



*Il lavoro “agile” dell'emergenza: analisi e prospettive di*  
**PAOLO BERNARDO**

SOMMARIO: **1.** RILIEVI INTRODUTTIVI; **2.** LA NORMATIVA DELL'EMERGENZA; **3.** DIRITTI E OBBLIGHI; **4.** LE PECULIARITÀ DELLA FATTISPECIE; **5.** I PRINCIPI DI CUI ALLA LEGGE N. 81 DEL 2017; **6.** CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

**1. Rilievi introduttivi.** Sin dai primi giorni dell'emergenza epidemiologica da covid-19, il c.d. lavoro “agile” è stato individuato dal “legislatore dell'urgenza”, ove praticabile, quale modalità privilegiata di lavoro, in ragione della sua capacità di garantire, da un lato, la limitazione degli spostamenti dei lavoratori (e il conseguente distanziamento tra le persone) e, dall'altro, la prosecuzione, quantomeno parziale, delle attività produttive delle imprese.

Sicché, in poco tempo, il lavoro “agile” (prima applicato in modo piuttosto contenuto e, spesso, solo sperimentale, sebbene con un *trend* in crescita negli ultimi anni<sup>1</sup>, soprattutto nelle medio-grandi imprese) è divenuto il metodo, pressoché, “ordinario” di espletamento della prestazione lavorativa per molti lavoratori, assumendo una dimensione considerevolmente diffusa<sup>2</sup>.

E tale diffusione massiva ha, in ragione della sua eccezionale portata, inevitabilmente alimentato una cospicua attenzione nei confronti del fenomeno da parte degli operatori e degli studiosi del mondo del lavoro, onde coglierne ed analizzarne le principali peculiarità, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche economico, sociale, manageriale etc.

In realtà, va precisato che il lavoro “agile” sviluppatosi nel contesto emergenziale presenta delle significative differenze rispetto all'istituto recentemente disciplinato dalla legge n. 81 del 2017 (RICCI, 2018), recante, tra le

---

<sup>1</sup> Cfr. i dati della ricerca dell'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano relativa al 2019 in [www.osservatori.net](http://www.osservatori.net).

<sup>2</sup> Per citare un dato ufficiale fornito dal Ministero del Lavoro, «al 29 aprile 2020, complessivamente risultano 1.827.792 lavoratori attivi in modalità smart working; di questi, ben 1.606.617 sono stati attivati a seguito delle norme sull'emergenza epidemiologica». Cfr. il comunicato del 1° maggio 2020 in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it).

altre, «misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato». E ciò, anzitutto, in termini di *ratio*.

Ed infatti, la modalità agile di “esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” è stata “promossa” dal legislatore del 2017, esplicitamente, allo scopo di «incrementare la competitività» aziendale e di «agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» dei lavoratori (art. 18, comma 1).

Nella normativa emergenziale, invece, il lavoro “agile”, in una «eterogenesi dei fini» (LEONE, 2020), rappresenta, piuttosto, un indispensabile strumento (i) di contrasto e di contenimento del diffondersi del contagio da covid-19, (ii) di conseguente tutela della salute dei lavoratori (e della collettività) e (iii) di limitazione del calo di produttività delle imprese (garantendone il fabbisogno di continuità operativa).

Di conseguenza, la principale funzione della misura di incentivo al lavoro “agile” nel contesto emergenziale è, essenzialmente, quella di garantire l’“ordine pubblico” sanitario ed economico (CARUSO, 2020), salvaguardando la salute pubblica, tutelando l’integrità fisica dei lavoratori e permettendo la prosecuzione dell’attività produttiva (con le sue ricadute anche in termini di occupazione).

Senonché, proprio l’impellente esigenza di rendere operativa la modalità di lavoro “agile” in un periodo così breve, dovuta al repentino mutamento del contesto di riferimento, ha portato il “legislatore dell’urgenza” a dover semplificare la disciplina dell’istituto, determinando anche l’insorgere di talune problematiche interpretative ed applicative.

In via di premessa, appare, in ogni caso, necessario evidenziare come, nel tentativo di risolvere tali problematiche, non possa non tenersi conto della tragicità e della eccezionalità della situazione che ha occasionato la normativa “emergenziale”, la quale, pertanto, va analizzata senza «perdere mai di vista che si tratta di misure straordinarie e, dettaglio non trascurabile, temporanee» (MONDA, 2020).

**2. La normativa dell'emergenza.** Al fine di individuare le peculiarità dell’istituto del lavoro “agile” dell’emergenza, è necessario ricostruirne

sinteticamente il quadro normativo di riferimento, il che, già di per sé, costituisce un compito di non semplice portata stante il «profluvio di testi di legge e di decreti attuativi emanati in questo periodo» (ALESSI-VALLAURI, 2020).

Una delle disposizioni normative più rilevanti, in ogni caso, è rappresentata da quella secondo cui sino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, «e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata dai datori di lavoro privati 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'articolo 22 della medesima legge n. 81 del 2017, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile nel sito internet dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro (INAIL)».

Così, da ultimo, il comma 4 dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (c.d. Decreto Rilancio, rubricato «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020)<sup>3</sup>, che riprende esattamente la formulazione letterale di talune norme precedentemente “decretate” dal governo<sup>4</sup>.

Parallelamente, sono state emanate (tempo per tempo) una serie di ulteriori norme di promozione ed incentivo allo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità “agile” in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, attraverso le quali: si è consentito alle attività produttive temporaneamente sospese di «comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile»; si è raccomandato «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

---

<sup>3</sup> Secondo il comma 3 dello stesso articolo, per l'intero periodo dell'emergenza, «i datori di lavoro del settore privato comunicano al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in via telematica, i nominativi dei lavoratori e la data di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile, ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali».

<sup>4</sup> Cfr. d.P.C.M. del 26 aprile 2020, art. 1, lett. gg); d.P.C.M. del 10 aprile 2020, art. 1, lett. gg); d.P.C.M. dell'8 marzo 2020, art. 2, lett. r); d.P.C.M. 4 marzo 2020, art. 1, lett. n); d.P.C.M. del 1° marzo 2020, art. 4, lett. a); d.P.C.M. del 25 febbraio 2020, art. 2, comma 1.

distanza»; si è invitato, anche per le attività non sospese, «al massimo utilizzo delle modalità di lavoro agile»<sup>5</sup>.

Tali norme promozionali sono state espressamente richiamate anche dal «Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro» sottoscritto dal governo e dalle parti sociali il 14 marzo 2020 (integrato il 24 aprile 2020), ove è altresì previsto che «il lavoro a distanza continua ad essere favorito anche nella fase di progressiva riattivazione del lavoro in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione, ferma la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività (assistenza nell'uso delle apparecchiature, modulazione dei tempi di lavoro e delle pause)» (punto 8)<sup>6</sup>.

Lo stesso Protocollo, poi, sempre al punto 8, rubricato «Organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e Smart Working, rimodulazione dei livelli produttivi)», prevede che «limitatamente al periodo della emergenza dovuta al COVID-19, le imprese potranno, avendo a riferimento quanto previsto dai CCNL e favorendo così le intese con le rappresentanze sindacali aziendali: disporre la chiusura di tutti i reparti diversi dalla produzione o, comunque, di quelli dei quali è possibile il funzionamento mediante il ricorso allo Smart Working o comunque a distanza».

Ai sensi del d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 35 del 22 maggio 2020), inoltre, «per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, su specifiche parti del territorio nazionale ovvero, occorrendo, sulla totalità di esso» possono essere predisposte modalità di lavoro agile «anche in deroga alla disciplina vigente», e ciò per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni,

---

<sup>5</sup> Cfr. d.P.C.M. del 26 aprile 2020, art. 2, comma 2; d.P.C.M. del 22 marzo 2020, art. 1, lett. c); d.P.C.M. dell'11 marzo 2020, art. 1, n. 7, lett. a) e n. 10.

<sup>6</sup> Cfr., in termini analoghi, anche il «Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione» in [www.inail.it](http://www.inail.it), 23 aprile 2020.

reiterabili e modificabili anche più volte fino al termine dello stato di emergenza (art. 1, commi 1 e 2, lett. ff).

Con riferimento al pubblico impiego (CATAUDELLA, 2020), l'art. 87 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020) ha previsto che fino alla cessazione dell'emergenza, «il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» le quali, conseguentemente: «a) limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indispensabili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81» (comma 1)<sup>7</sup>.

Il secondo comma, poi, stabilisce che «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione»<sup>8</sup>, precisando che «in tali casi l'articolo 18, comma 2, della legge 22 maggio 2017, n. 81» - concernente la responsabilità del datore di lavoro per la sicurezza e il buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità agile - «non trova applicazione».

Successivamente, sempre con riferimento al pubblico impiego, è intervenuto l'art. 263 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020), a mente del quale, onde assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le pubbliche amministrazioni «adeguano l'operatività di tutti gli uffici

---

<sup>7</sup> In dottrina sono stati evidenziati possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa sul lavoro agile emergenziale nel pubblico impiego, con riferimento agli artt. 3 (in termini di disparità di con i lavoratori privati), 97 (in ragione della possibile incidenza negativa sul buon andamento della p.a.) e 36 (per la possibile disparità di trattamento economico tra gli stessi dipendenti pubblici) Cost. (PISANI, 2020).

<sup>8</sup> Cfr., nel settore privato, la norma analoga prevista dal comma 2 dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020, secondo cui «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro».

pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali» (comma 1).

A tal fine, prosegue la disposizione, fino al 31 dicembre 2020, in deroga alle misure di cui al citato articolo 87, comma 1, lett. a), e comma 3<sup>9</sup>, del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, le amministrazioni «organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, al 50 per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità»<sup>10</sup>.

**3. Diritti e obblighi.** Come visto, una delle principali caratteristiche della disciplina del lavoro "agile" emergenziale è rappresentata dal venir meno della necessità, ai fini dell'operatività dell'istituto, della stipulazione di un accordo individuale - accessorio rispetto all'originario contratto di lavoro (ANDREONI, 2018)

---

<sup>9</sup> Concernente la possibilità di esentare il personale dipendente dal servizio ove non fosse stato possibile ricorrere al lavoro agile, dopo aver esperito anche gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva.

<sup>10</sup> Inoltre, sempre l'art. 263, comma 1, prevede che «in considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi» e che alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lett. a), del d.l. n. 18 del 2020 cessa di avere effetto. Il comma 4 *bis* dell'art. 263, poi, modifica l'art. 14 della legge n. 124 del 2015 (riguardante la promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche), prevedendo che «entro il 31 gennaio di ciascun anno, le amministrazioni pubbliche redigono, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del documento di cui all'articolo 10, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Il POLA individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 60 per cento dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera, e definisce, altresì, le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative. In caso di mancata adozione del POLA, il lavoro agile si applica almeno al 30 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano».

- tra datore di lavoro e lavoratore, fulcro ed essenza della disciplina normativa di cui alla legge n. 81 del 2017.

Sicché, nel periodo emergenziale, il datore di lavoro, onde contenere il diffondersi del contagio, è legittimato ad attivare “unilateralmente” la modalità di lavoro agile (BINI, 2020).

Al riguardo, ci si può, anzitutto, domandare se, in tale periodo, il datore di lavoro sia obbligato a ricorrere al lavoro agile, ove concretamente attuabile, ovvero se possa decidere di far proseguire l’attività del lavoratore in sede (nel caso in cui, ovviamente, l’attività non sia sospesa e siano state adottate tutte le misure prevenzionistiche di salute e sicurezza nell’ambiente di lavoro previste dalla legge e dai protocolli sindacali).

Dal tenore letterale delle norme sopra richiamate sembrerebbe doversi concludere nel senso della discrezionalità, costituendo il ricorso all’istituto «una facoltà e non un obbligo giuridico» (BACCHINI, 2020). Ed infatti, tali norme, quantomeno con riferimento al settore privato (oggetto della presente analisi), “consentono” alle imprese di utilizzare la modalità di lavoro agile (che «può essere applicata dai datori di lavoro privati»), favorendone il massimo utilizzo, senza, però, prevedere un obbligo in tal senso.

Tuttavia, va evidenziato che, come espressamente previsto dal Protocollo del 14 marzo-24 aprile 2020, il lavoro “agile” rappresenta, in questa fase emergenziale, uno dei principali strumenti di prevenzione (*rectius* di precauzione) a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, e ciò potrebbe determinare (nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni di attivazione, il datore di lavoro decida di non utilizzare tale modalità di lavoro) l’insorgere di questioni problematiche in termini di adempimento all’obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c., in base al quale il datore di lavoro «è tenuto ad adottare nell’esercizio dell’impresa tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l’integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Il venir meno dell’accordo individuale quale necessario presupposto di attivazione dell’istituto, determina, poi, che l’espletamento della prestazione lavorativa in modalità “agile”, ove richiesto dal datore di lavoro, rappresenti un

obbligo per il lavoratore (in presenza, chiaramente, delle condizioni di operatività del modello lavorativo)<sup>11</sup>.

Dal punto di vista del lavoratore, invero, nel contesto emergenziale, una questione interpretativa che potrebbe porsi riguarda la riconoscibilità, o meno, in suo favore, di un diritto soggettivo al lavoro “agile” (sempre nel caso in cui le sue mansioni siano compatibili con tale modalità di svolgimento della prestazione).

Una risposta in senso affermativo deve essere fornita con riferimento ai lavoratori cc.dd. “fragili” e ai lavoratori con figli minori di 14 anni, in ragione di quanto espressamente previsto (sebbene con talune limitazioni) dal legislatore dell'emergenza<sup>12</sup>.

Ed infatti, l'art. 39 del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020), prevede che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, 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», sebbene specificando, quale condizione, che tale modalità deve essere «compatibile con le caratteristiche della prestazione» (comma 1), onde evitare l'imposizione di obblighi di mutamenti organizzativi in capo al datore di lavoro<sup>13</sup>.

In termini analoghi, il primo comma dell'art. 90 del d.l. n. 34 del 19 maggio 2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 77 del 17 luglio 2020) ha previsto che «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da

---

<sup>11</sup> Sulla questione relativa alla possibilità per il lavoratore di rivendicare un ritorno nel luogo di lavoro, in ragione degli eventuali risvolti negativi del lavoro da remoto (soprattutto in termini di difficoltà nel *work/life balance*, anche con implicazioni di genere, di stress lavoro-correlato, di problemi di *digital divide* etc.), cfr. BROLLO, 2020.

<sup>12</sup> Con una ulteriore curvatura del lavoro “agile” emergenziale (strumento, come visto, utilizzato per coniugare le esigenze produttive con quelle di salute pubblica), che «si piega fino a diventare un succedaneo della platea di permessi e congedi di varia natura» (ROMEI, 2020).

<sup>13</sup> Ai sensi del comma 2, «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».

COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81», anche in questo caso «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione»<sup>14</sup>.

Infine, l'articolo 1, comma 1, della legge n. 77 del 17 luglio 2020 ha introdotto, in sede di conversione, un secondo periodo al primo comma del citato articolo 90, a mente del quale «fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità 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'articolo 83» dello stesso d.l. n. 34/2020, sempre «a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa».

Con riferimento, invece, agli altri lavoratori del settore privato, sempre stando al dato normativo, sembrerebbe doversi concludere per una soluzione negativa, giacché non v'è alcuna disposizione che riconosca ad essi un generalizzato diritto al lavoro agile.

---

<sup>14</sup> Cfr., al riguardo, Trib. Mantova, 26 giugno 2020, n. 1054. In forza dell'articolo 1, comma 3, del d.l. n. 83 del 30 luglio 2020, la norma ha cessato di avere efficacia a decorrere dal 15 settembre 2020. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.l. n. 111 dell'8 settembre 2020, però, «un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni quattordici, disposta dal Dipartimento di prevenzione della ASL territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno del plesso scolastico».

Del resto, come visto, le norme emergenziali e il Protocollo del 14 marzo-24 aprile 2020 non vanno oltre l'“esortazione” ad un utilizzo del lavoro agile nel grado massimo possibile, sebbene fortemente incentivante, tenuto conto della configurabilità dell'istituto alla stregua di importante misura prevenzionistica (il che, comunque, potrebbe porre la questione di una possibile pretesa da parte del lavoratore in termini, come anticipato, di adempimento da parte del datore di lavoro all'obbligazione di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., soprattutto nelle situazioni più a rischio<sup>15</sup>).

In ogni caso, come evidenziato in dottrina, «l'idea circolante è stata che il datore di lavoro avrebbe potuto rifiutare la richiesta (n.d.r. del lavoratore di lavorare in modalità agile) soltanto se fosse stato in grado di dimostrare l'indispensabilità dell'erogazione della prestazione in ufficio o in reparto, attraverso, magari, una preliminare mappatura delle posizioni aziendali, meglio se convalidata dai rappresentanti dei lavoratori» (CARUSO, 2020; vd., anche, ALVINO, 2020; BROLLO, 2020)<sup>16</sup>.

**4. Le peculiarità della fattispecie.** Nello stabilire gli elementi essenziali della fattispecie, l'art. 18 della legge n. 81 del 2017, al comma 1, definisce il lavoro agile come una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» - e dunque non un nuovo tipo contrattuale - «stabilita mediante accordo tra le parti», «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» e con la prestazione lavorativa eseguita «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una

---

<sup>15</sup> Com'è stato sottolineato, però, con riferimento all'eventuale malattia contratta dal lavoratore, non si potrebbe «dare per scontata la responsabilità del datore di lavoro sempre e comunque» per non aver «disposto la modalità agile quando avrebbe potuto farlo», giacché bisognerebbe considerare tutte le circostanze di fatto del caso, e ciò «tanto più ove si tenga presente che il rischio di contagio non è un rischio tipico dell'ambiente di lavoro, ma è un rischio diffuso anche nell'ambiente esterno» (ROMEI, 2020).

<sup>16</sup> Anche se, nella (difficile) opera di bilanciamento tra beni costituzionalmente tutelati (salute, impresa, lavoro), bisognerebbe probabilmente prendere in considerazione anche altri fattori, quali, ad esempio, la “frontiera mobile” del rischio (D'ASCOLA, 2020), o, soprattutto, l'adozione, da parte del datore di lavoro, di tutte le ulteriori misure imposte dai protocolli. In giurisprudenza, benché con decisioni rese nell'ambito di fattispecie riconducibili al citato art. 39 del d.l. n. 18/2020, cfr. Trib. Grosseto, 23 aprile 2020, n. 502 e Trib. Bologna, 23 aprile 2020, n. 2759 (GENTILE, 2020; TUFO, 2020), nonché Trib. Roma, 20 giugno 2020, n. 12525.

postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»<sup>17</sup>.

Sebbene il legislatore emergenziale non abbia individuato - eccezion fatta per la rilevante deroga alla necessità dell'accordo tra le parti (su cui si tornerà) - caratteristiche diverse nella "definizione" del lavoro "agile" (richiamando, anzi, esplicitamente «la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81»), appare evidente come il lavoro "agile" sviluppatosi nel periodo pandemico presenti degli elementi di differenziazione rispetto al modello tradizionale (BARRACO-SITZIA-LUCCHIARI, 2020).

E ciò, anzitutto, con riferimento a quella flessibilità organizzativa spazio-temporale (TUFO, 2020) che, come visto, dovrebbe rappresentare uno dei requisiti essenziali della fattispecie *standard*.

Quanto al tempo, invero, in molti casi, anche a causa della repentinità degli eventi, si è più semplicemente trasferito il lavoro prima svolto in sede nella modalità "da remoto" (anche in termini di orario di lavoro), "mimando" «in tutto la scansione del lavoro in ufficio» (TINTI, 2020), e utilizzando lo stesso modello organizzativo del lavoro.

Quanto al luogo, esso è risultato pressoché "forzato" per il lavoratore nella sua abitazione, stante l'obbligo di rimanere in casa e comunque di limitare al massimo gli spostamenti (soprattutto nella prima fase di *lockdown*), venendo anche meno, «per intuibili ragioni di ordine pubblico sanitario» (BROLLO, 2020), il requisito dell'alternanza interno/esterno (sebbene in maniera sempre più sfumata nella fase di progressiva riapertura delle attività economico-produttive).

Sicché, proprio al fine di evidenziare la diversità strutturale e funzionale tra lavoro agile *standard* e lavoro agile "emergenziale", i primi commentatori - nonostante la esplicita formulazione utilizzata dal legislatore dell'emergenza (appunto, "lavoro agile") - hanno preferito utilizzare, con riferimento al secondo,

---

<sup>17</sup> Lo stesso comma, poi, specifica che il lavoro agile può svolgersi «anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» e «con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici».

espressioni differenti, quali: *working from home*, *remote working*, lavoro obbligato a distanza, telelavoro a domicilio<sup>18</sup>, *emergency work*, etc.

Inoltre, come anticipato, ciò che caratterizza la fattispecie (e la disciplina) del lavoro “agile” emergenziale (oltre alla sua semplificazione burocratica) è il venir meno della necessità di un accordo individuale (*rectius*, degli accordi individuali, CAIROLI, 2020) tra datore di lavoro e lavoratore, che determina uno “snaturamento” dell’istituto tradizionale, in termini di limitazione, di fatto, della sua “flessibilità”.

Quella consensualità, libera e reversibile, delle parti del rapporto di lavoro, in questo periodo contingente, non è più prevista quale «elemento costitutivo della fattispecie» (DE MARINIS, 2020), sicché il ricorso all’istituto viene fatto rientrare nell’alveo del c.d. *ius variandi* datoriale, latamente inteso (ZOPPOLI, 2020)<sup>19</sup>.

Ciò determina conseguenze rilevanti non solo, come visto, nella fase genetica<sup>20</sup> della fattispecie, ma anche nella fase funzionale della sua regolamentazione.

Ed invero, in una logica di *top-down*, la regolamentazione pratica della modalità di svolgimento della prestazione lavorativa “agile”, affidata dal legislatore del 2017 all’accordo privatistico individuale tra le parti, ritorna nella disponibilità del datore di lavoro<sup>21</sup> (sebbene in una logica non esclusiva, posto che l’accordo non è escluso *tout court* bensì solo ritenuto non necessario), con

---

<sup>18</sup> Va ricordato che l’accordo interconfederale del 9 giugno 2004, recependo l’accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, definisce il telelavoro come «una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell’informazione nell’ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l’attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell’impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa».

<sup>19</sup> Eccezion fatta, chiaramente, per le situazioni nelle quali operano quei “diritti soggettivi” di accesso al lavoro agile riconosciuti, come visto, dal legislatore emergenziale nei confronti di talune specifiche categorie di lavoratori (vd. *supra*).

<sup>20</sup> È, in ogni caso, opportuno precisare che il datore di lavoro, nel periodo emergenziale, non dispone del lavoro agile «secondo le proprie esclusive convenienze, ma in omaggio a principi di salute pubblica» (ROMEI, 2020).

<sup>21</sup> In realtà, nel settore privato, talvolta, soprattutto nel segmento più rodato, si è fatto ricorso a comunicazioni strutturate e con «pratiche sostanzialmente, se non formalmente, consensualmente e collaborativamente, accomodate» (CARUSO, 2020).

una “mortificazione”<sup>22</sup> dei connotati essenziali della fattispecie *standard*, ove è prevista una «regolamentazione “personalizzata”, come un abito tagliato su misura, per coniugare le esigenze individuali (quali, per definizione, sono quelle che attengono alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro) con l’esigenza dell’azienda di organizzare la propria produzione secondo modelli variabili sia quanto all’elemento temporale, che spaziale della prestazione» (PROIA, 2018).

Con un modello regolativo innovativo e moderno, invero, la legge del 2017 ha affidato proprio all’accordo individuale un ruolo fondamentale nella definizione del regolamento degli interessi in seno al rapporto di lavoro “agile” (FIORILLO, 2018), facendolo assurgere «al rango di vera e propria fonte primaria del lavoro agile, in qualità di indiscusso protagonista della sua regolamentazione» (LAMBERTI, 2018).

Quanto al contenuto dell’accordo individuale, invero, il legislatore del 2017 prevede che esso, stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova: a) «disciplina 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» (art. 19, comma 1); b) «individua 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» (art. 19, comma 1); c) riconosce eventualmente in favore del lavoratore «il diritto all’apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze» (art. 20, comma 2); d) «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» (art. 21, comma 1); e) «individua le condotte, connesse all’esecuzione della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali, che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari» (art. 21, comma 2).

---

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. F. CARINCI, relazione al webinar «La remotizzazione del lavoro» del 25 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)).

**5. I principi di cui alla legge n. 81 del 2017.** La normativa emergenziale prevede, in ogni caso, espressamente che l'utilizzo della modalità di lavoro "agile" debba avvenire «nel rispetto dei principi» dettati dagli artt. 18-23 della legge n. 81 del 2017.

Sicché, nonostante le già evidenziate differenze (identitarie, strutturali, funzionali, etc.) tra lavoro agile emergenziale e lavoro agile tradizionale, il legislatore dell'emergenza, attraverso l'individuazione di una sorta di "ibrido legislativo"<sup>23</sup>, rende applicabili al primo i principi previsti dalla disciplina normativa del secondo<sup>24</sup>.

Al riguardo, anzitutto, vanno menzionate le disposizioni speciali previste dal legislatore del 2017, a mente delle quali «il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici (n.d.r. eventualmente) assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa» (art. 18, comma 2) (PRETEROTI, 2018) e «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» (art. 20, comma 1) (FALSONE, 2018)<sup>25</sup>.

Quanto alla tutela della salute e sicurezza del lavoratore agile (PESSI-FABOZZI, 2018; ALLAMPRESE-PASCUCCI, 2017), l'art. 22 della legge n. 81 del 2017

---

<sup>23</sup> In tal senso, cfr. B. CARUSO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it)).

<sup>24</sup> Come evidenziato in dottrina, «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» (BROLLO, 2020).

<sup>25</sup> Sebbene, anche (e soprattutto) con riferimento al lavoro "agile" emergenziale, possono sorgere questioni interpretative riguardanti, in particolare, taluni benefici accessori come, ad esempio, il diritto ai buoni pasto. A tale ultimo riguardo cfr., però, in termini negativi, Trib. Venezia, 8 luglio 2020, n. 3463.

prevede che essa debba essere garantita dal datore di lavoro<sup>26</sup>, il quale «a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un’informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro» (comma 1).

Come visto, ai sensi della normativa emergenziale, gli obblighi di informativa di cui all’articolo 22 sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell’INAIL.

In ogni caso, ai sensi del comma 2 dell’articolo 22, «il lavoratore è tenuto a cooperare all’attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all’esecuzione della prestazione all’esterno dei locali aziendali»<sup>27</sup>.

Con riferimento all’orario di lavoro, poi, il legislatore del 2017, come anticipato, prevede la necessità che siano rispettati i «limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, comma 1), nonché il “diritto”, in capo al lavoratore, alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (SENA, 2018; DAGNINO 2017), sebbene l’individuazione delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare tale disconnessione sia rimessa dalla legge all’accordo individuale tra le parti (art. 19, comma 1)<sup>28</sup>.

Particolare menzione merita, inoltre, l’art. 21, comma 1, della legge n. 81 del 2017 (MAINARDI, 2018), secondo il quale, con riferimento al potere di controllo del datore di lavoro - il cui esercizio sulla prestazione resa dal lavoratore

---

<sup>26</sup> Con riferimento allo specifico oggetto della presente analisi, un tema di particolare complessità è, ovviamente, quello relativo alla “riqualificazione” dell’obbligazione di sicurezza nel lavoro a distanza dell’emergenza e, in particolare, all’individuazione del perimetro di responsabilità del datore di lavoro da infezione da Covid-19 riferito al lavoratore che svolge la sua prestazione in tale modalità (cfr., al riguardo, le questioni menzionate da CARUSO, 2020).

<sup>27</sup> L’art. 23 della legge n. 81 del 2017, poi, prevede che «il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all’esterno dei locali aziendali» (comma 2).

<sup>28</sup> Con riferimento al diritto soggettivo alla disconnessione, soprattutto in un’ottica di tutela della salute del lavoratore, cfr. il disegno di legge n. 1833 del 29 maggio 2020, intitolato «Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l’introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti» (MENEGOTTO, 2020).

all'esterno dei locali aziendali è anch'esso rimesso alla regolamentazione dell'accordo individuale - deve essere comunque rispettato «quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni» (vd. art. 23, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2015).

Ai sensi del primo comma di tale articolo, «gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale» e possono essere installati solo previo accordo collettivo o autorizzazione amministrativa.

Tale disposizione, tuttavia, non si applica (i) agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze, nonché (ii) agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (comma 2), tra i quali tendenzialmente possono essere fatti rientrare anche i *device* tecnologici utilizzati dallo *smart worker*.

A prescindere dalla problematica (che, comunque, può assumere rilievo nel lavoro agile<sup>29</sup>) relativa alla delimitazione del campo di operatività della formulazione utilizzata dal legislatore al comma 2<sup>30</sup>, ciò che risulta di fondamentale importanza è, in ogni caso, quanto previsto dal comma 3 dell'art. 4 Stat. Lav., ossia che «le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 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» (modificato di recente dal d.lgs. n. 101 del 2018 in base

---

<sup>29</sup> Anche in ragione del fatto che l'evoluzione tecnologica rende sempre più difficile distinguere nettamente tra strumenti di controllo e strumenti di lavoro (TULLINI, 2017). Sull'applicabilità al caso del lavoro agile della distinzione tra strumento per rendere la prestazione lavorativa e dispositivo che consente il controllo a distanza, vd. RAIMONDI, 2019.

<sup>30</sup> Se «relativa esclusivamente a quegli strumenti che possano dirsi effettivamente strumentali all'esecuzione della prestazione, con conseguente ricomprensione nel primo comma di tutto quanto risulta avere finalità differenti ed ulteriori rispetto alla mera esecuzione della prestazione, ovvero se, al contrario, interpretare la norma nel senso che rimetta al datore di lavoro il potere di definire gli strumenti funzionali all'esecuzione della prestazione, senza possibilità di valutazione di merito» (SITZIA, 2020).

al Regolamento 2016/679/UE relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati).

**6. Conclusioni e prospettive.** Al di là delle problematiche legate alla configurazione (e alla regolamentazione) giuridica del lavoro “agile” emergenziale, resta, in ogni caso, un dato certo, ovvero che in questo (drammatico) periodo di “contingenza” epidemiologica si sta realizzando una imponente ed accelerata “sperimentazione” della modalità di lavoro “a distanza”, che rimarrà nel bagaglio d’esperienza dei lavoratori e delle imprese<sup>31</sup>.

Ciò può rappresentare, per entrambi, una “occasione” preziosa onde valutare (anche in termini organizzativi, di benessere, etc.) la portata di questa modalità di esecuzione del lavoro, sebbene con tutte le difficoltà legate alla pandemia, nonché un fattore di maturazione verso una maggiore fiducia e confidenza nei confronti dei modelli organizzativi del lavoro che sfruttano, quale risorsa, anche in termini di produttività, le tecnologie digitali, sempre più sviluppate e diffuse, capaci di «desincronizzare e flessibilizzare l’attività lavorativa rispetto ad un posto e un orario fisso» (BROLLO, 2020).

In termini prospettici, onde sfruttare al meglio tale “opportunità” (CORSO, 2020), in un’ottica (altresì) di incremento della competitività nei mercati globali, v’è, probabilmente, la necessità di porre in essere una grande opera di digitalizzazione<sup>32</sup>, di investimento nelle nuove tecnologie, di formazione dei lavoratori, di diffusione di una moderna cultura manageriale (anche con un cambiamento di approccio nei sistemi di gestione del personale), onde addivenire a un’organizzazione del lavoro realmente nuova, agile, flessibile e produttiva, ben

---

<sup>31</sup> In poche settimane, si è effettuato un percorso di accrescimento delle competenze “tecnologiche” che, probabilmente, avrebbe richiesto anni, scoprendo, tra l’altro, che molte attività lavorative, prima considerate espletabili esclusivamente e necessariamente in sede, possono in realtà essere svolte anche “da remoto”. In ogni caso, sulle inevitabili “differenze settoriali” nel ricorso allo *smart working* (che incidono anche sulla futura diffusione dell’istituto), cfr. il Report dell’Istat «Situazione e prospettive delle imprese nell’emergenza sanitaria Covid-19» del 15 giugno 2020, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>32</sup> In tal senso, cfr. G. PROIA, relazione conclusiva al webinar «La tutela dell’occupazione nella FASE 3» del 13 maggio 2020 (registrazione reperibile in [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it)).

inserita nel contesto di sviluppo socio-economico attuale, di cui uno degli “emblemi” è il “contatto a distanza” (VALLEBONA, 2017).

In ogni caso, come altresì testimoniato da questo periodo “sperimentale” (in cui, a onor del vero, a causa della repentinità degli eventi, non v’è stata la possibilità, per molti lavoratori e imprese, di progettare preliminarmente la modalità lavorativa “a distanza”, al fine di adattarla alle proprie esigenze organizzative), va evidenziato che il lavoro agile presenta sì dei “benefici” (soprattutto in termini di competitività e di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, come espressamente affermato dal legislatore del 2017), ma anche degli elementi di criticità (CAPETTA-DEL CONTE, 2020), talvolta pure con riferimento a medesimi aspetti.

Tra i secondi, resi evidenti anche dalla generalizzazione e dalla pervasività del lavoro “agile” dell’emergenza, possono menzionarsi, ad esempio, quelli legati: (i) al funzionamento dei dispositivi tecnologici; (ii) al venir meno, per il lavoratore, dell’empatia con la propria comunità lavorativa; (iii) agli sconfinamenti del tempo di lavoro; (iv) alla conciliazione vita/lavoro (che, sebbene rappresenti uno dei principali obiettivi del modello tradizionale, nella fase emergenziale si è spesso manifestata in termini di criticità); (v) alla fornitura di attrezzature adeguate e ai relativi costi; (vi) alla formazione dei lavoratori nel loro utilizzo; (vii) alle conseguenze in termini di trattamenti salariali, anche con riferimento a quegli elementi spesso legati all’espletamento della prestazione in sede; (viii) alla sicurezza informatica; (ix) al controllo della prestazione lavorativa; (x) all’esercizio del potere direttivo; (xi) alle difficoltà di coordinamento tra le varie prestazioni; (xii) al possibile aumento delle disuguaglianze salariali<sup>33</sup>, etc.

Tra i primi, invece, sebbene alcuni solo “intuibili”, per molti, nel contesto emergenziale, possono citarsi (oltre a quelli espressamente individuati dal legislatore del 2017), tra gli altri: (i) la maggiore flessibilità organizzativa; (ii) la maggiore autodeterminazione del lavoratore nell’espletamento della prestazione; (iii) la riduzione dei tempi e dei costi del c.d. “pendolarismo” casa-lavoro (anche

---

<sup>33</sup> Cfr. INAPP, *Gli effetti indesiderabili dello smart working sulla disuguaglianza dei redditi in Italia*, in *INAPP Policy Brief*, n. 20/2020.

con una diminuzione degli incidenti stradali); (iv) il risparmio, per le imprese, sui costi logistici di gestione (con riferimento, ad esempio, ai locali aziendali e alle spese di trasferta); (v) le ricadute positive per l'ambiente; (vi) i benefici in termini di *engagement*, di meritocrazia e di fiducia per i lavoratori; (vii) la riduzione dell'assenteismo, etc.

Sicché, nello sviluppo (anche, eventualmente, regolativo<sup>34</sup>) del modello organizzativo del lavoro agile – che, probabilmente, superata la fase emergenziale, non tornerà «ad essere un'eccezione, ma continuerà ad avere ampia diffusione» (LAI, 2020)<sup>35</sup> - bisognerà tenere in debita considerazione, in un'ottica necessariamente interdisciplinare (TIRABOSCHI, 2020), tanto le luci quanto le ombre dell'istituto, attraverso una (difficile) opera di sintesi (ZOPPOLI, 2020).

Da un punto di vista normativo, al termine del periodo emergenziale, il lavoro agile, in base alla legge n. 81 del 2017, tornerà, in assenza di modifiche legislative, a costituire il frutto di una “scelta” concordata tra datore di lavoro e lavoratore, in un auspicabile “gioco a somma positiva” tra organizzazione e persona<sup>36</sup>, con una rinnovata centralità dell'accordo individuale (sia nell'*an* che

---

<sup>34</sup> Senza, però, addivenire ad un eccessivo irrigidimento normativo, che probabilmente non gioverebbe all'“agilità” della fattispecie (DEL CONTE, 2020). Allo stato, già sono state presentate talune proposte di legge sul lavoro agile. Cfr., ad esempio, la n. 2417 del 2 marzo 2020, la quale prevede, tra le altre cose: (i) il riconoscimento, in favore del lavoratore, del diritto soggettivo alla disconnessione; (ii) norme a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (soprattutto con riferimento ai rischi derivanti dall'utilizzo delle attrezzature munite di videoterminali e ai rischi della connettività e dell'iperconnettività); (iii) l'intervento della contrattazione di prossimità per la determinazione di alcuni aspetti quali i tempi di riposo e l'esercizio del potere direttivo, di controllo e disciplinare; (iv) ordini di priorità per l'accoglimento delle domande di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile; (v) norme sull'orario di lavoro, etc.

<sup>35</sup> Con riferimento ai possibili scenari futuri - ottimistico (della volontà), realistico e pessimistico (della ragione) - del lavoro agile post-pandemico, cfr. CARUSO, 2020. Secondo ROMEI, 2020, è «verosimile ipotizzare che il lavoro agile si declinerà al plurale, o almeno che concretamente si avranno due tipi unificati sotto lo stesso nome»: «il lavoro agile strettamente inteso, corrispondente al modello ideale delineato dal legislatore del 2017» e «una forma più modesta, prevalentemente orientata alle esigenze di cura e di assistenza familiare, con una generica vocazione verso la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro».

<sup>36</sup> In tal senso, cfr. M. CORSO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

nel *quomodo*), essenziale al fine di rendere flessibile l'organizzazione del lavoro (e di dare soluzione ad alcune delle criticità sopra evidenziate)<sup>37</sup>.

Un ruolo importante potrebbe essere svolto anche dalla contrattazione collettiva (LAI, 2020) - sia nazionale che, soprattutto, aziendale e territoriale - onde predisporre "cornici" normative di riferimento che disciplinino gli aspetti più comuni dell'istituto.

In chiave prospettica, anche di breve termine, va, inoltre, menzionato quanto previsto dal Rapporto del Comitato di esperti in materia economica e sociale concernente le «Iniziative per il rilancio Italia 2020-2022» dell'8 giugno 2020 (c.d. Piano Colao), ove si evidenzia la necessità di «utilizzare la fase attuale per un'attenta e profonda osservazione dello *smart working* e delle dinamiche ad esso connesse per identificare elementi con cui migliorare la normativa vigente (legge n. 81/2017), al fine di renderla perfettamente aderente al nuovo contesto che si sta sviluppando, in cui da un lato c'è la necessità di un'adozione diffusa per questioni anche di sicurezza e dall'altro l'obiettivo di dare a imprese e lavoratori un'opzione migliorativa sia della produttività sia delle condizioni lavorative», raccomandando, «al fine di evitare utilizzi impropri dello strumento già nell'immediato ... di definire e adottare un codice etico per la PA e di promuoverlo nel mondo dell'impresa»<sup>38</sup>.

In termini più strettamente giuslavoristici, infine, va sottolineato che il "vero" lavoro agile - in ragione della valorizzazione della flessibilità spazio-

---

<sup>37</sup> Sebbene non vada trascurato il problema dei possibili condizionamenti datoriali alla libera e genuina esplicazione della volontà del lavoratore (TINTI, 2020). In ogni caso, l'eventuale riorganizzazione dell'attività produttiva delle imprese nel segno delle nuove tecnologie potrebbe condurre all'instaurazione di rapporti di lavoro che nascono direttamente in *smart working*, senza la necessità che esso sia concesso né preteso. Cfr. G. LO STORTO, relazione al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

<sup>38</sup> Secondo le "schede di lavoro" del Rapporto è necessario, «nel breve periodo, promuovere, nella PA come nelle aziende private, l'adozione di un codice etico dello Smart Working con specifica considerazione dei tempi extra lavorativi (tra i quali impegni domestici e cura della famiglia) e in ottemperanza alla L. 81/2017 (stesse ore lavorative e giornate come da contratto nazionale), con l'obiettivo di: (i) massimizzare la flessibilità del lavoro individuale, (ii) concordare i momenti di lavoro "collettivo" (da tenersi in orari standard, rispettando la pausa pranzo, i weekend e le regole previste per il lavoro straordinario), (iii) adottare sistemi trasparenti di misurazione degli obiettivi e della produttività al fine di valutare la performance sui risultati e non sul tempo impiegato (meno misurabile e non rilevante nel lavoro agile)».

temporale (MAGNANI, 2019), dell'“autonomizzazione” e “responsabilizzazione” del lavoratore (ALES, 2020), dell'importanza attribuita al risultato della prestazione (MARTONE, 2018), del più ampio ruolo regolativo affidato all'autonomia negoziale (PERULLI, 2018), della centralità della “collaborazione”, rivisitata alla luce delle nuove tecnologie<sup>39</sup> - induce a riflettere sulle stesse “certezze” sinora costruite intorno alla fattispecie del lavoro subordinato (CARUSO, 2020), nonché sui confini di quest'ultimo rispetto al lavoro autonomo (BROLLO, 2020; LEVI, 2019).

Il tema - che può essere soltanto accennato in questa sede - testimonia, in ogni caso, la possibile rilevanza dell'istituto nel diritto del lavoro del futuro (CARUSO-DEL PUNTA-TREU, 2020).

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALES E., *I benefici dello smart working*, in [open.luiss.it](http://open.luiss.it), 9 giugno 2020
- ALESSI C. - VALLAURI M.L., *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in Bonardi O. - Carabelli U. - D'Onghia M. - Zoppoli L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020
- ALLAMPRESE A. - PASCUCCI F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore “agile”*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I
- ALVINO I., *È configurabile un diritto del lavoratore al lavoro agile nell'emergenza covid-19?*, in *GiustiziaCivile.com*, 8 aprile 2020
- ANDREONI A., *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I
- BACCHINI F., *Smart working da Covid-19 a fine corsa? Ragioniamo sugli scenari futuri*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 27 giugno 2020
- BARRACO E. - SITZIA A. - LUCCHIARI M., *La “rivitalizzazione” dello smart working*, in *Dir. prat. lav.*, 2020
- BERNARDO P., *Lo smart working ai tempi del Coronavirus*, in *Guida lav.*, n. 14, 2020
- BINI S., *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *GiustiziaCivile.com*, 17 marzo 2020
- BROLLO M., *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Lav. giur.*, 2020
- CAIROLI S., *L'incentivo del lavoro agile nelle misure emergenziali di contrasto al covid-19: prime osservazioni*, in *GiustiziaCivile.com*, 18 marzo 2020
- CALVELLINI G., *Coronavirus e lavoro agile: la regolamentazione provvisoria*, in *Diritti&Lavoro Flash*, n. 2/2020
- CAPETTA R. - DEL CONTE M., *Tutela del lavoro e emergenza da COVID-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 31 marzo 2020
- CARUSO B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020
- CARUSO B. - DEL PUNTA R. - TREU T., *Manifesto. Per un diritto del lavoro sostenibile*, CSDLE “Massimo D'Antona”, 2020
- CATAUDELLA M.C., *Lo smart working “emergenziale” nelle Pubbliche Amministrazioni*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- CORSO M., *Lo smart working ai tempi del coronavirus*, in [www.som.polimi.it](http://www.som.polimi.it), 25 marzo 2020

<sup>39</sup> Cfr. R. PESSI, relazione conclusiva al webinar «Regolazione e gestione dello smart working: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto» del 14 maggio 2020, cit.

- D'ASCOLA S., *Il lavoro a distanza come diritto? Sui 700 dell'emergenza (e sulla normalizzazione del lavoro agile)*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 29 giugno 2020
- DAGNINO E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in *Dir. rel. ind.*, 2017
- DE MARINIS N., *Obbligazione di lavoro ed emergenza epidemiologica*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- DEL CONTE M., *E adesso proteggiamo lo smartworking dall'iper-regolamentazione*, in [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it), 14 maggio 2020
- FALSONE M., *Il lavoro c.d. agile come fattore discriminatorio vietato*, in Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018
- FIORILLO L., *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del Diritto del lavoro*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- FOGLIA L., *Emergenza lavoro e lavoro in emergenza*, in Pileggi A. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020
- GENTILE G., *Lo smart working emergenziale tra (nuovi) diritti ed esigibilità della prestazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020
- LAI M., *Il lavoro a distanza, quale regolamentazione?*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 2/2020
- LAMBERTI M., *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- LEONE M., *Lavoro agile al tempo del coronavirus: ovvero dell'eterogenesi dei fini*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 21 marzo 2020
- LEVI A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I
- MAGNANI M., *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 404/2019
- MAINARDI S., *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- MARESCA A., *Smart working, subordinazione soft*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 26 luglio 2017
- MARTONE M., *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018
- MENEGOTTO M., *Una nuova legge sul lavoro agile? Note a margine del disegno di legge delega AS 1833 a firma Ricciardi e altri*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 21 settembre 2020
- MONDA P., *Lo smart working e l'emergenza sanitaria*, in [www.cgil.veneto.it](http://www.cgil.veneto.it), 2020
- PERULLI A., *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 365/2018
- PISANI C., *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *Guida lav.*, n. 33/34, 2020
- PRETEROTI A., *La responsabilità del datore di lavoro per il buon funzionamento degli strumenti assegnati al lavoratore agile*, in Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018
- PROIA G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- PESSI R. - FABOZZI R., *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in Fiorillo L. - Perulli A. (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018
- RAIMONDI E., *Potere di controllo, tutela della riservatezza e "lavoro agile"*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I
- RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018
- ROMEI R., *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020
- SENA E., *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l'incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro*, in *Dir. merc. lav.*, 2018
- SITZIA A., *Coronavirus, controlli e "privacy" nel contesto del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2020
- TINTI A.R., *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 419/2020

- TIRABOSCHI M., *Smart working: la prospettiva giuslavoristica non basta*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 21 settembre 2020
- TIRABOSCHI M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 335/2017
- TUFO M., *Il lavoro agile (dell'emergenza) esordisce in giurisprudenza: come bilanciare gli interessi in gioco nell'era della pandemia?*, in *Lav. dir. Eur.*, n. 2/2020
- TULLINI P., *Il controllo a distanza attraverso gli strumenti per rendere la prestazione lavorativa. Tecnologie di controllo e tecnologie di lavoro: una distinzione possibile?*, in Tullini P. (a cura di), *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Giappichelli, 2017
- VALLEBONA A., *Il lavoro agile*, in *Mass. giur. lav.*, 2017
- ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 421/2020