

P22031_Marina Brollo_ Il lavoro agile: modelli, problemi e prospettive. Focus sui lavoratori “in condizioni di fragilità”.

WORK IN PROGRESS

SOMMARIO: 1. Premessa: il cantiere aperto del diritto dell'emergenza. – 2. Gli antenati del lavoro agile e le tensioni sulla nozione di subordinazione. Verso una disciplina organica del lavoro a distanza? – 3. La disciplina “ordinaria” del lavoro agile: il capo II della l. n. 81/2017. – 4. La disciplina “emergenziale” del lavoro agile. – 5. La tormentata vicenda dei lavoratori “fragili”. – 6. L'incerta nozione dei lavoratori più esposti al rischio di contagio. – 7. Il ritorno, graduale e asimmetrico, al regime “ordinario”. – 8. Il ruolo delle parti sociali e prospettive.

1. Premessa: il cantiere aperto del diritto dell'emergenza.

Ringrazio i responsabili del corso e gli esperti formatori della Scuola Superiore della Magistratura per avermi concesso la gradita opportunità di intervenire in questo stimolante percorso di alta formazione, anche quale occasione per ritornare a Napoli e soprattutto per entrare, per prima volta, nel Castel Capuano.

E qui, devo complimentarmi con gli organizzatori per la scelta del luogo che è particolarmente azzeccata quale emblema fisico del diritto (anche del lavoro) dell'emergenza Covid, come recita il titolo del corso.

Castel Capuano è ora (come la nostra materia) un vero e proprio “cantiere aperto”: con saloni incantevoli, eredità del passato, ma con l'urgenza di intervenire con misure di ricostruzione in armonia con il passato e con gli interventi necessari per affrontare le trasformazioni in atto all'insegna di un progetto di sostenibilità; il tutto, con il caos, il fervore e la complessità dei lavori in corso, come ben sa chi sta avventurando in lavori di ristrutturazione, materiale o immateriale, in ogni ambito.

In questa atmosfera, mi accingo a fare il punto sulla disciplina del lavoro agile nella fase attuale, dopo il 31 marzo 2022. Dal 1° aprile, infatti, non siamo più completamente nello stato di emergenza, ma non siamo ancora nella fase del *post*-pandemia, sia a livello giuridico, sia a livello medico, come ci ha segnalato l'interessante relazione del Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità, prof. Silvio Brusaferrò.

E qui, aggiungo un altro complimento agli organizzatori per la scelta di un corso di formazione “interdisciplinare” non solo a livello giuridico, intrecciando i profili giuslavoristici e penalistici, ma con una apertura anche alle scienze solitamente considerata “altre”.

In questo *frame*, mi occupo della modalità di lavoro subordinato che è diventata il prototipo del lavoro “d'emergenza” – il lavoro agile – e che ora vorrebbe ri-diventare “normalità”, con la consapevolezza che la sperimentazione, forzata e massiva, di oltre un biennio di vita vissuta ne ha cambiato la percezione individuale e sociale, per quanto riguarda sia le potenzialità, sia i rischi, e quindi le esigenze di regolamentazione.

Procedo, quindi, all'analisi del lavoro agile con la consapevolezza che anche in quanto caso è necessario un approccio fortemente interdisciplinare, dialogando con le scienze “altre”, a partire da quelle economico-aziendali, dato che le questioni cruciali dell'accesso e della gestione del lavoro

agile sono *in primis* questioni di tipo organizzativo, inclusa la gestione delle risorse umane, a partire dallo sviluppo della fabbrica c.d. “agile” imperniata sull’efficacia dei processi ⁽¹⁾.

2. Gli antenati del lavoro agile e le tensioni sulla nozione di subordinazione. Verso una disciplina organica del lavoro “a distanza”?

Per cogliere le caratteristiche e le eredità del lavoro agile dell’emergenza epidemiologica, è opportuno prendere le mosse dalla disciplina previgente alla pandemia di lavoro a distanza, anche in quanto questa sarebbe destinata a ritornare la *regola* rispetto all’*eccezione* del periodo di emergenza; salvo interventi correttivi dello stesso legislatore, peraltro già in cantiere, ma non è chiaro con quali *chances*.

Il lavoro agile è una modalità di lavoro “subordinato” con una crescente flessibilità nell’organizzazione di luogo e tempo di lavoro, connessa alla “remotizzazione” della prestazione e alla conseguente minore propensione a misurare la quantità del lavoro tramite il (tradizionale) riferimento all’orario.

Ciò premesso, si rammenta che il lavoro subordinato fuori dai locali aziendali (con tensioni rispetto al tradizionale obbligo di collaborare “*nell’impresa*” di cui all’art. 2094 c.c.) ha una importante storia di discipline di rapporti di lavoro “speciali”, anche se risultata marginale in termini di quantità dell’occupazione.

Come noto, l’antenato più prossimo del lavoro agile è il telelavoro ⁽²⁾, regolamentato per lo più a seguito di una direttiva comunitaria del 16 luglio 2002 (figlia del primo contratto collettivo europeo), con discipline differenziate fra lavoro privato (per via di accordo interconfederale) e pubblico (per via normativa e di contrattazione collettiva), ma con frammenti (comuni e vigenti) di singole disposizioni relative: all’orario di lavoro (art. 17, d. lgs. n. 66/2003), alla sicurezza sul lavoro (art. 3, d. lgs. n. 81/2008) e al diritto alla riservatezza (d. lgs. n. 196/2003, come modd. dal d. lgs. n. 101/2018).

A sua volta, il telelavoro è parente lontano di un’altra fattispecie di lavoro “a distanza”, svolto sì all’esterno dei locali aziendali, ma con un’unica specifica soluzione locativa della prestazione di lavoro: il domicilio del lavoratore. La disciplina del rapporto di lavoro subordinato “a domicilio” già

¹ C. Saurin, *La fabbrica agile. Lo sviluppo di prodotto nella quarta rivoluzione industriale*, Ayros, 2022. Il termine inglese *Agile manufacturing* identifica quell’insieme di processi e strumenti attraverso i quali un’impresa manifatturiera può rispondere rapidamente ed efficacemente ai cambiamenti idotti dalle esigenze del mercato e della clientela, mantenendo nel contempo la massima qualità e il controllo dei costi. Il modello di gestione della produzione basato sui principi dell’*Agile*, pertanto, si focalizza su flessibilità e rapidità di risposta, ed è spesso adottato da aziende con un ciclo di vita breve del prodotto (per es. elettronica) o una domanda molto variabile. La metodologia dell’*Agile manufacturing* è considerata un’evoluzione della *Lean Manufacturing*: in estrema sintesi, la differenza tra i due approcci è la stessa che intercorre tra una persona snella (*lean*) e una persona atletica (*agile*).

⁽²⁾ Ricordo che il telelavoro è disciplinato da una normativa, precisa e rigida, soltanto nelle pubbliche amministrazioni: art. 4, comma 1, della l. n. 191/1998; regolamento (d.P.R. n. 70/1999), accordo quadro nazionale del 2000, CCNL del 2001 e 2014 (per l’Inps). E’ poi intervenuto l’art. 14 della l. n. 214/2015 e la Dir. Madia n. 3/2017. Nel lavoro privato, invece, manca una legge speciale sul telelavoro seppur l’Accordo quadro europeo del 2002 – recepito nell’accordo interconfederale del 2004 – è stato preso indirettamente a riferimento dal T.U. sulla sicurezza (d.lgs. n. 81/2008, ad es. con l’obbligo per il datore di prevenire l’isolamento del lavoratore a distanza) e dal codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003) dall’intrusione nella sfera di riservatezza. In mancanza di una legge, in presenza di contratti collettivi con i noti vincoli di efficacia soggettiva, il telelavoro nel settore privato è regolato fondamentalmente dai contratti individuali, con tutte le difficoltà connesse: M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *LG*, 2009, 7, 663 ss. Cfr. inoltre, per tutti, L. GAETA, P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.

si rinveniva la l. n. 264/1958 sul lavoro “a domicilio”, cui ha fatto seguito la l. n. 877/1973, tutt’ora vigente ⁽³⁾).

Le tre varianti di lavoro “a distanza” prevedono modalità flessibili di occupazione che mettono in crisi contemporaneamente due indicatori tradizionali della subordinazione ritenuti “naturalisti”: il *luogo* (entro i confini del perimetro aziendale) e l’*orario* (entro le sequenze temporali unitarie e sincronizzate) di lavoro e di non lavoro dell’organizzazione sociale dell’impresa; con ricadute indirette sulla stessa nozione cardine del diritto del lavoro. Non a caso, già la l. n. 877/1973 qualifica la subordinazione del lavoratore a domicilio “*in deroga a quanto stabilito dall’art. 2094 c.c.*” e il telelavoro viene disciplinato (dalla legge, dall’autonomia collettiva e individuale) come una tipologia diversa dalla normalità, in termini di rapporto di lavoro “speciale”.

La *querelle* sulla destrutturazione della subordinazione non è quindi una novità del neo-nato lavoro agile ⁽⁴⁾, seppur il legislatore la tacita inglobando espressamente l’agilità dentro il contenitore legale della “*subordinazione*” ex art. 2094 c.c., quale modalità di lavoro che fornisce risposte alle sfide post-moderne delle trasformazioni in corso e di un aumento dell’autonomia e della responsabilità del dipendente.

Se il testo di riferimento non è cambiato, quello che è sicuramente modificato nell’evoluzione della disciplina del lavoro a distanza è il contesto economico-sociale e, soprattutto, tecnologico di riferimento: dapprima meccanico, poi analogico e ora digitale. Quest’ultimo si differenzia dai precedenti, *in primis*, per le potenzialità trasformative delle innovazioni, il tipo e la velocità del cambiamento.

Inoltre, la giuridificazione del lavoro (subordinato) agile è avvenuta nel contenitore del c.d. “statuto del lavoro autonomo”, l. n. 81/2017, alimentando sospetti di un appannamento della storica linea di distinzione. Non c’è dubbio, il lavoratore subordinato che “auto-organizza” tempo e luogo dell’attività lavorativa, con un processo dinamico dal basso, e che lavora per obiettivi o progetti interagendo con il datore ricorda il prototipo del lavoratore a domicilio “a cottimo”, anzi diventa, di fatto, molto simile al lavoratore autonomo, data anche l’eventualità di una traslazione di una parte del rischio di impresa dal datore al lavoratore, con possibili conseguenze di ibridazione o di osmosi delle nozioni giuridiche fondanti la separazione binaria delle monolitiche categorie tradizionali del nostro diritto del lavoro (subordinazione *versus* autonomia).

Infine va segnalato che, secondo la narrazione prevalente, il telelavoro non ha attecchito – sia nel pubblico, sia nel privato – per la sua regolamentazione troppo complicata e rigida. Ritengo, invece, che la resistenza principale dipenda dalla forza delle cose: il ritardo tecnologico, l’età del personale sempre più avanzata e l’inadeguata formazione digitale, e soprattutto la cultura organizzativo-manageriale modellata sull’immagine novecentesca della fabbrica fordista con le sue rigidità e i controlli verticali di luogo e orario di lavoro.

Salvo casi eccezionali – di lavoratori, spesso lavoratrici, svantaggiati per ragioni di cura dei figli e/o assistenza degli anziani, ovvero di disabilità o esposizione ai rischi – ha prevalso su ogni altra

⁽³⁾ Rinvio, per tutti, a L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali.*, Franco Angeli, Milano, 1979.

⁽⁴⁾ Fra gli altri, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un’impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 327, 2017; A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, I, 111 ss.; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 1, 25 ss. La questione non è nuova, ma pone problemi nuovi a temi classici del diritto del lavoro: F. SANTONI, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, n. 4, sul punto 931 ss.

innovazione la mentalità del lavoro dentro “l’ufficio-fabbrica”, cioè a contatto fisico con la comunità aziendale ⁽⁵⁾.

Pur avendo avuto una modesta diffusione, la regolamentazione del telelavoro resta, tuttavia, un’importante pietra di paragone (e di regolamentazione) per i nuovi modi di lavorare a distanza – seppur con un collegamento telematico (e non più telefonico, com’era nel secolo scorso) – e sopravvive alla disciplina del lavoro agile, alimentando questioni pratiche circa la difficile individuazione delle diverse fattispecie legali e negoziali.

Da qui, l’idea – che trapela nella Relazione del Gruppo di studio Lavoro agile ⁽⁶⁾ – che le diverse fattispecie di lavoro “a distanza” – cioè svolto all’esterno dei locali aziendali, con una flessibilizzazione del luogo e dei tempi di esecuzione della prestazione lavorativa – dovrebbero essere disciplinate in maniera organica e unitaria, attraverso un testo normativo che delinea gli elementi caratteristici comuni, pur tenendo conto delle differenze e delle peculiarità di ciascuna di esse. Idea, questa, che potrebbe trovare riscontro in una proposta europea (di direttiva?) di regolamentazione del contratto di lavoro a distanza, includendo anche la nuova tipologia di lavori mediante piattaforme digitali.

3. La disciplina “ordinaria” del lavoro agile: il capo II della l. n. 81/2017.

La normativa che ha disciplinato il lavoro agile in Italia – noto in molti contratti collettivi e nella narrativa pubblica all’ital-inglese, come *smart working* – è entrata in vigore dal 14 giugno 2017, a seguito della l. 22 maggio 2017, n. 81, recante «*Misure [...] volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*» ⁽⁷⁾. Il Capo II regola, con sei articoli (18 e ss.), in modo organico seppur snello, la versione “genuina” del lavoro agile ⁽⁸⁾ quale variante di lavoro subordinato, assecondando – ma soltanto in parte – tendenze manageriali già emerse in alcuni contesti produttivi e spesso recepite nella negoziazione collettiva del settore privato (per lo più: di livello aziendale, nelle grandi imprese, specie multinazionali, operanti nel settore dei servizi e per le prestazioni di tipo professionale).

⁽⁵⁾ Per tutti, rinvio alle illuminanti riflessioni di F. BUTERA, *Organizzazione e società. Innovare le organizzazioni dell’Italia che vogliamo*, Marsilio Editore, 2020.

⁽⁶⁾ V. la Relazione (cui ho contribuito) elaborata dal Gruppo di studio presieduto da P. Albi, in <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/Relazione-finale-Gruppo-di-Studio-Lavoro-agile-e-Protocollo.pdf>. L’idea, però, non ha potuto trovare concretizzazione nel contesto del Protocollo 7 dicembre 2021 relativo al settore privato: in <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/PROTOCOLLO-NAZIONALE-LAVORO-AGILE-07122021-RV.pdf>.

⁽⁷⁾ Per un’analisi organica della disciplina del 2017 si rinvia a D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo - agile - occasionale*, Adapt University Press, 2018, 345 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 461 ss.; A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 165 ss. (ed ivi segnalo il contributo di R. PESSI, R. FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, 227); M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, 2018. Cfr. inoltre C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell’economia digitale*, Giappichelli, 2018; A. OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano, 2018, 125 ss.; G. RICCI, *La nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 3; nonché gli ulteriori contributi segnalati nelle precedenti e prossime note. Cfr. anche E. DAGNINO, M. MENEGOTTO, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2107*, Adapt University Press, 2020, II ed.

⁽⁸⁾ Così F. CARINCI, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit., cogliendo il *trait d’union* fra lo statuto dei lavoratori e lo statuto del lavoro agile, delineato dalla legge del 2017, nonché la sua ragione profonda di «una trasformazione dell’intera organizzazione del lavoro, che vada ben oltre l’esportazione all’esterno di mansioni ripetitive, costruite a misura di un lavoro predeterminato nel suo spazio/tempo di svolgimento».

Il lavoro agile permette, mediante accordo tra le parti individuali, di far ‘vibrare’ lo spazio e il tempo nel rapporto di lavoro subordinato oltre i vincoli tradizionali del potere direttivo⁽⁹⁾, lavorando anche per obiettivi o progetti, con conseguente misurazione e valutazione sul risultato raggiunto (cioè sull’apporto del singolo alla creazione di valore per l’impresa) piuttosto che in base ai parametri classici, quali l’ora di lavoro fissa e la presenza fisica nei locali aziendali. Da qui l’esigenza di programmare l’utilizzo del (vero) lavoro agile in un contesto organizzativo diverso, di *project management*, integrato con le tecniche del *change management*, con idonea informazione, condivisione e formazione di dirigenti e dipendenti⁽¹⁰⁾.

Per effetto delle tecnologie digitali ci troviamo quindi di fronte a indicatori ambivalenti di una subordinazione “agile”⁽¹¹⁾: più leggera, ma più dilatata, caratterizzata da attenuazione della soggezione, da immissione di dosi di autonomia e di autogestione, con una crescente responsabilizzazione del lavoratore sui risultati all’interno dei confini della nozione giuridica di subordinazione e con una probabile maggiore incidenza della retribuzione di risultato.

Rispetto al modello social-tipico di lavoro subordinato, la principale innovazione della disciplina legale – figlia della regolamentazione del telelavoro nel settore privato⁽¹²⁾ – risiede nella valorizzazione dell’*autonomia individuale* per la definizione “dell’ossatura dell’intero rapporto” di lavoro agile⁽¹³⁾. La legge punta tutto sull’“accordo tra le parti”, cioè tra datore e singolo lavoratore (c.d. “patto di agilità”), quale clausola accessoria che veicola un implicito patto di fiducia tra i contraenti (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017)⁽¹⁴⁾; prevedendo la possibilità di risolvere il medesimo accordo (se a tempo indeterminato) senza obbligo di giustificazione, salvo il rispetto del termine di preavviso (art. 19, comma 2, l. n. 81/2017).

La scelta di affidare la regolazione della prestazione lavorativa all’autonomia privata individuale – seppur appaia coerente con la tendenza all’individualizzazione dei rapporti di lavoro in funzione delle specifiche esigenze della persona che lavora e della concreta realtà organizzativa – non tiene conto sia dei possibili condizionamenti, in concreto, della libera volontarietà del soggetto parte debole del

⁽⁹⁾ Rinvio a A. BOSCATI, *L’inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P.G. CELLI, *Il lavoro da remoto: una sfida per il cambiamento organizzativo per i manager*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.; M. CORSO, *Sfide e prospettive della rivoluzione digitale, lo smart working*, in *DRI*, 2107, 4, 979 ss. Per un’analisi del cambiamento organizzativo dal punto di vista consulenziale cfr. A. VISENTINI, S. CAZZAROLLI, *Smart working: mai più senza. Guida pratica per vincere la sfida di un nuovo modo di lavorare*, in *AIDP*, 2019, con *Prefazione* di M. Del Conte: per implementare lo *smart working* è fondamentale che le aziende lo adattino al proprio contesto dal punto di vista culturale, organizzativo, regolativo ed economico, da qui l’acronimo del metodo “C.O.R.E.” di queste quattro aree che costituiscono i passaggi e le dimensioni fondamentali di un complesso processo/percorso di attivazione (dall’individuazione di valori e obiettivi strategici; coinvolgimento proattivo delle persone, bozza di *policy*, formazione, bilancio e infine visione futura).

⁽¹¹⁾ Ai commenti cit. nelle precedenti note *adde*: R. CASILLO, *La subordinazione “agile”*, in *DML*, 2017, 545 ss.; A. ANDREONI, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, 106 ss.; C. TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *LG*, 2018, 3, 230.

⁽¹²⁾ Rinvio a M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali*, cit.

⁽¹³⁾ Ai commenti cit. nelle precedenti note *adde*: M. MARTONE, *Lo smart working nell’ordinamento italiano*, in AA.VV., G. Santoro Passarelli, *Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, II, 2018, 1026 ss.; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell’autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, I, 254; A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, I, 111, sul punto 152 ss., che coltiva l’approccio delle c.d. *capabilities* individuali del lavoratore nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato.

⁽¹⁴⁾ Sul punto si rinvia in particolare a M. MARTONE, *Lo smart working nell’ordinamento italiano*, cit., 1026 ss.; M. VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell’autonomia individuale*, cit., 254; G. PROIA, *L’accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *op. cit.*, 179 ss. Più in generale T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie, riflessioni a partire dai lavori nella gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, 393 ss.

rapporto di lavoro (in assenza di una rete di garanzie per la genuinità del consenso) ⁽¹⁵⁾, sia dell'importante e prezioso ruolo della contrattazione collettiva (non solo di anticipazione delle regole legali, ma pure) di riequilibrio dello squilibrio contrattuale ⁽¹⁶⁾.

In virtù del testo normativo, la negoziazione collettiva opera in condizioni di “semi-clandestinità”, essendo autorizzata ad intervenire solo in virtù della libertà sindacale ⁽¹⁷⁾. Viceversa, nel contesto di un'ulteriore disgregazione della dimensione collettiva del lavoro e dei rischi di isolamento per via dell'agilità, la tradizionale coppia “individuale-collettivo” andrebbe valorizzata.

Da qui il pronto tentativo dei lavoristi (che trova riscontro nella proposta di revisione della legge del 2017) di ricercare, fra le pieghe e gli echi della normativa, il rinvio “perduto” alla regolamentazione *collettiva* del lavoro agile ⁽¹⁸⁾, per es. coltivando gli effetti del rinvio legale (implicito) ad essa veicolato dal limite della durata massima dell'orario di lavoro.

In tale direzione – prima della pandemia, nel settore privato – una spinta indiretta è derivata dagli incentivi per le misure di c.d. *welfare* aziendale concordate nei contratti collettivi aziendali (e territoriali). Tale misura, dando per presupposto che l'agilità incide sulla produttività del lavoro, ha realizzato «in forma inedita una sorta di monetizzazione del valore della flessibilità [...] esprimendo in chiari termini l'equazione flessibilità-produttività» ⁽¹⁹⁾. La negoziazione di categoria, invece, si è impegnata nell'opera di adattamento delle previsioni contrattuali in materia di telelavoro o viceversa nella ricerca di una netta ripartizione tra le fattispecie di telelavoro e lavoro agile, o ancora in termini di mero rinvio alle previsioni legislative ⁽²⁰⁾.

Nel rispetto della norma, il lavoro agile *pre-pandemico* si è sviluppato quale mera *possibilità* di esecuzione flessibile del lavoro subordinato «*in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno*» (art. 18, comma 1, l. n. 81/2017), senza una indicazione eteronoma della proporzione tra lavoro interno e lavoro esterno, rimessa nel *quantum* alla libera determinazione dell'accordo individuale. In concreto, la figura socialmente tipica di lavoro agile prevedeva sì l'alternanza, ma la porzione di lavoro esterno era marginale: spesso uno (massimo due) giorni alla settimana ⁽²¹⁾. Quindi il modello praticato di agilità era di tipo “minimalista”.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 87 ss.; ID., *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione*, in *Var. Temi dir. lav.*, 2018, 3, 823 ss.; F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e rischi per il lavoratore*, in *DML*, 2018, 17 ss.; G. FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *DRI*, 2018, 773 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. in particolare l'attento contributo di M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, 962 ss.; A. OCCHINO, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 3, 81 ss.; V. PINTO, *La flessibilità funzionale ed i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 367 ss. Da ultimo, in generale, M. BENTIVOGLI, *Lavoro da remoto e relazioni industriali*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, cit.

⁽¹⁷⁾ Così Y. CURZI, I. SENATORI, *Il lavoro dopo la pandemia: oltre l'agilità dell'emergenza*, in *Italianieuropei*, n. 3, 2020, 8.

⁽¹⁸⁾ Cfr., per il settore privato, G.A. RECCHIA, *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 380 ss.; per il settore pubblico, A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro*, cit., 356 ss.

⁽¹⁹⁾ Così, in particolare, P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, in *ADL*, 2017, 6, 1342.

⁽²⁰⁾ Cfr. VI Rapporto Adapt, *La contrattazione collettiva in Italia (2019)*, cit. Per una mappatura ragionata dei contenuti della contrattazione aziendale cfr. inoltre M. MENEGOTTO, *Lavoro agile e contrattazione aziendale. Un'analisi qualitativa per progettare la ripartenza*, in *WP ADAPT*, n. 27, 2020.

⁽²¹⁾ Per una delle prime ricerche sul campo, in epoca *pre-Covid-19* (progetto E.L.E.N.A. del 2017), a cui ho collaborato sia permesso rinviare a M. BROLLO, *Verso il lavoro “anytime, anywhere”?*, in AA.VV., G. Santoro Passarelli, *Giurista della contemporaneità*, op. cit., 924 ss. e, per l'analisi economica, a M. ANGELICI, P. PROFETA, *Smart-Working: Work Flexibility Without Constraints, working paper Dondena*, 137, 2020.

La disciplina legale del 2017 risulta applicabile – in modo espresso e senza richiami al contratto collettivo – al lavoro pubblico privatizzato (art. 18, comma 3, l. n. 81). Nel testo originario prevale, quindi, una logica di tendenziale omologazione dal privato al pubblico, con scarni tratti di specialità per garantire l’adattamento della modalità agile alle esigenze della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.* (22).

La l. n. 81/2017 prevede una coppia di obiettivi, ben visibili ma poco solidi. A) Nel lavoro pubblico e privato, di «*agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*» dei dipendenti (art. 18, comma 1), con (mera) priorità per le (sole madri) per la cura dei figli piccoli o per entrambi i genitori per i figli disabili (art. 18, comma 3*bis*, aggiunto dall’art. 1, comma 486, l. n. 145/2018) e la possibilità di prevedere il diritto al *lifelong learning* (art. 20, comma 2). B) Nel privato «*di incrementare la competitività*» (art. 18, comma 1) e nel pubblico «*di razionalizzare l’organizzazione del lavoro e realizzare maggiori economie di gestione*» (anticipato nell’art. 4 della l. n. 191/1998); in entrambi i casi, con l’aspettativa di una riduzione dei costi dell’assenteismo, degli spazi lavorativi e, più in generale, di risparmi per il datore di lavoro (costi per luce, riscaldamento, connessione internet, missioni e trasferte, ecc.) (23) e per il lavoratore (costo e *stress* del raggiungimento del luogo di lavoro per qualche giorno al mese).

A conti fatti, nel primo biennio, il lavoro agile ha alimentato grandi aspettative e limitate realizzazioni, specie nelle Pubbliche Amministrazioni. In particolare, risulta sfocata l’idea più innovativa di trasformazione organizzativa, specie se la norma viene letta con gli occhiali del giurista tradizionale (24). Nell’immaginario collettivo, la principale novità del lavoro agile viene identificata nella flessibilità del *luogo* di lavoro – anziché in quella dell’*orario* – come se non fosse altro che una sorta di parziale e semplice trasferta nell’interesse del lavoratore (e quindi senza indennità!) in un luogo esterno alla direzione e controllo. Invero tale percezione sconta, forse, la materialità del posto

(22) Nelle pubbliche amministrazioni, il lavoro agile è anticipato nella legge delega Madia n. 124/2015: l’art. 14 promuove sia il vecchio telelavoro, sia la “sperimentazione” volontaria di altre “nuove modalità spazio temporali di svolgimento della prestazione lavorativa” nel contesto di grandi aspettative alimentate dall’evoluzione digitale. La previsione, con le misure Covid, perde il carattere di sperimentabilità (art. 87*bis*, d.l. n. 18/2020, conv. in l. n. 27/2020). Il vero *trait d’union* fra la delega Madia del 2015 e la successiva l. n. 81/2017 è costituito dalla Dir. della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 3 del 2017 che contiene dettagliate linee guida per le regole operative di modifica dell’organizzazione del lavoro, enfatizzando la modalità di lavoro agile e attribuendo un ruolo determinante ai Comitati Unici di Garanzia e ai dirigenti, quali *driver* dell’innovazione organizzativa. La l. n. 124 fissa(va) un obiettivo di sviluppo di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, «entro tre anni ad almeno il 10% dei dipendenti»: obiettivo minimale raggiunto alla vigilia dell’emergenza. Per un commento A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione “4.0”*, cit., 356 ss.; L. CALAFÀ, *Marginalità apparente. L’innovazione organizzativa della P.A. alle soglie della XVII legislatura*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, 474 ss.; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, 126 ss.; S. CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, I, 79 ss.; M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Var. Temi dir. lav.*, 2018, 3; M.L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *Quad. riv. giur. lav.*, 2019, 4, 169 ss.

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

(24) È questa la critica, *ex post*, alla prevalente dottrina lavoristica *ante-Covid* di B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit.: di non aver colto le potenzialità della normativa del 2017 di destrutturazione dei caratteri della subordinazione rinvenibili nella messa in discussione contemporanea dei due pilastri del lavoro novecentesco (luogo e orario di lavoro). Non c’è dubbio, l’interpretazione dottrinale ha privilegiato un approccio pragmatico. Similmente lo stesso A., nelle conclusioni, nel disegnare le ipotesi di scenario realistico e pessimistico (della ragione), mostra di essere consapevole che il ritorno alla realtà di una normalità potrebbe frenare l’innovazione, coltivando l’idea di una modalità di lavoro subordinato agile prestato in modo (sì diverso, ma) tradizionale. In ogni caso, la curiosità dei giuristi verso approcci e dialoghi inter/multi-disciplinari – anche se ancora troppo sottotraccia – potrebbe diventare preziosa per la soluzione di una situazione complessa quale l’attuale pandemia, con ricadute di innovazione, specie nell’ambito del diritto del lavoro.

rispetto all'immaterialità del tempo e non risulta consapevole del possibile "effetto domino" della flessibilità bilaterale dei due cardini classici del lavoro subordinato.

4. La disciplina "emergenziale" del lavoro agile.

Tratteggiata la disciplina originaria (e la fisionomia) del lavoro agile *pre*-pandemico, nella successiva fase il legislatore e la prassi amministrativa hanno proceduto all'insegna della "navigazione a vista", cercando di destreggiarsi non sempre con solide basi di riferimento, come hanno confermate le cit. relazioni della prima giornata.

Per effetto della pandemia, l'agilità cambia natura: diventa una misura sia precauzionale e di prevenzione *anti*-contagio, sia di continuità dell'attività lavorativa, in entrambi i casi imposta con un flusso *bottom-down* del potere pubblico, ribadita nei Protocolli di sicurezza e nelle linee guida Inail⁽²⁵⁾. Così il lavoro agile viene individuato dal Governo-legislatore quale strumento, valido ed efficace, per tenere assieme due diritti costituzionali (la salute individuale e pubblica *ex art.* 32, il lavoro *ex art.* 4) dato che consente di conciliare la prosecuzione dell'attività lavorativa (nella propria abitazione) con il mantenimento della distanza fisica per il contenimento del contagio fra le persone e nei luoghi di lavoro.

Il Covid-19 giustifica deroghe, significative e temporanee, allo svolgimento del lavoro agile rispetto alla normativa ordinaria del 2017, a partire dal suo elemento essenziale, costituito dall'accordo tra le parti sostituito dall'esercizio di una sorta di uno *jus variandi* datoriale, per continuare con le comunicazioni semplificate. In questo contesto la disciplina del lavoro agile diventa "d'emergenza"⁽²⁶⁾: con un fitto e disordinato susseguirsi, e stratificarsi multilivello a-sistematico (a volte con sovrapposizioni, sostituzioni parziali, refusi, ambiguità lessicali e proroghe retrodatate)⁽²⁷⁾, di provvedimenti di regolamentazione in deroga, nella cornice straordinaria ed eccezionale della dichiarazione dello "stato di emergenza" nazionale, aperto dal 31 gennaio 2020 e chiuso, con un *decalage* progressivo, dal 31 marzo al 31 dicembre 2022.

Ne consegue un esperimento di massa di lavoro da remoto senza precedenti, in una versione "edulcorata" rispetto alla versione "genuina" di lavoro agile⁽²⁸⁾.

Semplificando un biennio di pandemia, il bilancio è dato da una fitta normativa emergenziale e da una variegata e ondivaga prassi amministrativa che hanno gestito "a vista" una sperimentazione forzata, massiva e semplificata del lavoro agile semplificato (in deroga, temporanea, alla legge n. 81/2017 per finalità di prevenzione e/o di contenimento del contagio da Covid-19 e, parimenti, di continuità dell'attività economica e istituzionale.

In estrema sintesi, le deroghe fanno emergere un modello di agilità spinta, caratterizzato da un accesso unilaterale, con la determinazione da parte del datore dell'*an*, del *quantum* e del *quomodo*⁽²⁹⁾ (per il privato: art. 90, d.l. n. 34/2020; per il pubblico: art. 87, d.l. n. 18/2020) e, di fatto, senza la

(25) Cfr. Inail, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, approvato dal CTS nella seduta n. 49 del 9 aprile 2020, in <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-rimodulazione-contenimento-covid19-sicurezza-lavoro.pdf>. V. anche la precedente Circ. Inail n. 48/2017.

²⁶ Sia permesso rinviare a M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Fili, F. Seghezzi (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica. Contributo sulla nuova questione sociale*, Bergamo, Adapt University Press, 2020, 195.

⁽²⁷⁾ Si rinvia, per una raccolta cronologica degli interventi emergenziali, al sito <http://www.bollettinoadapt.it/coronavirus-normativa-giurisprudenza-prassi/> e alle schede di sintesi.

⁽²⁸⁾ Così F. CARINCI, *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, cit.

²⁹ Cfr. per il privato l'art. 90, d.l. n. 34/2020 e per il pubblico l'art. 87, d.l. n. 18/2020.

necessità/possibilità di alternanza dentro e fuori i locali aziendali, quindi con una netta prevalenza del lavoro esterno.

Va segnalato, tuttavia, che l’impatto del Covid sconta la diversità di organizzazione del lavoro nel settore privato e pubblico, con una conseguente e crescente differenziazione, a partire dal consolidamento della campagna di vaccinazione, delle regole di ricorso al lavoro agile. Così dal 15 ottobre 2021, nel pubblico impiego – per effetto del DPCdM 24 settembre 2021, del Decreto Brunetta 8 ottobre 2021 e delle linee guida –, prevale un indirizzo di contenimento del lavoro (e, in ogni caso, di prevalenza del lavoro in presenza), con il rilancio del contratto individuale, seppur in attesa dei nuovi contratti collettivi di comparto (a partire da quello già in pista delle Funzioni Centrali).

5. La tormentata vicenda dei lavoratori “fragili”.

In questo contesto, in questa fase di graduale uscita dall’emergenza, risulta emblematica l’emersione e la tormentata vicenda della categoria dei lavoratori fragili e delle loro opportunità di lavoro agile, quale strumento di inclusione sociale.

Il principale segno del Covid sul lavoro agile è dato dalla contemporanea compresenza, per un verso, dello straordinario potere del datore di pretendere dai lavoratori lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile (anche in versione integrale); per l’altro verso, delle garanzie di accesso al lavoro agile per una nuova categoria di lavoratori definiti, in prima battuta dal legislatore, come “fragili”.

Se così è, il *focus* normativo è rivolto principalmente all’intreccio fra i commi 2 e 2-bis dell’art. 26, d.l. n. 18/2020 (conv., con modd., in l. n. 27/2020, c.d. “Cura Italia”) e successive modifiche e proroghe, con la consapevolezza che l’approccio al tema è multidimensionale allorché esso intercetta, *in primis*, i principi di non discriminazione basati sull’*handicap* e di pari opportunità, spesso in una prospettiva intersezionale.

6. L’incerta nozione dei lavoratori più esposti al rischio di contagio.

Nel corso della pandemia, il legislatore, prevede una serie variegata di tutele (normative ed economiche), di natura eccezionale, a favore di una nuova categoria definitoria di “*lavoratori fragili*”, cioè di soggetti che oppongono scarsa resistenza al male e che quindi sono più vulnerabili.

In pratica, la fragilità è riferita a quelle condizioni di salute in presenza delle quali la persona del lavoratore necessita di una maggior tutela in relazione a uno specifico fattore di rischio soggettivo: il contagio da Covid-19, con i suoi pesanti risvolti negativi (come precisato dalla circ. intermin. n. 13 del 4 settembre 2020). Per queste caratteristiche, la nozione e le tutele dei lavoratori fragili risultano sincronizzate sulla durata dell’emergenza, ma con criticità che meritano una evidenziazione.

Il legislatore emergenziale disciplina una serie di casi particolari di *favor* per il lavoro agile per talune categorie di soggetti in particolari condizioni di “fragilità” per ragioni di salute, purtroppo diffuse, ma spesso dimenticate, se non a rischio discriminazioni.

In virtù del comma 2 dall’art. 26, d.l. n. 18/2020, la categoria dei fragili include i seguenti “*dipendenti pubblici e privati*” (nonostante la rubrica menzioni solo i secondi)³⁰: a) “*i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità, con connotazione di gravità*”, ai sensi dell’art. 3 comma 3, l. n. 104/1992; b) i dipendenti “*in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-*

³⁰ In coerenza con l’ambito di applicazione della modalità di lavoro agile, i soggetti destinatari di tutele sono soltanto quelli che rientrano nella cerchia dei lavoratori dipendenti, privati e pubblici; restano fuori, quindi, anche quelli iscritti alla gestione separata INPS: Messaggi n. 2584 del 24 giugno 2020 e n. 1667 del 23 aprile 2021.

legali” attestante una “*condizione di rischio derivante da immunodepressione*”; c) ovvero “*da esiti da patologie oncologiche*”; d) o dallo “*svolgimento di relative terapie salvavita*”.

La categoria include, in parte, l’elenco di lavoratori fragili previsto nello stesso decreto dal diverso comma 1 del successivo art. 39: disabili e dipendenti familiari di disabili.

A esse, va aggiunta altresì la figura dei genitori lavoratori con “*almeno un figlio in condizioni di disabilità grave*” (ex l. n. 104/1992) o “*con bisogni educativi speciali*”. In questa ipotesi, soltanto per il dipendente privato è previsto “*il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile*” (a patto che l’attività lavorativa del genitore richiedente non abbisogni necessariamente della presenza fisica e che anche l’altro genitore sia un lavoratore), mentre il dipendente pubblico, “*salva la disciplina dei contratti collettivi nazionali*”, ha soltanto un “*titolo prioritario per l’accesso al lavoro agile*” (art. 5-ter, d.l. n. 1/2022, conv. con. modd. in l. n. 18/2022 “*Lavoro agile per i genitori di figli con disabilità*”).

Nel tentativo di semplificare la mappatura dei fragili, da ultimo, la situazione si è ulteriormente ingarbugliata. L’art. 17, d.l. n. 221/2021 (conv., con modd., in l. n. 11/2022) – nel prorogare il comma 2 e 2-bis dell’art. 26, d.l. n. 18/2020 (commi 1 e 3-bis) – ha rinviato a un successivo decreto il delicato compito di “*individuare le patologie croniche con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di gravità, in presenza delle quali ricorre la condizione di fragilità*” (comma 2).

Il decreto interministeriale (Ministri della Salute, Lavoro e Pubblica Amministrazione) è arrivato il 4 febbraio 2022 e ha proceduto a individuare – per dipendenti privati e pubblici – le condizioni di fragilità “*in presenza delle quali (...) la prestazione lavorativa è normalmente svolta in modalità agile*”, con differenze rispetto a quello del cit. comma 2 dell’art. 26, d.l. n. 18/2020 e ha affidato la previa idonea certificazione al medico di famiglia (e non più ai “*competenti organi medico-legali*”). Con l’emanazione del decreto si passa dal precedente concetto di “*lavoratori fragili*” (ex art. 26, d.l. n. 18/2020) alla nuova “*condizione di fragilità*” che risulta indifferente alla collocazione del lavoratore nel settore privato o pubblico.

Il decreto 4 febbraio 2022 prevede due gruppi di soggetti da proteggere: per patologie o per condizioni di fragilità. A) Il primo, “*indipendentemente dallo stato vaccinale*”, ricomprende i «*pazienti con marcata compromissione della risposta immunitaria*» (ad es.: per trapianto, attesa di trapianto, patologia oncologica entro sei mesi dalla sospensione delle cure, etc.) e i pazienti che presentino “*tre o più delle condizioni patologiche*” individuate nello stesso decreto (ad es.: cardiopatia ischemica, ictus, obesità, etc.). B) Nel secondo gruppo rientrano, invece, i soggetti che, al contempo, siano “*esenti dalla vaccinazione per motivi sanitari*” e abbiano almeno una delle seguenti condizioni: “*età superiore a 60 anni*” o le condizioni di elevata fragilità ai fini della “*dose booster*” di vaccino *anti-virus* ⁽³¹⁾.

Dall’intreccio tra il d.l. 221/2021, il decreto 4 febbraio 2022 e i mess. Inps nn. 679 e 1126 del 2022 sulle tutele previdenziali deriva l’impressione del solito adagio per cui è “*tutto a posto e niente in ordine*”. Resta, infatti, il dubbio circa l’individuazione delle fragilità: inclusive soltanto delle patologie del nuovo elenco ovvero ad esse si aggiungono (con qualche sovrapposizione) quelle descritte dall’art. 26, comma 2 (e dall’ art. 39, comma 1), d.l. n. 18/2020 ⁽³²⁾?

E ancora, tenuto conto dell’emergente rischio (specie per le donne) di c.d. *Long Covid* le condizioni di fragilità valgono soltanto durante l’emergenza o anche oltre ?

³¹ Elencate nell’Allegato 2 della Circolare della Direzione generale della prevenzione sanitaria del Ministero della Salute n. 45886 dell’8 ottobre 2021, ma suscettibili di aggiornamento “*sulla base delle evidenze disponibili*”.

³² La proroga del comma 2 dell’art. 26, d.l. n. 18/2020, è confermata al 31 marzo 2022 dal d.l. n. 221/2021 e la norma è citata (assieme al comma 2-bis) nelle premesse del decreto interm. 4 febbraio 2022.

Il *patchwork* di norme pandemiche alimenta l'urgente necessità di fare chiarezza sia sull'individuazione dei soggetti protetti sia sulla permanenza o meno delle tutele dopo la fine dello stato di emergenza e delle sue code. Come vedremo, il decreto 4 febbraio 2022 appare formalmente destinato ad un periodo di operatività assai limitato. Sarà così o il decreto è stato confezionato in vista di una sorta di "normalizzazione" (senza ulteriori limiti temporali), dell'individuazione della condizione di fragilità? A mio parere, sarebbe opportuno che l'emersione giuridica della fragilità per ragioni di salute non evaporasse *tout court* assieme alla cessazione dello stato (formale) di emergenza sanitaria.

7. La tutela: il "diritto" al lavoro agile.

Il *fil rouge* che tiene assieme le diverse ipotesi di fragilità è dato dalla comune agevolazione dell'accesso al lavoro agile pandemico, quale strumento di prevenzione (per sé o i figli disabili) del rischio di contrarre il *virus*. La promozione del lavoro agile per i lavoratori fragili seppur potrebbe essere ricondotta al macro-obiettivo di agevolare la conciliazione delle esigenze di vita e di lavoro, aggiunge a questo scopo un di più dato dalla sua funzione di protezione e soprattutto di inclusione socio-lavorativa delle diversità. In tale ottica, la promozione dell'agilità per i soggetti vulnerabili dovrebbe resistere oltre l'emergenza quale declinazione dell'effettività del loro diritto al lavoro.

Il lavoro agile diviene uno strumento poliedrico che consente di soddisfare interessi diversi; seppur con la consapevolezza che tale strumento può essere usato in modo ambivalente: di fatto, può agevolare sia l'inclusione, sia l'esclusione dei lavoratori. E ancora, lo svolgimento di lavoro agile, nel periodo pandemico, può agevolare l'elusione della legge (per es., se occulto, con l'illecito utilizzo della CIG), oppure può costituire una vera e propria risorsa (per es. se usato al posto dei periodi di interdizione anticipata o *post partum* per le lavoratrici madri che svolgono lavori pericolosi o insalubri, ex d. lgs. n. 151/2001, con il vantaggio per la lavoratrice di percepire l'intera retribuzione). Ciò premesso, procedo con la rassegna delle ipotesi di agevolazioni legali del lavoro agile di cui auspico la prosecuzione. La norma di riferimento principale è il comma 2 *bis* dell'art. 26, d.l. n. 18/2020⁽³³⁾, in virtù del quale i lavoratori, pubblici e privati, "fragili"⁽³⁴⁾ "svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile"⁽³⁵⁾.

Nella fase emergenziale, la previsione è stata accolta come la legittimazione di un vero e proprio diritto dei fragili all'agilità. Solo che, ancor prima di mostrarsi, il diritto svela la sua esilità: il comma 2 dello stesso art. 26 premette che ci sono casi in cui la prestazione lavorativa non può "essere resa in modalità agile" riconoscendo – nello stesso comma – "un periodo di assenza dal servizio", equiparato "al ricovero ospedaliero" e con l'esclusione del periodo di assenza dal computo del periodo di compimento.

³³ Da ultimo prorogato, (soltanto) fino al 31 marzo 2022 dall'art. 17, comma 1, d.l. n. 221/2021, conv. con modd. in l. n. 11/2022. Segnalo inoltre che anche il comma 1, art. 39, d.l. n. 18/2020 (*Disposizioni in materia di lavoro agile*) che ricalca, in parte, i contenuti dei commi 2 e 2-*bis* dell'art. 26, stesso d.l. ha esaurito la sua operatività con la fine dello stato di emergenza (31 marzo 2022).

³⁴ Segnalo che il comma 2 *bis* dell'art. 26, d.l. n. 18/2020, rinvia all'individuazione racchiusa nel comma 2, stesso articolo, e che il cit. decreto interm. 4 febbraio 2022 fa riferimento, nelle premesse, ad entrambi i citati commi.

³⁵ Segnalo, inoltre, che per i lavoratori del (solo) "settore privato" con un minore grado di fragilità ("gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa"; "immunodepressi" o "familiari conviventi di persone immunodepresse"), il legislatore – sempre a partire dal d.l. n. 18/2020, ma nei successivi, commi 2 e 2-*bis* dell' art. 39, d.l. n. 18/2020 – ha previsto una mera priorità nell'accoglimento delle istanze di svolgimento delle prestazioni in modalità agile. Questa tutela attenuata – preferita dal fronte imprenditoriale e presente in diversi contatti collettivi – non essendo espressamente riferita allo stato di emergenza continua a operare, integrando la disciplina generale, in virtù di una (apparente) intenzionale omissione del legislatore.

Per effetto degli incastri (pasticciati) delle proroghe dei due commi dell'art. 26, in diversi momenti, i lavoratori fragili impossibilitati a lavorare da casa – “situazione che riguarda oltre 3/4 degli impieghi” – si sono ritrovati dinanzi alla tragica opzione tra rimanere scoperti sul fronte delle tutele economiche o “recarsi comunque al lavoro per non perdere la retribuzione”⁽³⁶⁾.

Inoltre, la prevista “normalità” dell'agilità dei lavoratori fragili può riscontrare difficoltà a livello applicativo dato che il lavoro a distanza non è per tutti, in quanto fruibile da coloro che svolgono mansioni compatibili con le attività da remoto. Basti considerare che alcune attività lavorative possono risultare “remotizzabili” in astratto, ma non in concreto nello specifico contesto (lavorativo o familiare) o lavoratore: per es., in assenza di strumenti digitali o di formazione digitale, in presenza di un collegamento di rete instabile o banalmente in mancanza della firma digitale o della resistenza psicologica del datore verso la modalità agile o del lavoratore al suo utilizzo; oppure, al contrario, in caso di necessità di un lavoro integralmente agile, senza alternanza in azienda.

Da qui l'importanza di una valutazione delle caratteristiche del candidato, di un'analisi (ed eventuale riconfigurazione) del posto di lavoro (interno ed esterno) anche *in astratto* (quindi con eventuali modifiche organizzative) e della progressiva implementazione di buone pratiche anche in quanto, per effetto dell'accelerazione delle innovazioni digitali, è prevedibile (come segnala la reportistica nazionale) un rapido cambio di passo, cioè un ampliamento della platea dei lavori e dei lavoratori agili.

Dopo aver mostrato l'intima gracilità del diritto del lavoratore alla modalità agile, lo stesso art. 26 (ma nel successivo comma 2 *bis*) lo rinforza con una interessante dose di flessibilità, declinata *pro-lavoratore*, distillata dalla versione novellata dello *jus variandi* (art. 2103 c.c., come modd. dall'art. 3, d. lgs. n. 81/2015), allo scopo di rafforzare la compatibilità delle mansioni con l'agilità.

La richiesta del lavoratore fragile di uno svolgimento della prestazione in modalità agile deve essere soddisfatta dal datore verificando maggiori opzioni organizzative vuoi “*anche*” attraverso la sua adibizione “*a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria*” (operaio, impiegato, quadro o dirigente) “*o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti*”, vuoi “*con lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto*” (art. 26, comma 2 *bis*).

Nella fase di emergenza, il legislatore suggerisce una soluzione organizzativa che configura una sorta di *repêchage* dell'agilità lavorativa o formativa da cui deriva un opportuno ampliamento della c.d. “*smartabilità*” della prestazione lavorativa. Allo stesso modo, appare adeguata la previsione legale del diritto alla formazione, anche a distanza, per lavoratori, come questi, che, spesso, presentano una minore scolarizzazione, bassi profili professionali⁽³⁷⁾ e una maggiore fragilità anche contrattuale e occupazionale.

Previsioni opportune, ma purtroppo non sufficienti. La discordanza tra norme ed esperienza applicativa si evince il ruolo della giurisprudenza cautelare con la presenza, in pochi mesi, di numerose decisioni giurisprudenziali⁽³⁸⁾, pronunciate all'esito di ricorsi in via d'urgenza (*ex art. 700*

³⁶ Così A. Zilli, *(Di nuovo) senza copertura INPS la quarantena covid per chi non è smart*, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/di-nuovo-senza-copertura-inps-la-quarantena-covid-per-chi-non-e-smart/>.

³⁷ P. Albi, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in *WP D'Antona*, IT, n. 430/2020, 3.

³⁸ Per tutti v. i commenti di A. Zilli, *Il lavoro agile per Covid-19 come “accomodamento ragionevole” tra tutela della salute, diritto al lavoro e libertà di organizzazione dell'impresa*, in *Labor*, 4, 2020, 531; S. D'Ascola, *Il lavoro a distanza nell'emergenza: osservazioni a margine dei provvedimenti giudiziari*, in O. Mazzotta (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pacini giuridica, 2021, 97; R. Galardi, *Il lavoro agile nel laboratorio della pandemia*, in *Oss. Cost.*, 2, 2021, 110.

c.p.c.) di condanna del datore di lavoro a consentire lo svolgimento dell'attività lavorativa in modalità.

La giurisprudenza cautelare, in questi casi, sta consolidando un orientamento che – bilanciando gli interessi in gioco (in un contesto generale di rischio per la salute) – promuove la misura dell'agilità (per contenere la diffusione del *virus* pandemico) con il ricorso al criterio dell'accomodamento ragionevole, *ex art. 3, comma 3-bis, d.lgs. n. 216/2003*, usando anche l'art. 2087 c.c. quale norma di chiusura del sistema prevenzionistico.

Sebbene le fattispecie siano riferite a casi-limite, spesso riconducibili al sistema del diritto antidiscriminatorio ⁽³⁹⁾, le pronunce costituiscono interessanti casi-guida per affrontare problematiche di carattere più ampio correlate all'equilibrato bilanciamento tra le ragioni dell'impresa e le esigenze del lavoratore. Le decisioni, quindi, sono meritevoli di attenzione non solo per la loro valenza interpretativa rispetto alla disciplina (transitoria) emergenziale, ma anche perché potenzialmente rilevanti, quali soluzioni ragionevoli, rispetto alla futura messa a regime della disciplina normale del lavoro agile in cui il lavoro da remoto potrebbe divenire un prezioso strumento di innovazione digitale e organizzativa.

Se così è, il legislatore potrebbe chiedere al datore di rimuovere, nei limiti del possibile, le barriere che impediscono alle persone di lavorare (e vivere) agilmente sia che si tratti di scogli digitali (strumenti o formazione), sia di impedimenti organizzativi.

8. Il ritorno, graduale e asimmetrico, al regime “ordinario”.

In vista della fase di *post-emergenza* epidemiologica, è importante anticipare che le semplificazioni, previste dalla normativa emergenziale, per l'accesso al lavoro agile risultano temporaneamente in vigore (fino al 30 giugno 2022) per il settore privato. Diversa è la situazione del pubblico impiego in cui – nelle more dell'entrata in vigore delle regole dei contratti collettivi nazionali – sulla base del DPCM 23 settembre 2021, delle Direttive e Linee guida del Ministro Brunetta, si è già ritornati (dal 15 ottobre 2021) al regime ordinario (accompagnato da disposizioni specifiche) di accesso al lavoro agile.

Nel settore privato la (gran parte del)la disciplina eccezionale è stata prorogata – comma per comma – con reiterazioni continue (in parte ripetitive, in parte aggiornate), anche con effetti retroattivi ovvero con problemi di vuoti normativi, in un quadro giuridico incerto che ha alimentato problemi, confusi e delicati, di diritto transitorio e di ambiti di applicazione.

Sino a ora, le proroghe dei termini della disciplina semplificata, sia del lavoro agile sia delle tutele rafforzate per i lavoratori fragili, risulta(va)no per lo più correlate “*alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19*». Invece, il d.l. 24 marzo 2022, n. 24 – nel disporre il rientro graduale “nell'ordinario” (fissato, a geometria variabile, al 31 marzo, 30 giugno e 31 dicembre 2022) – prevede una inedita distinzione dei termini di proroga delle citate disposizioni correlati alla pandemia.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2 (e del rinvio all'allegata tabella B, n. 2) sono prorogate “*al 30 giugno 2022*”, (soltanto) le disposizioni legislative relative alla disciplina emergenziale semplificata del lavoro agile, inclusa l'unilateralità della decisione organizzativa, per i (soli) datori di lavoro del settore privato (di cui ai commi 3 e 4, art. 90, d. l. n. 34/2020, conv., con modd., in l. n. 77/2020).

³⁹ In tema, segnalo gli aggiornati contenuti di *Equal*, il primo portale italiano di diritto antidiscriminatorio in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it>.

Inoltre risultano prorogate, sempre al 30 giugno 2022, le disposizioni inerenti la sorveglianza sanitaria eccezionale, a cura del medico competente, di cui all'art. 83, commi 1-3, d.l. n. 34/2020 (conv., con modd., in l. n. 77/2020), per “i lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio”.

La proroga dei termini oltre il 31 marzo 2022, invece, non è prevista – per lavoratori privati e pubblici – sia per l'individuazione delle condizioni di fragilità (art. 17, comma 2, d.l. n. 221/2021), sia per il diritto al lavoro agile (art. 26, comma 2-bis, d.l. n. 18/2020).

Il silenzio dell'art. 10, d.l. n. 24/2022, sorprende anche in quanto tale proroga era prevista nella bozza di decreto del 17 marzo 2022. La proroga delle misure derogatorie alla legge n. 81/2017 oltre la (prima data della nuova) scadenza dell'emergenza (31 marzo 2022) risulta a scalare, perdendo le tutele per i lavoratori in condizione di fragilità.

Pertanto, terminato il periodo di emergenza sanitaria piena ⁴⁰, la modalità di lavoro agile per le condizioni di fragilità non risulta più esigibile, nonostante in molti casi le esigenze di salute o di cura alla base della richiesta siano perduranti (cioè preesistenti e presumibilmente successive alla pandemia). È illusorio pensare a una cessazione immediata delle esigenze di protezione per tali soggetti vuoi perché il COVID-19 può lasciare strascichi di *Long Covid* non solo sociale e psicologico (problematiche di tipo respiratorio, debilitazioni, astenia, cervello annebbiato, riabilitazioni, ecc.), vuoi perché è verosimile che la pandemia diventerà un'infezione endemica.

Così come questa pandemia non sarà dimenticata, sarebbe opportuno ricordare il suo andamento fluttuante e ipotizzare quanto meno un superamento ulteriormente graduale delle politiche di contenimento dei rischi per i soggetti più svantaggiati. Di più, le misure a favore dei soggetti (includendo anche gli aspiranti lavoratori) in condizioni di fragilità potrebbero essere trasformate dal legislatore in disposizioni “ordinarie”, con finalità di inclusione lavorativa, sociale e territoriale, se ed in quanto l'integrazione del lavoratore sia beneficamente realizzabile tramite il lavoro a distanza. Per promuovere l'accessibilità di tale opportunità, nella fase di ritorno alla disciplina ordinaria, si raccomanda di predisporre – a partire dai lavoratori riconducibili alla nozione di disabili, ma andando anche oltre – percorsi/profili di attivazione/occupazione “agile” della persona riconducibili alla logica degli “*accomodamenti ragionevoli*”, figli della direttiva 78/2000/Ce, recepita nel d.lgs. n. 216/2003 (art. 3, comma 3-bis).

L'occasione propizia potrebbe essere quella della prossima implementazione (nel contesto della Missione n. 5 del PNRR, *Inclusione e coesione*) della legge delega “*in materia di disabilità*”, prevista dalla l. n. 227/2021, trent'anni dopo il varo della famosa l. n. 104/1992 ⁴¹. La materia è delicata e rilevante anche dal punto di vista quantitativo: la relazione di accompagnamento alla riforma stima che possa interessare una platea di oltre 4,5 milioni di persone.

Alla delega, in particolare, è attribuito il compito di aggiornare la definizione di disabilità – tenendo conto del nuovo approccio “*bio-psico-sociale*” ⁴² che informa la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 e la Strategia europea sui diritti delle persone con disabilità 2021-2030 – e di chiarire il suo esatto perimetro di operatività (per es. ai fini del diritto per la modalità agile di lavoro).

⁴⁰ Nel frattempo è stato dichiarato un nuovo stato di emergenza “*fino al 31 dicembre 2022*” in relazione alla “*grave crisi internazionale in atto*” in Ucraina: DCdM 28 febbraio 2022.

⁴¹ Nell'ambito delle “*Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità*” (pubblicate il 16 marzo 2022) e la relativa Banca dati previste dal d.lgs. n. 151/2015, il lavoro agile potrebbe essere considerato come “*accomodamento ragionevole*”.

⁴² Segnalo che ai sensi dell'art. 1, c. 2, Conv. ONU, la disabilità possiede carattere di tipo (non medico, ma) relazionale dato che considera il rapporto tra le menomazioni (fisiche, mentali, intellettive o sensoriali) della persona e le barriere (ambientali, culturali, sociali, economiche e politiche) che ne ostacolano la piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri.

La legge delega, infatti, prevede innovazioni sul cruciale piano degli “*accomodamenti ragionevoli*”, in piena coerenza con il recente orientamento della Suprema Corte che ha anteposto il diritto del disabile a pretendere adeguamenti organizzativi – purché non comportanti un “*onere finanziario eccessivo o sproporzionato*” – rispetto alla insindacabilità delle scelte imprenditoriali⁴³.

Le Linee guida, di fresca emanazione, precisano che il lavoro agile viene inteso come accomodamento ragionevole, con lo “*scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*” e che l’architrave della regolamentazione del lavoro agile è l’ “*accordo tra le parti*” che sorregge la volontarietà bilaterale del ricorso a tale modalità flessibile di resa della prestazione. Come al solito, i principi e i criteri direttivi della legge delega n. 227/2021 presentano luci e ombre, per cui la speranza è che il legislatore delegato nel complessivo riordino e semplificazione normativa possa sciogliere alcune ambiguità e ricalcare la priorità della tecnica degli accomodamenti ragionevoli rispetto alle modifiche organizzative sostenibili.

Si segnala, infine, che la nozione di fragilità si presta ad includere anche i portatori di assistenza familiari (c.d. “*care givers*”) per cui, in prospettiva, richiede di tener conto della prossima attuazione della cit. Direttiva UE 2019/1158 sul *work life balance* e che la tutela dei figli va declinata in una logica binaria a favore di entrambi i genitori lavoratori, madre e padre. Anzi, per correggere una distorsione di genere strutturale, si potrebbe immaginare un complessivo ripensamento del sistema delle politiche di tutela della genitorialità, con una significativa promozione del ruolo paterno e del lavoro femminile.

9. Il ruolo delle parti sociali e prospettive.

Nel *post-emergenza*, in mancanza di uno specifico intervento del legislatore sul tema dell’agilità per i soggetti vulnerabili, non va dimenticato che la contrattazione collettiva, per un verso, può individuare (e ridefinire) il perimetro dei lavoratori fragili, per altro verso, può riconoscere loro una serie – concreta, articolata e adattabile – di garanzie (a partire dal diritto al lavoro agile) per agevolare tale modalità di lavoro, rafforzare la genuinità della richiesta e soddisfare in modo effettivo ed efficace l’obiettivo di conciliazione fra tempi (e luoghi) di vita e di lavoro.

La negoziazione collettiva potrebbe, quindi, tessere una solida rete integrata per favorire e accompagnare la progettazione personalizzata dell’organizzazione e del lavoro agile riconducibile al cuore pulsante (ma asimmetrico) della legge ordinaria, n. 81 del 2107, cioè al contratto individuale di lavoro; il tutto per garantire l’effettiva inclusione della persona (anche portatrice di disabilità) nel lavoro e nella società, nonché per aumentare il benessere organizzativo e sociale.

L’intervento delle parti sociali sarebbe opportuno anche in quanto, seppur ampia, la categoria dei lavoratori fragili ideata dal legislatore pandemico, non è completa. Restano invisibili quei soggetti che, seppur vulnerabili, sfuggono alle tradizionali classificazioni normative, non potendo essere considerati propriamente disabili (o per associazione al lavoratore con persona disabile nel nucleo familiare)⁴⁴: ad es. quelli affetti da un disturbo dello spettro autistico “evoluto”, nonostante le loro difficoltà socio-emotive siano notevolmente aggravate dal contesto emergenziale⁴⁵.

Solo che le recenti esperienze di contrattazione collettiva (specie aziendale) hanno coltivato per lo più un ritorno integrale alla legge madre, n. 81/2017, mostrando scarso interesse per un’ integrazione

⁴³ Rinvio, da ultimo, a M. De Falco, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *RIDL*, 2021, I, 431 ss.

⁴⁴ Rinvio per tutti, all’arresto della famosa sentenza *Coleman*: Corte giust. 17 luglio 2008, C-303/06.

⁴⁵ C. Mazzanti, *La difficile inclusione lavorativa delle persone con autismo “ad alto funzionamento”*, in S. Ciucciiovino, D. Garofalo, A. Sartori, M. Tiraboschi, A. Trojsi, L. Zoppoli (a cura di), *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro*, Adapt University Press, 2021, 459.

con la nuova disciplina delle vulnerabilità. Nei contratti collettivi *pre* e *post* pandemia pochi sono i riferimenti (anche impliciti) ai dipendenti fragili; e quando ci sono – per lo più, con riferimento alla platea dei lavoratori agili – confermano l’eterogeneità della categoria e la preferenza per la mera priorità.

In un contesto in cui l’evoluzione della pandemia resta incerta – mostrando il volto di un fenomeno complesso, che richiede adattamenti continui, rapidi e non sempre prevedibili – il tema della protezione delle persone più vulnerabili, “lavoratori e lavoratrici”⁴⁶, richiama la vera posta in gioco per ritorno graduale alla *post-normalità*: il ruolo delle parti sociali – seppur non esplicitamente menzionato *ex l. n. 81/2017* – per la predisposizione di adeguate misure “di gruppo” (da declinare poi sul piano individuale “*mediante accordo tra le parti*”, *ex art. 18*) idonee ad assicurare un ambiente di lavoro (anche da remoto) che promuova la sicurezza, la salute dei lavoratori in condizioni di fragilità oltre la fase pandemica e, più in generale, l’effettiva inclusione socio-lavorativa e il benessere collettivo e organizzativo.

Da qui la sfida raccolta, per il settore privato, dal “*Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile*” del 7 dicembre 2021, siglato dalle Parti Sociali al tavolo di concertazione del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Andrea Orlando. Il documento intende fornire linee di indirizzo per la contrattazione collettiva (anche aziendale) e, nel contempo, un *input* alla gestione aziendale di modelli organizzativi più elastici per un lavoro ibrido.

Tenendo conto dell’esperienza pandemica delle potenzialità e ambiguità del lavoro agile, l’art. 10 (rubricato “*Lavoratori fragili e disabili*”) prevede che, “*fatto salvo quanto previsto dalla legge, le Parti sociali si impegnano a facilitare l’accesso al lavoro agile per i lavoratori in condizioni di fragilità e di disabilità*”.

La previsione, formulata in termini volutamente ampi e flessibili, valorizza le potenzialità del lavoro agile genuino “*come strumento inclusivo per le persone sfavorite da (e nel) lavoro tradizionalmente inteso*”; non a caso, lo stesso art. 10 fa riferimento “*anche nella prospettiva di utilizzare tale modalità di lavoro come misura di accomodamento ragionevole*” quale misura o accorgimento per permettere al lavoratore di poter svolgere la prestazione lavorativa in modalità agile senza alcuna discriminazione.

Nell’ambito degli “*accomodamenti*” si inseriscono varie misure, anche di tipo organizzativo che consentono di inserire e integrare il soggetto vulnerabile o di fargli mantenere il posto: a partire da quella suggerita dallo stesso legislatore emergenziale di una diversa ripartizione delle mansioni per aumentare il loro indice di compatibilità con la modalità agile; ed ancora, il c.d. riadattamento dei ritmi di lavoro, con adeguamento degli stessi alle esigenze personali del lavoratore; la riduzione dell’orario di lavoro, anche con la trasformazione del rapporto da *full-time* a *part-time*. Inoltre gli accomodamenti possono riguardare l’ambiente di lavoro: la sistemazione dei locali e delle attrezzature in modo da rimuovere eventuali barriere presenti sul posto di lavoro; l’impiego di mezzi tecnologici che permettono di assistere il lavoratore nella esecuzione della mansione o di adattare gli strumenti di lavoro e i locali alla sua disabilità. Infine, le buone pratiche di inclusione lavorativa agile che l’esperienza ci offrirà dovrebbero confluire in una piattaforma informatica per la loro condivisione e il miglioramento continuo.

⁴⁶ Nonostante abbia attirato critiche, si apprezza l’avvertenza del Protocollo Orlando circa l’uso del genere maschile riferito ai lavoratori e alle lavoratrici per “*esigenze di semplicità linguistica*”.

In tale direzione, il Protocollo coltiva il tema dell'“accessibilità”, quale qualità essenziale dell'ambiente di lavoro e quindi della sua organizzazione ⁴⁷, nel senso di rimuovere – nei cit. limiti del possibile (secondo la logica dell'accomodamento “ragionevole”) – le barriere che impediscono alle persone di lavorare (e vivere) agilmente (artt. 3 comma 2, 4, 35 e 41 Cost.).

In questa traiettoria, si può anche immaginare un cambiamento che germoglia ai margini, nel perimetro del lavoro dei disabili.

Tenendo conto che il lavoro agile potrebbe divenire una misura di attivazione di innovazione digitale e di riorganizzazione del lavoro, lo si potrebbe incentivare, a domanda del lavoratore, come un possibile strumento di “accomodamento ragionevole” non soltanto per i lavoratori in condizioni di fragilità, anche promuovendo modifiche all'organizzazione del lavoro fino al limite (proporzionato e ragionevole) della sua “sostenibilità economica”. E il datore, per rifiutare, dovrebbe giustificare la necessità di soluzioni organizzative maggiormente strutturate e costose che rendono sostanzialmente contrario al criterio di efficienza economica o di “produttività” collocare il dipendente in lavoro agile. In tale prospettiva sarebbe opportuno il coinvolgimento preventivo delle RSA e della contrattazione collettiva aziendale per individuare le mansioni/posizioni compatibili con la modalità di lavoro agile. Da ultimo, segnalo che il percorso indicato dal Protocollo Orlando orienta pure le attività del legislatore per il dopo emergenza. La Commissione lavoro della Camera ha varato un testo (unificato di varie proposte di legge e adottato come testo base) di modifica della disciplina del lavoro agile ⁴⁸, *in primis* del capo II, l. n. 81/2017, che lascia intravedere una larga sintonia con i contenuti del citato Protocollo d'intesa. La proposta di novella inserisce nell'art. 18 un rinvio al “*contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato tra le organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché i contratti collettivi stipulati ai sensi dell'art. 51, d. lgs. n. 81/2015*” (proposta di comma 2) affidando a tale fonte la disciplina, “*nell'ambito di una riorganizzazione del metodo di lavoro interno all'azienda*”, del “*diritto alla priorità concernente le richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in modalità agile*” (lett. b) presentate da quattro tipologie di soggetti: le prime due ricopiano quelle previste dall'attuale comma 3-*bis* dell'art. 18 (con l'opportuna inclusione anche del lavoratore padre); la terza, richiama i disabili *ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992*; la quarta, i *caregivers* familiari di cui al comma 255, art. 1, l. n. 205/2017.

Al di là dell'esito parlamentare della proposta, va apprezzato il metodo utilizzato che rilancia, a monte, la concertazione sociale trilaterale e, a valle, il ruolo della contrattazione collettiva nel settore privato e pubblico per affrontare le grandi trasformazioni del mondo del lavoro, dell'economia e della società.

Marina Brollo

Professoressa ordinaria di diritto del lavoro nell'Università di Udine

marina.brollo@uniud.it

⁴⁷ M. De Falco, *Il Protocollo sul lavoro per l'inclusione sociale delle persone con disabilità*, in *Boll. Adapt*, 13 dicembre 2021, n. 44.

⁴⁸ Il testo delle “*Disposizioni in materia di lavoro agile*” approvato dalla Commissione XI della Camera dei deputati, in sede referente, il 16 marzo 2022 è disponibile in <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2022/03/16/leg.18.bol0761.data20220316.com11.pdf>