondotta al rapporto-base di lavoro subordinato cui accede, come disciplinato dalla legge e dal contratto collettivo di settore e/o aziendale di pertinenza.

Le conclusioni sopra espresse riguardano anche e soprattutto il tema della durata della prestazione di lavoro agile: in mancanza di forma scritta, la stessa è esigibile negli stessi termini in cui è esigibile l'obbligo prestazionale del rapporto di lavoro in modalità

⁶ A dire il vero, nei vari CCNL l'accordo di trasformazione è equiparato all'accordo iniziale, richiedendosi in entrambi i casi la forma scritta ai soli fini probatori. Sul punto, cfr. A. MINERVINI, *Il lavoro a tempo parziale*, Giuffrè, 2009.

standard. Viceversa, qualora la regolamentazione del lavoro agile fosse certa, l'accordo dovrebbe necessariamente, per espressa previsione di legge, «individuare altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro». Cosa accade se la pattuizione individuale dotata di forma scritta non prevede la disciplina del diritto alla disconnessione? La legge non lo dice, ma le conseguenze possono essere in parte ricavate *aliunde*, da una lettura sistematica del testo di legge. Intanto il diritto alla disconnessione può essere indirettamente ricavato dal richiamo, espresso, dal comma 1 dell'art. 18, ai «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale». Inoltre, la valenza probatoria della forma scritta giustificerebbe, *ex adverso*, una lettura più garantistica per il lavoratore, sulla scorta della quale l'esigibilità temporale della prestazione di lavoro agile coinciderebbe con l'orario di lavoro della modalità standard.

Delicatissimi sono i temi della durata e del recesso, disciplinati entrambi dal comma 2, che recita: «l'accordo [...] può essere 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».

L'accordo (inteso come pattuizione individuale) cui la norma fa riferimento è quello «di cui al comma 1», ovvero quello concernente le concrete «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» che rispondono al *nomen* di lavoro agile. Non dovrebbe, in tal senso, sorgere alcun dubbio sul significato del recesso. Ciononostante, considerando che l'accessorietà del patto sulle modalità risulta piuttosto sfumata qualora la stessa sia sancita *ab origine*, sarebbe stato opportuno in tal senso che la norma esplicitasse il carattere volontario del lavoro agile. Ciò avrebbe consentito di fugare il dubbio che quando, nel testo, si parla di «recesso» si faccia riferimento all'interruzione della sola modalità di lavoro agile stabilita nell'accordo e non all'interruzione del rapporto di lavoro subordinato. Il ruolo della contrattazione collettiva appare, sotto tale profilo, rilevante in termini di certezza giuridica: una auspicabile, espressa previsione di ripristino dello *status quo ante* potrebbe operare una utile lettura ricognitiva del testo di legge, in funzione di tutela del lavoratore.

Nel caso di lavoratori disabili ai sensi dell'art. 1 della l. 12 marzo 1999, n. 68, il termine di preavviso del recesso da parte del datore di lavoro non può essere inferiore a novanta giorni, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore.

4. Art. 20: trattamento, diritto all'apprendimento continuo e certificazione delle competenze del lavoratore

«Il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato,

in attuazione dei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nei confronti dei lavoratori che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda».

La norma opera un doppio richiamo: uno, *ratione materiae*, alla nuova disciplina delle mansioni introdotta dal d.lgs. n. 81 (che supera il vecchio principio di equivalenza delle mansioni); l'altra, *ratione loci*, alla disciplina economico-normativa stabilita dai contratti collettivi di lavoro. Tecnicamente, la norma di legge (fonte gerarchicamente superiore) introduce una clausola di rimando alla fonte secondaria (il contratto collettivo), stabilendone l'inderogabilità *in pejus* ad opera del contratto individuale (le cui modalità possono, come evidenziato, essere concordate tra le parti individuali).

Tuttavia, tale inderogabilità delle norme di contratto collettivo riguarda il trattamento «complessivamente applicato»: dal che sembra potersi desumere che la comparazione tra trattamenti derivanti da pattuizione individuale e collettiva, ai fini della valutazione di congruità delle discipline pattizie, non può essere limitata a singoli istituti normativi, ma deve riguardare il sistema economico nel suo complesso e il sistema normativo nel suo complesso.

Tale formula riecheggia le categorie dell'ermeneutica giurisprudenziale, che ammette, a riguardo, che un nuovo contratto collettivo di lavoro introduca modifiche peggiorative al rapporto di lavoro. Gli unici limiti a questa possibilità sono il principio della intangibilità della retribuzione e la salvaguardia dei diritti quesiti, rispetto ai quali, peraltro, occorre valutare l'esistenza di un eventuale *vulnus* con riguardo alla disciplina complessiva, che determina il trattamento economico e quello normativo. È appena il caso di aggiungere che tale aspetto introduce aspetti di incertezza nella valutazione e comparazione del trattamento previsto per il lavoro agile, qualora lo stesso scaturisca da pattuizioni individuali. Tale alea (che si traduce nel costo giuridico del contenzioso giudiziale) può essere positivamente risolta solo mediante l'assunzione di uno schema regolatorio derivante dalla contrattazione collettiva. Inoltre, difettando nella formula di legge una norma di raccordo con l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, occorre che il richiamo alle «mansioni di pari livello e categoria legale», ai fini dell'equiparazione del trattamento, derivi da specifica clausola contenuta nei contratti collettivi. Proprio nei contratti collettivi, inoltre, sono previste specifiche clausole di equiparazione del trattamento economico-normativo tra livelli diversi nell'ambito della categoria legale di appartenenza: è il caso del CCNL del credito, che prevede la c.d. «fungibilità delle mansioni» tra i vari livelli nell'ambito della categoria dei quadri direttivi. Le modalità di lavoro agile di per sé rischiano di sfuggire alle compiute discipline contrattuali, per cui l'ancoraggio ad hoc, stabilito dalla contrattazione collettiva, rappresenta ben più che una semplice opportunità: potrebbero verificarsi situazioni in cui non vi siano in azienda lavoratori che svolgono le medesime mansioni del lavoratore in lavoro agile.

Inoltre quest'ultimo deve poter fruire delle stesse condizioni di accesso alla formazione e di sviluppo di carriera previste per i lavoratori «categorizzati» dal contratto collettivo di riferimento. A riguardo, «al lavoratore impiegato in forme di lavoro agile [...] può essere riconosciuto, nell'ambito dell'accordo di cui all'articolo 19, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze». La formula legislativa non sembra, peraltro, garantire un diritto «forte», del tutto sovrapponibile a quello del lavoratore comparabile.

5. Art. 21: potere di controllo e disciplinare

«L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni».

Il precitato comma 1 dell'art. 21 va letto in combinato disposto con l'art. 18 della nuova l. n. 81. Analogamente, possono essere qui ulteriormente sviluppate le osservazioni sopra formulate, a riguardo dell'esercizio del potere di controllo e disciplinare del datore di lavoro.

Con riferimento al potere di controllo, la nuova norma di legge richiama la necessità che la pattuizione dell'accordo di lavoro agile rispetti l'art. 4 della l. n. 300. Nella sua nuova formulazione, riveniente dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015, l'art. 4 rimodula, come noto, la fattispecie integrante il divieto dei controlli a distanza, nella consapevolezza di doversi tener conto, nell'attuale contesto produttivo, oltre che degli impianti audiovisivi, anche degli altri strumenti «dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori» e di quelli «utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa». L'intervento riformatore sembra recepire e definire in legge l'esito del dibattito giurisprudenziale sorto attorno alla casistica dei controlli c.d. "difensivi". A tal proposito la Cassazione aveva già confermato⁷ che le esclusioni poste dal comma 2 dell'art. 4 si applicano ai controlli, volti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori «quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro». In pratica la giurisprudenza prima e la legge poi stabiliscono che sono legittimi quei controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti del lavoratore e lesivi del patrimonio aziendale. L'esclusione riguarda proprio l'uso degli strumenti attraverso cui il lavoratore rende la prestazione lavorativa: tale si connota, ancor più peculiarmente, la modalità di svolgimento del lavoro agile.

Il punto critico è che, in base al comma 3 dell'art. 4, l. n. 300, «le informazioni raccolte [...] sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». Comparando tale norma con la formula dell'art. 21 della l. n. 81, emerge che in quest'ultima manca ogni richiamo al tema della privacy. Ora, mentre l'obbligo di rispetto del d.lgs. n. 196 è indirettamente recuperabile anche per il lavoro agile (in quanto il richiamo dell'art. 21 è a tutto l'art. 4), al contrario non è ben chiaro come il datore possa assolvere all'obbligo-onere di adeguata informazione circa le modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, e soprattutto come lo stesso possa assolvere all'obbligo-onere di pubblicizzazione delle regole di condotta e delle fattispecie che possono integrare le fattispecie di infrazioni disciplinari. A riguardo, il comma 2 dell'art. 21 statuisce che «l'accordo [...] individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari».

⁷ Cfr. Cass. n. 3122/2015 e Cass. n. 2722/2012.

Dal che deriverebbe che o la tipizzazione delle fattispecie a rilevanza disciplinare è integrata nell'accordo che istituisce e regola il lavoro agile, oppure, in difetto di adeguata pubblicità, le ulteriori fattispecie che il datore di lavoro intendesse istituire non sarebbero opponibili al lavoratore agile.

Ancora di più si apprezza, in questo cruciale ambito regolatorio, il ruolo di riequilibrio del sinallagma svolto dalle parti collettive: è auspicabile che la tipizzazione delle fattispecie sia operata in sede di contrattazione collettiva (anziché in sede di regolamentazione unilaterale aziendale). Il che, per inciso, consentirebbe persino, nel caso in cui la contrattazione collettiva collegasse a tali fattispecie una sanzione conservativa, di recuperare le maggiori tutele "reali" riconducibili all'art. 18, comma 4, della l. n. 300/1970, nel testo novellato dalla riforma Fornero⁸ (applicabile almeno ai lavoratori subordinati assunti entro il 7 marzo 2015).

6. Art. 22: sicurezza sul lavoro

Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza discendono dal generale principio civilistico di cui all'art. 2087 c.c. e, in particolare, dal Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro. In materia di lavoro agile, l'art. 22 ribadisce *tout court* la portata di tali obblighi datoriali, esplicitando l'obbligo generale di garanzia anche mediante la «consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, (di) un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro». L'obbligo di consegna accede all'obbligo generale di garanzia, non lo esaurisce (anche se la lettera della legge sembrerebbe quasi concedere legittimità a una lettura di segno contrario). Va rammentato, peraltro, che ogni disciplina derogatoria (*in pejus*) di tale materia è sottratta al potere della contrattazione collettiva, ma anche a quello della contrattazione individuale (e a fortiori a quello normativo unilaterale del datore di lavoro).

Il dovere di cooperazione del lavoratore all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione in modalità di lavoro agile può ricalcare il portato e la ratio del d.lgs. 81/08. Il comma 1 dell'art. 20 precisa infatti che è compito di «ogni lavoratore prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni».

Le modalità stesse del lavoro agile, che indeboliscono il legame con la sede di lavoro aziendale e con i mezzi e gli strumenti di lavoro che integrano l'organizzazione del lavoro (che è prerogativa aziendale), finiscono con l'enfatizzare la portata responsabilizzante del dovere di collaborazione del lavoratore, ponendo pratici problemi di equilibrio del principio di responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.*

⁸ Tali norme prevedono che qualora venga accertata la carenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa del licenziamento individuale per l'insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, ai sensi delle norme del CCNL applicabile ovvero dei regolamenti aziendali, il giudice disponga l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore, oltre che al pagamento di un'indennità risarcitoria e dei contributi previdenziali e assistenziali dovuti.

7. Art. 23: assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali

La norma ricalca la disciplina generale in materia di prestazione di lavoro subordinato. L'unica specificità di qualche rilievo riguarda il comma 3, che recita: «Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali [...] quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e *risponda a criteri di ragionevolezza*». L'ultimo inciso, riguardante il giudizio di ragionevolezza, introduce un grave elemento di incertezza normativa, consistente nel riconoscimento, in capo all'Inail, di un potere di verifica ulteriore ed esterno (esercitabile peraltro a posteriori rispetto alla stipula e all'attuazione dell'accordo di lavoro agile) circa la meritevolezza di tutela dell'accordo medesimo. Tale implicazione introduce un bizzarro e ingiustificato potere ostativo al riconoscimento delle prestazioni economiche previste in caso di infortunio. Tale potere appare persino iniquo, in quanto consente una verifica a posteriori da parte dell'Inail non già sui soli presupposti di fatto (com'è normale che sia), ma anche su quelli di diritto.

In conclusione, ci sembra che la definitiva formulazione legislativa della materia, sebbene migliorativa rispetto a quella contenuta negli schemi di ddl 2229 e 2233, continui a sottostimare le questioni interpretative e applicative che inevitabilmente si porranno, con riferimento alla prerogativa regolatoria (unilaterale) datoriale e al ruolo (accessorio) della contrattazione collettiva. Inoltre ci sembra che il testo di legge non tenga in debito conto l'esigenza di garantire il riequilibrio del sinallagma a favore della parte debole (principio del *favor praestatoris*).

Liberare il lavoro non significa lasciare il diritto del lavoro in balia della libera, incondizionata iniziativa economica. Eppure continua ad essere ignorata dal legislatore la funzione "poietica" delle parti collettive rispetto alla formazione (sussidiaria) del diritto del lavoro; rischia di perdere linfa quella sana autarchia normativa, esercitata negli ultimi anni dalle parti sociali nel silenzio del legislatore. Si ritorna dunque al passato: la legge alza la voce, compie d'imperio la scelta del modello regolatorio, e lo fa in chiave marcatamente liberistica.