

Diritto alla sede fisica e all'orario nel lavoro in remoto: attrezzi vecchi o presidio della natura subordinata del rapporto?

Argomenti per una rilettura
della c.d. “articolazione flessibile nei tempi
e nei luoghi del lavoro” *ex lege* n. 81/2017

Domenico Iodice

Presidente Comitato scientifico Fondazione Fiba

contributi di **Elena Toraldo e Enrico Coccia**

Working Paper n. 4

ABSTRACT

Il lavoro in remoto, anche nella formula per obiettivi, sembra scardinare alcuni postulati del lavoro subordinato: la sede fisica e l'orario, intesi come coordinate spazio-temporali della c.d. obbligazione di mezzi. In una visione manichea del mondo in trasformazione, le nuove formule del lavoro digitale, protese verso l'obbligazione di risultati e il superamento dell'ora-lavoro come unità retributiva, appaiono come necessarie alternative alla subordinazione. In realtà i vecchi istituti giuslavoristici continuano a svolgere un ruolo non solo suppletivo e probatorio in ottica di *favor praestatoris*, ma permeante rispetto all'intero rapporto di lavoro, anche nella prestazione in remoto. Vecchi e nuovi strumenti giuridici vanno insomma declinati e utilizzati dalla contrattazione collettiva in un'ottica di complementarità e di integrazione.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- Il luogo di lavoro fisico è elemento essenziale del rapporto subordinato, che “resiste” anche nella prestazione in remoto. Non è surrogabile da un luogo metafisico, ovvero giuridico.
- La responsabilità sanitaria datoriale è estesa alla postazione di lavoro, ovunque si trovi.
- Il lavoro domiciliare in remoto è modalità di lavoro agile, fattispecie atipica o *species facti ex lege* 877/1973?
- Il tempo è criterio almeno sussidiario dell'esatto adempimento della prestazione in remoto e del diritto retributivo.
- Il lavoro per obiettivi misura la sola modalità accessoria del rapporto. Il recesso ne determina l'assorbimento nella “classica” prestazione sottostante.

IL MESSAGGIO

Le modifiche emergenziali dell'organizzazione del lavoro stanno divenendo strutturali e stimolano la funzione nomopoietica della contrattazione collettiva, estremo argine alla deriva destrutturante in atto nel diritto del lavoro. Già la legge 81/2017 riconosce alle imprese una opzione regolativa alternativa del rapporto: la contrattazione individuale. Si persegue l'ossessiva riduzione del costo del lavoro anche mediante la chiusura delle sedi fisiche: l'adesione a schemi contrattuali unilaterali può dunque non essere del tutto libera, ad esempio quando è prospettata come unica alternativa alla mobilità. Altra insidia è la rinuncia a retribuzione diretta o indiretta, non compensata da adeguate misure di salvaguardia del lavoro e della persona. È urgente una disciplina collettiva sistemica e assorbente dell'istituto a livello settoriale e, insieme, aziendale; ma anche territoriale, incentivando il coworking.

Indice

1. Introduzione. Il lavoro remotizzato: una strada senza ritorno?	4
2. Il primo presidio di garanzia del lavoro subordinato agile: il luogo di lavoro nella prestazione in remoto.....	9
2.1. Il “trasferimento” come atto datoriale di riassegnazione del lavoratore a una diversa sede fisica: nozione estendibile all’assegnazione giuridica al lavoro in remoto?.....	11
2.2. Responsabilità sanitaria datoriale estesa alla postazione di lavoro, <i>ubique sit</i> 15	
2.3. Il lavoro domiciliare: modalità di lavoro agile, forma e luogo normale del lavoro remotizzato o prestazione atipica?	16
3. Il secondo presidio di garanzia del lavoro subordinato remotizzato: il <i>tempo</i> della prestazione. Esatto adempimento e rendimento atteso	19
3.1. Certezza giuridica dell’orario di lavoro: disconnessione, reperibilità e intervento	22
3.2. Certezza giuridica dell’orario di lavoro: il rischio infortuni	23
3.3. Il lavoro per obiettivi come criterio della (sola) modalità accessoria della prestazione. Il recesso e l’assorbimento nel rapporto principale.....	24
3.4. Alcune formule contrattuali di compatibilità del lavoro per obiettivi con l’obbligazione di mezzi	25

*Mr. Tamburino non ho voglia di scherzare
Rimettiamoci la maglia, i tempi stanno per cambiare
Siamo figli delle stelle e pronipoti di sua maestà il denaro”
(F. Battiato, Bandiera bianca, La voce del padrone, 1981)*

1. Introduzione. Il lavoro remotizzato: una strada senza ritorno?

Dall’inizio della emergenza pandemica Covid-19 assistiamo ad una brusca accelerazione dei processi di trasformazione della produzione e dell’organizzazione del lavoro, che ha principalmente riguardato lo sviluppo dello smart working, *rectius* del *lavoro domiciliare remotizzato*. La cosiddetta *grande rivoluzione digitale*, che era percepita fino a ieri più come un mito romantico e libertario che come una tendenza dirompente, ha mostrato, nella sua più recente, improvvisata ed autarchica attuazione da parte delle imprese, il suo volto più ammaliante ma anche quello più cinico. Palesandosi come una sorta di Giano bifronte, da una parte quel lavoro domiciliare è stato invocato e inutilmente atteso da molti lavoratori come ancora di salvezza dal rischio di contagio; dall’altro, nel prolungato confinamento domestico, magari senza adeguati strumenti e supporti di lavoro, esso è stato vissuto da molti come una “caverna digitale”, come una prigione da cui si teme di non poter più fuggire. Indubbiamente a tale duplice percezione ha contribuito anche la normativa statale dell’emergenza, che ha introdotto un regime transitorio ondivago e persino contraddittorio, che da un lato ha ampliato il c.d. *potere conformativo* datoriale, superando la necessità del consenso individuale del lavoratore ad effettuare la prestazione da casa, e dall’altro ha svilito il (pur riconosciuto) diritto soggettivo al lavoro domiciliare, condizionandolo oltre che a limitate necessità di assistenza parentale, anche alla verifica della sua compatibilità con le “*caratteristiche della prestazione*” ⁽¹⁾. Quasi superfluo è

⁽¹⁾ Il lavoro agile è stato disciplinato dalla normativa dell’emergenza Covid-19. Fin dall’1 marzo 2020 un DPCM (art. 4 sub “a”) regola le modalità di accesso al lavoro agile (“anche in assenza degli accordi individuali”, obblighi di informativa assolti in via telematica), modalità confermate poi anche dal DPCM del 4 marzo 2020 (art. 1 sub “n”). Nel DPCM dell’11 marzo 2020 si raccomanda inoltre (all’art. 1 sub 7 a) che “sia attuato il massimo utilizzo da parte delle imprese di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza”. Il decreto sembra riferirsi alla più ampia possibilità di adottare tale modalità di lavoro, con l’obiettivo di estenderne il più possibile la fruizione a scopo di prevenzione sanitaria. L’art. 39 del Decreto-legge del 17 marzo 2020 n. 18 introduce innovativamente la formula del riconoscimento di un diritto pieno al lavoro agile, fino al 30 aprile 2020, per i (soli) lavoratori dipendenti disabili o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità, con una condizionalità che sarà anche in seguito ripresa dal legislatore dell’emergenza: “a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione”. Inoltre, ai lavoratori del settore privato affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa, è riconosciuta la sola priorità nell’accoglimento delle istanze di accesso al lavoro agile. Infine, le ultime, più incalzanti disposizioni contenute nel Decreto Rilancio (art. 90 del Decreto-legge del 19 maggio 2020, n. 34), hanno corroborato la normativa di favore, introducendo, fino alla cessazione dello stato di emergenza Covid-19, un nuovo diritto soggettivo del lavoratore al lavoro agile, a date condizioni, una delle quali racchiude l’identica formulazione del precedente Decreto Legge 18 (“a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione”) e un correlato obbligo per i datori di lavoro del settore privato di

aggiungere che tale verifica è stata dalla legge nei fatti affidata al discernimento (e dunque alla discrezionalità valutativa e decisionale) del datore di lavoro, e ciò ha determinato persino un discreto contenzioso di lavoro, che si è a sua volta armato dei tradizionali strumenti giudiziali cautelari, innescando una allarmante endiadi giuridica di emergenza e urgenza.

Questa esperienza individuale e sociale rischia di lasciare un'eredità pesante. Cosa succederà alla fine dell'emergenza sanitaria? Quali tendenze imprenditoriali si stanno manifestando sin d'ora, quali cambiamenti strutturali, cioè senza ritorno, e come occorre approcciare i nuovi trend in una dimensione di contrattazione collettiva? Il settore produttivo privato non si presenta certo inerme di fronte alle nuove sfide poste dall'efficientamento dei costi, necessitati anche dalla riduzione dei ricavi in tempo di pandemia, e reagisce cogliendo il cambiamento (anche psicologico) della domanda e allargando, dal lato dell'offerta, il bacino del lavoro da remoto. Le esperienze delle varie categorie merceologiche, sperimentate durante la fase dell'emergenza, stimolano conseguentemente l'attività delle relazioni industriali e la funzione *nomopoietica* della contrattazione collettiva. Questa rappresenta l'ultimo, essenziale argine alla deriva individualistica avviata da tempo anche nel diritto del lavoro. La prevalenza della contrattazione individuale, intesa come risposta alla individualizzazione dei bisogni (aziendali e di lavoro) assume le fattezze di un profondo, assuefacente sommovimento culturale, forse persino inconsapevole delle proprie radici e implicazioni di senso, che intenderebbe informare di sé persino l'innovazione giuslavoristica. Essa poggia le proprie basi sulla *fictio* giuridica del *consenso* scambiato quale rassicurante *garanzia di equilibrio contrattuale*, ovvero sull'apodittica affermazione del pari potere negoziale di datore di lavoro e lavoratore. Ricordiamo che lo squilibrio di potere contrattuale nel rapporto tra parte forte e parte debole è il postulato fondamentale su cui si fonda la normativa di "*favor praestatoris*", che è la vera chiave di volta del diritto del lavoro (e del diritto sindacale). Tale postulato squilibrio di potere negoziale fonda, nel diritto commerciale, le tutele dei cittadini-consumatori (è il caso dei c.d. "contratti per

comunicare anche la data di cessazione della prestazione di lavoro in modalità agile. Le previsioni dell'art. 90 sono indubbiamente interessanti, anche se pongono questioni applicative ancora irrisolte. È singolare, oltre che positivo, il fatto che sia stato riconosciuto (non solo al datore di lavoro, ma) esplicitamente anche al lavoratore il diritto a ottenere la modifica del rapporto di lavoro, per il periodo dell'emergenza, anche in assenza di accordo individuale, cioè senza che il datore di lavoro possa rifiutare il proprio consenso. Si tratterebbe quasi di un inedito, "potere conformativo"... al rovescio: potere del lavoratore verso il proprio datore di lavoro. A ben vedere, però, questa formale esplicitazione di "*favor praestatoris*" riscontra alcuni limiti pratici, in quanto la stessa norma enuncia, insieme ad altre, una condizione limitativa per l'accesso al diritto di difficile verifica e pertanto foriera di potenziali controversie: "che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione". Difettando qualsiasi esplicitazione delle condizioni di esigibilità da parte di un ente terzo, il diritto pieno rischia di affievolirsi a mero "diritto a richiedere", lasciandosi cioè alla discrezionalità del datore di lavoro ogni valutazione di accoglimento della istanza. Le condizioni di compatibilità della prestazione devono, pertanto, essere in qualche modo obiettivate, in modo da rendere certo il diritto, e tecnicamente e concretamente "conformabile" l'organizzazione del lavoro. Lavoro agile emergenziale e il congedo Covid-19, nell'ipotesi di quarantena di figli under 14, previsti e regolati dal Decreto legge n. 111 dell'8 settembre 2020 e disciplinati operativamente dalla Circolare esplicativa dell'Inps n. 116 del 2 ottobre, sono stati oggetto di numerose altre variazioni con Legge n. 126/2020 (di conversione del c.d. DL Agosto); Decreto Legge 137/2020 convertito con modificazioni con Legge n. 176/2020); Decreto Legge n. 183/2020 (cosiddetto Mille Proroghe); Legge 178/2020 (Legge Bilancio 2021); Decreto Legge 18/2020 e succ. integrazioni e modificazioni; Decreto Legge n. 2/2021; DPCM del 14 gennaio 2021; Circolare Inps n. 2 del 12 gennaio 2021; Messaggio Inps n. 171 del 15 gennaio 2021; Decreto Legge n. 30/2021 (da ultimo, art. 2, comma 1, che in ogni caso conferma le considerazioni sopra esposte).

adesione”) ed è, nel diritto sindacale, la *ratio* delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva (che ne è il precipitato dinamico).

A tale riguardo, con grande lungimiranza di visione e di disciplina, ad esempio il contratto collettivo nazionale di lavoro del settore bancario, rinnovato il 19.12.2019 (appena qualche mese prima del lockdown nazionale per l'emergenza pandemica Covid-19) ha definito, unico nel suo genere, un preciso assetto di regole di lavoro “agile”, universalmente valido per le aziende associate ad ABI: norme e diritti di per sé immediatamente applicabili ai contratti individuali di lavoro e da questi inderogabili *in pejus*, e adattabili solo mediante appositi accordi collettivi aziendali. In pratica, l'eventuale adattamento normativo passa per un confronto sindacale concluso mediante accordo: è un caso di c.d. “contrattazione forte”. Si tratta di uno schema mutuato anche da successive esperienze contrattuali maturate in altri settori produttivi, consistente in un manipolo di norme pattizie di settore, insomma, ben più stringenti e quindi migliorative rispetto al dettato della legge 81 del 2017 e finalizzate tutte, ovviamente, a introdurre una disciplina strutturale e non congiunturale dell'istituto. A differenza della soluzione tecnica spesso adottata dalla contrattazione collettiva settoriale, che consiste nella adozione di schemi di accordo-quadro o linee-guida ⁽²⁾ (cornice di regole e principi di riferimento) per i necessari accordi aziendali di recepimento, nel settore ABI si è invece imboccata la diversa strada di introdurre una disciplina normativa di per sé compiuta dell'istituto, resa inderogabile *in pejus* dalla contrattazione individuale ⁽³⁾. Ricordiamo, a tale proposito, che avevamo già nel 2017 evidenziato i rischi di deriva individualistica ⁽⁴⁾ contenuti nella legge, che aveva riconosciuto, per le imprese, una opzione regolativa alternativa alla contrattazione collettiva (di settore e/o aziendale): la contrattazione individuale, ovvero diretta (tra datore di lavoro e singolo lavoratore), in quanto fonte normativa esaustiva e persino potenzialmente disomogenea del rapporto di lavoro. Non è questione ideologica, ma estremamente pratica quella di stabilire *chi abbia legittimazione* a definire questioni di sostanza contrattuale che afferiscono al rapporto di lavoro subordinato remotizzato, come sono ad esempio le modalità di costituzione e recesso da tale modalità di prestazione, fino ai comportamenti di rilevanza disciplinare, e fino alla scivolosa questione della definizione delle caratteristiche stesse della prestazione lavorativa. La scelta che il CCNL ABI compie, a riguardo, è di porre come condizione di accesso allo smart working il pieno rispetto dei diritti soggettivi ivi collettivamente sanciti: e questo non certo per limitarne o ingessarne l'utilizzo, ma per scongiurare la deregulation, il dumping normativo e/o retributivo ⁽⁵⁾ tra lavoratori agili e non, e dunque per prevenire ogni nuova forma di discriminazione tra categorie di lavoratori. La "*parità*

⁽²⁾ In tal senso, recentemente le Linee guida per il lavoro agile nel settore assicurativo e di assicurazione/assistenza, accordo sindacale firmato il 24 febbraio 2021. Nel “considerato”, è precisato altresì che detto accordo ANIA “diventerà un allegato del prossimo CCNL”.

⁽³⁾ In tale (diverso) schema contrattuale, la contrattazione collettiva aziendale è necessaria nella sua funzione adattiva, non in quella recettiva.

⁽⁴⁾ D. Iodice – R. Colombani, Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?, working Paper n. 9, Adapt University Press, 2017, https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/29946/mod_resource/content/1/wp_9_2017_iodice_colombani.pdf

⁽⁵⁾ Sul tema del dumping normativo come conseguenza imprevista di una contrattazione collettiva non inclusiva, vedi D. Iodice (a cura di), “Gap intergenerazionale e solidarietà tra lavoratori. La contrattazione inclusiva come leva del cambiamento nell'era digitale”, Adapt University Press, 2020. Anche in formato ebook di libera consultazione e in inglese: [https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/54717/mod_resource/content/0/2020_volume_solidarity_EBO OK.pdf](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/54717/mod_resource/content/0/2020_volume_solidarity_EBO_OK.pdf)

di trattamento" dei lavoratori agili rispetto ai lavoratori in presenza, riconosciuta in via di principio dalla legge 81, deve essere anche presidiata nel concreto vissuto delle relazioni industriali dei settori, cioè con attenzione alle modalità di sviluppo del rapporto di lavoro agile nei vari contesti aziendali.

Intanto, però, le aziende dell'intero settore privato con crescente frequenza implementano lo smart working, persino in piena pandemia, non solo in chiave sanitaria, ma anche per introdurre modifiche organizzative tese a flessibilizzare in via strutturale e tendenzialmente definitiva l'utilizzo del lavoro. Si rischia di andare ben oltre lo spirito della legge 81, con iniziative imprenditoriali che hanno come obiettivo esplicito il taglio dei costi indiretti del lavoro: riduzione e chiusure delle sedi fisiche, risparmi sulle utenze, sulla logistica, sui costi dei presidi di salute e sicurezza fisica, delle mense aziendali, dei servizi di trasporto laddove garantiti e delle connesse indennità di trasferta e missione, etc.

Sull'altro piatto della bilancia le aziende offrono una serie di vantaggi, per lo più individuali, che possono rappresentare per i singoli lavoratori una alternativa alla mobilità geografica e dunque una offerta cui, almeno nell'immediato, è difficile resistere. Su tutte, la possibilità di autogestirsi, di organizzare il proprio lavoro in modo pressoché autonomo ⁽⁶⁾. E qui sta l'opportunità nuova, ma anche il problema nuovo. La questione della sede di lavoro, infatti, non può essere affrontata solo in un'ottica individualistica e contingente, ma deve essere gestita anche in una dimensione contrattuale collettiva, oltre che inclusiva, solidale e prospettica (cioè generazionale e intergenerazionale).

Le sedi di lavoro che oggi si chiudono per riduzione di costi ed efficientamento organizzativo, probabilmente non saranno più riaperte e ad esse potranno accompagnarsi, prima o poi, riduzioni del perimetro dell'occupazione, oltre che del bacino degli attuali occupati. Si registreranno, inoltre, cambiamenti anche nella natura della nuova occupazione, e sarà persino complicato garantire a tutti i lavoratori la fruibilità di spazi di lavoro adeguati in azienda. Si tratta, dunque, di mettere in sicurezza le unità produttive non solo come luoghi di produzione, ma anche come spazi di relazione interpersonale e di vita sociale. Ricordiamo, a riguardo, che i luoghi di lavoro sono non solo beni economici, ai sensi dell'art. 2555 c.c., ma "*formazioni sociali dove si svolge la personalità*" del cittadino-lavoratore, ex art. 2 Cost. ⁽⁷⁾.

Fondamentale è dunque disciplinare questi aspetti di tutela della dimensione collettiva del lavoro in chiave personalistica e in una prospettiva di solidarismo costituzionale: l'ambito elettivo di tale disciplina è la contrattazione collettiva.

⁽⁶⁾ Per la posizione del tema della sfera della libertà personale nel lavoro, e per una rassegna del quadro normativo comunitario in materia, vedi diffusamente *D. Iodice, Work-life management e dialogo sociale, Edizioni Lavoro, 2018, pp. 60 – 71*. Sullo stesso tema, v. pure *D. Iodice, La nuova endiadi 'flessibilizzazione-globalizzazione' ridisegna il modello di welfare, nel volume (dello stesso Autore) Il welfare aziendale negoziato tra flexicurity e solidarietà inclusiva, Edizioni Lavoro, 2019, pp. 31-34*.

⁽⁷⁾ Sul punto, approfonditamente in *D. Iodice, Accordi di clima, Edizioni Lavoro, 2009, pp. 27 e ss.*; ancora, in *D. Iodice, Work-life management e dialogo sociale, Edizioni Lavoro, 2018, pp. 15 e ss.* L'argomento è concettualmente mutuato dal *Manifesto per la tutela del risparmio e del lavoro AdessoBanca* di First Cisl, documento programmatico di riforma sociale, che a pag. 4 riporta testualmente: "Anche l'art. 2 Cost. rimarca la priorità del principio personalistico. Persino l'azienda, intesa come luogo della produzione, soggiace alle regole che assistono le prioritarie esigenze della persona del lavoratore. In definitiva, le scelte d'impresa, proprio perché impattano non solo sull'azienda quale bene privato, ma anche su quella 'formazione di soci' che sono le *persone del lavoro*, devono tenere conto del bene sociale, pubblico che essi rappresentano e del bene individuale che essi incarnano".

Ebook scaricabile qui: <https://www.adessobanca.it/pdf/ebook-AdessoBanca.pdf>

L'altro aspetto, parimenti delicato, da affidare alla contrattazione collettiva, è il discernimento di rischi e opportunità legati al lavoro “*per cicli, fasi ed obiettivi*”, previsto dalla legge 81 (art. 18) in un'ottica di conciliazione vita-lavoro e oggi invece appetito da molte aziende per lo sviluppo di tutte le forme di lavoro in remoto, con effetto larvamente sostitutivo delle forme di lavoro tradizionale o in presenza.

La potenziale innervazione di elementi di lavoro autonomo (gli “*obiettivi di risultato*” come oggetto della prestazione) all'interno del rapporto subordinato senza vincoli di orario è una suggestione che deriva dalla lettura della legge 81/2017 e dunque va analizzata con obiettività. Con sano pragmatismo va detto che tale formula teorica, indubbiamente suggestiva, necessita di adeguata contestualizzazione settoriale ed aziendale e dunque postula una preventiva e pratica valutazione di compatibilità e di successiva verifica realizzativa, per garantire il rispetto della natura della prestazione lavorativa riconducibile al rapporto di lavoro subordinato. Ad esempio, nel settore bancario, caratterizzato dal problema, ancora irrisolto, delle eccessive pressioni commerciali per la vendita di prodotti e servizi di investimento finanziario (malgrado la severa regolamentazione di legge, con Mifid I e Mifid II), la ipotetica adozione di uno smart working liberato dai vincoli dell'orario di lavoro e per converso ancorato, nella valutazione dell'*esatto adempimento* della prestazione, ad obiettivi quantitativi di vendita comporterebbe rischi ulteriori ed eccessivi sia per i lavoratori sia per i clienti-risparmiatori. Dobbiamo inoltre dire, al di là della questione degli obiettivi, che in mancanza di una visione di prospettiva condivisa con il sindacato, se si lasciasse alle imprese campo libero per un impiego delle flessibilità organizzative in ottica di mero risparmio di costi indiretti del lavoro, il mondo del lavoro pagherebbe un non compensabile dazio normativo e persino antropologico: destrutturazione del rapporto di lavoro, individualizzazione e relativizzazione dei diritti soggettivi, crisi della socialità legata ai luoghi di lavoro e della funzione stessa di rappresentanza sindacale. Quest'ultima va ripensata in ogni caso, indipendentemente dall'attuale emergenza, con originalità di analisi e profondità di pensiero strategico, a cura del sindacato come attore di riforma sociale e, anche, del sistema di relazioni industriali nella sua interezza.

Un recente studio di Banca d'Italia sui dati riferiti alle aziende private nel secondo semestre del 2020 ⁽⁸⁾ evidenzia, come elemento positivo, che le ore lavorate e le retribuzioni dei lavoratori in smart working hanno registrato un aumento del 6%, con una media di due ore in più a settimana per chi ha lavorato in remoto rispetto a chi lo ha fatto in presenza. Saranno tutte rappresentate in questo dato le ore lavorate in più? Gli altri elementi positivi in termini di garanzie occupazionali sarebbero il minor rischio di perdere il posto di lavoro (-3 %) e di finire in cassa integrazione (-10%). In realtà si tratta di numeri che fotografano la realtà in modo molto superficiale e che risentono della particolarissima congiuntura cui si riferiscono, quella appunto della fase iniziale della pandemia e dell'immediata impennata dello smart working. Poco o nulla possono dirci, invece, sullo sviluppo di questa tendenza alla remotizzazione del lavoro e sulle sue cause più profonde. Utilizzando l'emergenza pandemica come acceleratore di processo, le imprese stanno realizzando risparmi rilevanti e strutturali, aprendo inoltre la strada a una estensione incontrollata delle ore di reperibilità unita a più pervasive forme di controllo della prestazione: in pratica un nuovo cottimo, ma più sofisticato. In questo clima, uno studio aziendale dipinge il lavoro da remoto alla stregua di un privilegio che viene

⁽⁸⁾ Banca d'Italia (D. De Palo, F. Giorgi), *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: i lavoratori del settore privato, Note Covid-19, 22 gennaio 2021*, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/note-covid-9/2021/Nota_Covid_1_DPFG.pdf

concesso ai lavoratori, in cambio del quale a questi ultimi potrebbe essere anche chiesto (ovviamente per legge) di pagare una sorta di contributo (tassa) di tasca propria ⁽⁹⁾. Si tratta di una lettura che contiene suggestioni e provocazioni culturali che non ci sentiamo di condividere.

L'approccio del presente lavoro è invece analitico e pragmatico: senza né esaltare né demonizzare il lavoro da remoto, esso si prefigge di riportarne la fenomenologia così come osservata nell'"*hic et nunc*" delle relazioni industriali. È per queste ragioni che riteniamo fondamentale che le aziende, nell'attuare le necessarie trasformazioni digitali, continuino a garantire la loro presenza sui territori attraverso stabilimenti, unità produttive, filiali ed hub: questo è il contesto in cui ha senso innestare l'esperienza dello smart working, preservando cioè la dimensione collettiva della vita di relazione come caratteristica propria della prestazione di lavoro subordinato. Anche il coworking è una auspicabile risposta a questa esigenza, e pertanto va esplorata come possibilità di mediazione negoziale tra parti collettive, garantendo cambiamento digitale, efficientamento economico, occupazione e socialità.

2. Il primo presidio di garanzia del lavoro subordinato agile: il luogo di lavoro nella prestazione in remoto

"Providing more remote work opportunities should not be used as an excuse by employers to close workplaces in an attempt to save costs or undermine working conditions" ⁽¹⁰⁾ (UNI GLOBAL UNION: KEY TRADE UNION PRINCIPLES FOR ENSURING WORKERS' RIGHTS WHEN WORKING REMOTELY)

Elemento essenziale nel contratto di lavoro subordinato, e dunque nel sottostante rapporto, è l'individuazione/determinazione del luogo in cui si effettua la prestazione lavorativa. La prestazione lavorativa si svolge infatti, ai fini dell'esatto adempimento, nel luogo individuato nel contratto di lavoro. Secondo l'articolo 1182 c.c., che pure è norma generale in materia di obbligazioni, il luogo dell'adempimento è determinato nel contratto

⁽⁹⁾ Secondo Luke Templeman, macro strategist di Deutsche Bank, le persone che possono lavorare da casa e disconnettersi dalla società hanno guadagnato economicamente durante la pandemia. Una tassa del 5% per ogni giorno di lavoro da casa non peggiorerebbe le condizioni di chi lavora da casa rispetto a chi lavora in ufficio. La proposta si preoccupa di precisare che l'innovativa tassazione non si applicherebbe nei periodi di regime emergenziale (laddove il lavoro domiciliare è scelto e applicato dalle aziende senza l'accordo individuale) ma solo in condizioni di opzione volontaria. Chi lavora da casa risparmierebbe "su spese dirette come viaggi, pranzo, abiti e pulizia" e su spese "indirette" legate alla socializzazione. Per il lavoratore in remoto, costi come "stress mentale aggiuntivo per giostrarsi tra lavoro e bambini e dover gestire un allestimento da ufficio imperfetto ... non dovrebbero essere sottostimati ma in ogni caso impallidiscono a confronto con i vantaggi". Ragione per cui il costo della tassazione sarebbe pienamente sopportabile, in quanto commisurato al minor contributo all'economia nazionale (cioè ai minori consumi legati alle minori relazioni sociali). L'imposta o la tassa, potrebbe generare maggiori entrate stimate in 49 miliardi di dollari in USA, 20 miliardi di euro in Germania e 7 miliardi di sterline in Gran Bretagna, che potrebbero essere destinate da un lato, a quei lavoratori che sono costretti a lavorare "in presenza", assumendosi il rischio di ammalarsi di Covid "per bassi salari" e, dall'altro, a interventi di sostegno al reddito (sussidi) delle classi meno abbienti. Una misura che secondo la ricerca, si porrebbe l'obiettivo di una più equa redistribuzione del reddito.

⁽¹⁰⁾ "Fornire più opportunità di lavoro agile non dovrebbe essere usato come scusa dai datori di lavoro per chiudere luoghi di lavoro nel tentativo di risparmiare sui costi o minare le condizioni di lavoro".

(la “*convenzione*”), o in mancanza, dagli usi o tenendo conto della natura della prestazione o di altre circostanze. Si tratta di una norma di carattere generale, che introduce anche, in mancanza di univoche indicazioni contrattuali, ulteriori criteri sussidiari di determinazione del luogo fisico dell’adempimento dell’obbligazione, criteri peraltro non applicabili al contratto di lavoro subordinato. In particolare, non è pertinente il richiamo al *domicilio del debitore come luogo dell’adempimento*, in quanto la disciplina del rapporto e della prestazione di lavoro subordinato è normativa speciale.

Riferimenti alla “sede di lavoro” o a locuzioni equipollenti (posto di lavoro, luogo di lavoro, ecc.) si ritrovano in ordine sparso nella legislazione italiana, a partire dal codice civile, e nei vari CCNL. Apparentemente, però, la prima definizione sistematica è quella fornita all’art. 62 del D.Lgs. 81/08 che definisce luoghi di lavoro “*i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all’interno dell’azienda o dell’unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell’azienda o dell’unità produttiva accessibile al lavoratore nell’ambito del proprio lavoro*”. La norma, è bene specificarlo, si applica esclusivamente ai fini dell’applicazione del D.Lgs. stesso, e dunque nell’ottica di salvaguardia della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro.

La definizione di luogo di lavoro, al contrario, non è rinvenibile nel nostro ordinamento in alcuna norma di diritto positivo che abbia una portata generale, e viene dunque da chiedersi se la indicazione della sede fisica di lavoro intesa come assegnazione giuridica del lavoratore sia un requisito caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato o ne rappresenti invece un mero elemento accidentale.

Fatte queste premesse, va detto che il luogo di lavoro, inteso come *entità concettuale presupposta*, compare implicitamente nella definizione di lavoratore subordinato: l’art. 2094 c.c. individua come prestatore di lavoro subordinato colui che si obbliga “a collaborare *nell’impresa*”. L’elemento della “inserzione” della “risorsa umana” nel “complesso di beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa” (ex art. 2555 c.c.), *rectius* dell’inserimento del lavoratore nell’attività di impresa, intesa come circuito assemblato di tempi e luoghi della produzione di valore, integra concettualmente la definizione stessa di lavoro subordinato. I luoghi di lavoro sono dunque una ipostasi concettuale, prima ancora che una realtà fisica, che può assumere la fenomenologia più varia; ma in ogni caso è indispensabile che nel rapporto di lavoro subordinato il lavoratore presti il suo lavoro *in un posto determinato* e che questo venga individuato, indicato, comandato, o almeno previsto e riconosciuto dal datore di lavoro.

Altra conferma indiretta del valore qualificante della sede di lavoro nel contratto di lavoro subordinato deriva dalla nozione civilistica di azienda. Il “complesso di beni” di cui all’art. 2555 c.c., che comprende beni immobili, strumentali, risorse finanziarie, ma anche economiche e umane, acquisisce il diverso valore di “azienda” solo in quanto complesso “organizzato” dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa. Al potere organizzativo, riferito ai beni in quanto *res*, corrisponde un correlato potere conformativo, riferito alle risorse umane in quanto *persone* capaci di volizione, e dunque di obbedienza e soggezione. Il valore del potere conformativo si esprime, tuttavia, soltanto in relazione a beni di cui l’imprenditore può e deve, direttamente o indirettamente, disporre: i luoghi di lavoro, intesi come luoghi della produzione, rientrano in questa accezione di significato. Non vi sono ricompresi, invece, i luoghi che sottratti alla sua diretta o indiretta disponibilità. La sfera della “soggezione” del lavoratore rappresenta il limite non solo giuridico, ma anche geografico del potere conformativo datoriale, e perimetra dunque anche l’ambito oggettivo della sede di lavoro.

L'attività lavorativa può svolgersi non solo in una sede o stabilimento dell'impresa, ma anche in un luogo esterno ad essa, luogo che viene in ogni caso indicato al lavoratore dal datore di lavoro, in base alle determinate esigenze produttive. Il datore, nell'esercizio del proprio potere confermativo, indica pertanto al lavoratore il luogo dove questi debba prestare la propria collaborazione, in modo da consentirgli di adempiere esattamente all'obbligo della prestazione lavorativa, della quale è il lavoratore responsabile come *debitore lato sensu*, ex art. 1218 c.c.

L'art. 1 del D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152 di attuazione della direttiva europea 14 ottobre 1991, n. 533 ha introdotto l'obbligo di comunicare al lavoratore il luogo di lavoro ⁽¹¹⁾. A tale obbligo, sancito in un rapporto contrattuale che è pacificamente di natura sinallagmatica, corrisponde pertanto uno speculare diritto soggettivo del lavoratore, esigibile verso il proprio datore di lavoro: il *diritto alla sede fisica di lavoro*.

Al datore di lavoro, con determinati limiti di legge e/o di contratto (collettivo o individuale), è riconosciuto il potere di modificare unilateralmente il luogo di lavoro concordato, mediante gli istituti giuridici della trasferta, del trasferimento, del distacco, della reperibilità/intervento (gli ultimi due istituti riguardano anche l'aspetto temporale della prestazione, oggetto di disamina nel successivo paragrafo 3). Ma nessuna applicazione estensiva di tutti tali istituti può intaccare il principio del diritto del lavoratore alla sede fisica di lavoro.

2.1. Il “trasferimento” come atto datoriale di riassegnazione del lavoratore a una diversa sede fisica: nozione estendibile all'assegnazione giuridica al lavoro in remoto?

Non è questa la sede per trattare la materia del trasferimento. È utile però ricordare che l'art. 2103, comma 1, c.c., al penultimo comma dispone che il lavoratore “*non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*”. Utilizzando il criterio ermeneutico dell’*”a fortiori”*, si può argomentare che se è quivi normativamente riconosciuto un (circostanziato) potere direttivo-conformativo datoriale nell'esercizio dello “*jus variandi*” rispetto alla rideterminazione del luogo di lavoro, a maggior ragione tale potere si esprime all'atto primigenio di costituzione del rapporto di lavoro, e ad esso corrisponde anche un diritto

⁽¹¹⁾ Art. 1. Obbligo di informazione. Il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data dell'assunzione, le seguenti informazioni: l'identità delle parti; il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, nonché la sede o il domicilio del datore di lavoro; la data di inizio del rapporto di lavoro; la durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato; la durata del periodo di prova se previsto; l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro; l'importo iniziale della retribuzione e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo di pagamento; la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o le modalità di determinazione e di fruizione delle ferie; l'orario di lavoro; i termini del preavviso in caso di recesso. 2. L'obbligo di cui al comma 1 può essere assolto:

- a) nel contratto di lavoro scritto ovvero nella lettera di assunzione o in ogni altro documento scritto, da consegnarsi al lavoratore entro trenta giorni dalla data dell'assunzione;
- b) nella dichiarazione di cui all'articolo 9-bis, comma 3, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 ottobre 1996, n. 608, per i soggetti cui si applica la predetta disposizione.

del lavoratore all'assegnazione ad una unità produttiva in fase di assunzione e al mantenimento della sede (seppur limitato, tale diritto, dalle sopravvenute ragioni tecniche, organizzative e produttive datoriali).

Vale la pena ricordare che l'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, da cui si ricava la richiamata disciplina codicistica, è inserito nel Titolo I rubricato "Della libertà e dignità del lavoratore". Le ragioni per le quali la disciplina dei trasferimenti (materia prettamente organizzativa) si ritrova inserita nel titolo I della Legge 300/1970 sono riconducibili alla relazione accompagnatoria della Commissione Lavoro della Camera dei Deputati al progetto di legge C. 2133: *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento* ⁽¹²⁾.

Se, dunque, per "trasferimento" del lavoratore, ai sensi dell'art. 2103 c.c., si intende l'atto unilaterale recettizio con cui il datore di lavoro, nell'esercizio del proprio potere direttivo-conformativo, dispone la modifica della sede lavorativa cui era precedentemente addetto il lavoratore e tale modifica va intesa in senso topografico, ciò comportando un apprezzabile sacrificio dell'originario assetto contrattuale per il lavoratore, detto trasferimento postula anche il riconoscimento di un apprezzabile interesse del lavoratore, ed anzi un diritto del lavoratore a vedersi assegnato ad una sede fisica di lavoro, già all'atto della costituzione del rapporto di lavoro subordinato. Ecco la *ratio legis*, che a tale riguardo non riconosce neppure legittimità al trasferimento "fisico" in assenza di comprovate motivazioni, trattandosi di atto di per sé coercitivo, idoneo a ledere la libertà e la dignità del lavoratore trasferito, con implicazioni per la sua sfera familiare, relazionale ed esistenziale. Infatti, il legislatore, con la formulazione di cui all'art. 2103 tutela l'interesse personale del lavoratore a non essere "sradicato" dal centro delle sue relazioni di lavoro, sociali e affettive ⁽¹³⁾.

Gli interessi meritevoli di tutela attengono sia alla sfera contrattuale sia a quella extracontrattuale: all'interno della prima categoria rientrano tutti gli interessi collegati alla permanenza all'interno di un'area dell'organizzazione aziendale che permette al lavoratore di mantenere/migliorare la propria posizione lavorativa *lato sensu*; nella seconda rientrano invece tutti quegli interessi che incidono sull'organizzazione della vita personale (ad esempio la scelta dell'abitazione, lo svolgimento e la cura delle relazioni affettive e sociali instaurate) ⁽¹⁴⁾: sono tutti interessi che il legislatore del 1970 ha ritenuto meritevoli di particolare protezione.

⁽¹²⁾ Si legge, infatti, nel passaggio relativo all'art. 13: "L'articolo riguardante le mansioni del lavoratore – nel testo proposto dalla X Commissione permanente del Senato – (articolo 6-septies) subordinava alla presenza di effettive ragioni tecniche, organizzative e produttive, l'ammissibilità di trasferimenti non solo ad altro stabilimento ma anche presso reparti o settori diversi. Nella nuova formulazione è scomparso il riferimento ai reparti e ai settori e quindi il divieto di trasferimenti in mancanza di ragioni tecniche, eccetera. Sarà necessario ripensare alla formulazione normativa, per estendere la tutela contro eventuali trasferimenti per rappsaglia non solo nel caso di assegnazione ad altra unità produttiva, ma anche a diverso reparto o settore (si pensi ai cosiddetti reparti-confino)." Magari, aggiungiamo noi, sarà necessario riformulare la norma anche con riferimento ai trasferimenti intesi come assegnazione non volontaria alle nuove forme di confinamento digitale.

⁽¹³⁾ M. Brolo, voce "Trasferimento del Lavoratore", in *Enciclopedia Treccani*, https://www.treccani.it/enciclopedia/trasferimento-del-lavoratore_%28Diritto-on-line%29/

⁽¹⁴⁾ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, cit. pag. 275: "L'interesse di rimanere nella propria unità produttiva che non sarà interessata dal provvedimento di riduzione del personale; l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che, avendo più di 15 dipendenti, consente di godere di una tutela reale contro il licenziamento; l'interesse al mantenimento di una situazione di fatto in cui le mansioni effettivamente svolte hanno raggiunto un certo

In tema di trasferimento del lavoratore, l'art. 2103 c.c. ha lo scopo di tutelare la dignità del lavoratore e di proteggere le relazioni interpersonali che lo legano a un determinato complesso produttivo; tali tutele rilevano anche ove lo spostamento avvenga in un ambito geografico ristretto, *da una unità produttiva a un'altra*, intendendosi per unità produttiva ogni articolazione autonoma dell'azienda, avente, sotto il profilo funzionale e finalistico, idoneità a esplicare, in tutto o in parte, l'attività dell'impresa⁽¹⁵⁾.

Partendo da tali premesse, rimane da chiarire se l'atto di determinazione o di rideterminazione della sede di lavoro (il "trasferimento") da parte del datore di lavoro sia configurabile con riferimento *non già ad una sede fisica di lavoro* rientrante nella disponibilità e nella responsabilità giuridica del datore di lavoro, ma *con riferimento ad una sede puramente giuridica (o, per così dire, metafisica)*, ossia con riferimento a condizioni spaziali della prestazione che non sono nella disponibilità dell'imprenditore, come può essere un luogo che rientra nella disponibilità del lavoratore: ad esempio, la di lui abitazione. In pratica, ci stiamo interrogando se esistano margini giuridici per intendere il *lavoratore remotizzato* come legittimamente *assegnato* dal datore di lavoro, in via definitiva o transitoria, *ad un luogo/modo della prestazione esterno all'azienda*. La questione, solo apparentemente assurda, non è affatto superata o sanata neppure dall'eventuale consenso del lavoratore al c.d. lavoro domiciliare, e neppure può essere ricomposta con la mera applicazione degli istituti del distacco. Ad avviso di chi scrive, *il diritto alla sede fisica, e alla postazione di lavoro, rimane attuale e deve rimanere esercitabile indipendentemente dall'introduzione di modalità accessorie della prestazione di lavoro subordinato*. Si tratta, insomma, di un diritto costitutivo resiliente alle eventuali, intervenute modifiche della prestazione di lavoro. Ne deriva che: 1) il diritto al rientro sulla sede fisica permane e non è sopprimibile; 2) esso deve essere concretamente esercitabile, indipendentemente dalle formule contrattuali; 3) non esiste un potere conformativo-direttivo datoriale che interpreti il trasferimento *in senso metafisico*, cioè come assegnazione ad una sede di lavoro virtuale.

Insomma, il concetto di trasferimento in senso tecnico (che impone al datore una limitazione della necessaria giustificazione oggettiva nel solo caso di spostamento "da una unità produttiva ad un'altra") non vale a giustificare l'assegnazione unilaterale datoriale del lavoratore ad una sede di lavoro *virtuale*, in quanto la *ratio legis* della norma è "*di tutelare interessi del lavoratore anche diversi dal mero aggravamento delle condizioni territoriali di svolgimento della prestazione, quali la carriera e le relazioni interpersonali nel luogo di lavoro*"⁽¹⁶⁾. Argomentando *a contrario*, occorre dare di per sé rilevanza negativa (anche nell'accezione di 'negazione di diritti soggettivi') all'allontanamento del dipendente dal luogo fisico di lavoro, anche senza il cambio della residenza, quasi che esso nella sua propria consistenza di significato rechi con sé un'insopprimibile e immanente idea di una negazione dell'elemento topografico.

Non ha neppure senso richiamare l'istituto del lavoro agile di cui alla legge 81/2017 ed il requisito del consenso del lavoratore come *passé-partout* per il superamento dell'*impasse* giuridico di cui sopra: il lavoro in remoto è fattispecie più ampia, sotto l'aspetto fenomenologico, rispetto al lavoro agile, e d'altro canto quest'ultimo è una semplice modalità accessoria della prestazione di lavoro subordinato, e dunque la legge non

assetto soddisfacente che con un eventuale trasferimento potrebbe peggiorare; l'aspettativa di carriera che può essere connessa all'occupazione di un certo posto in una determinata unità produttiva".

⁽¹⁵⁾ Cassazione 30 settembre 2014 n. 20600 – Trasferimento individuale e concetto di unità produttiva, Pres. Stile Rel. Tria, in Lav. nella giur. 2015, 90

⁽¹⁶⁾ M. Brollo, voce "Trasferimento del Lavoratore", in *Enciclopedia Treccani, ibidem*.

affronta né risolve, in senso negativo, la *quaestio* del sottostante, e sottinteso, diritto alla sede fisica. Tale diritto è, invece, insito nella nozione di lavoro subordinato. Primo corollario di tale postulato è che ogni preteso superamento concettuale della sede fisica di lavoro implica, *de jure condito*, il superamento del rapporto di lavoro subordinato. Secondo corollario di tale postulato è che la compatibilità del lavoro agile di cui alla legge 81 con il lavoro remotizzato si regge sulla effettiva “accessorietà” di tale modalità di prestazione rispetto al rapporto di lavoro subordinato: il che significa, in particolare, garanzia di alternanza tra lavoro in presenza e lavoro in remoto, nonché possibilità per entrambe le parti di recesso dal rapporto accessorio lasciando impregiudicato il rapporto di lavoro principale.

Abbiamo, in sintesi, finora sostenuto e argomentato che la prestazione di lavoro subordinato debba essere svolta: 1) in luogo fisico; 2) determinato; 3) dal datore di lavoro; 4) formalmente comunicato al lavoratore; 5) unilateralmente modificabile dal datore di lavoro solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Abbiamo inoltre affermato che alla individuazione di tali modalità, prerogativa datoriale necessaria a fini di certezza giuridica della prestazione e dell’esatto adempimento, corrisponde però un diritto soggettivo del lavoratore alla sede fisica: diritto non rinunciabile né dismissibile, neppure per comportamento concludente. A quanto sopra va aggiunto che tale luogo non deve necessariamente corrispondere ad una sede dell’impresa ma può essere altrimenti determinato dal datore di lavoro, nei limiti in cui tale determinazione rientri nella sua sfera di influenza giuridica (ad es. presso clienti consenzienti, presso cantieri propri o convenzionati, in strutture di coworking, ecc.).

La digitalizzazione delle attività produttive, e con essa la remotizzazione delle prestazioni, ha tuttavia realizzato una sorta di *salto quantico* nell’organizzazione del lavoro, mettendo a prova la tenuta dell’attuale impianto giuslavoristico e le sue certezze. *“Le innovazioni tecnologiche, in particolare quelle digitali, la globalizzazione e le nuove modalità produttive e organizzative stanno cambiando il profilo del perimetro spaziale dell’impresa. Ciò alimenta una duplice tendenza: da un lato, una iper-connessione dei lavoratori intrappolati in una totale dipendenza da digital device a casa o in qualsiasi altro luogo, con rischi di cd. tecno-stress dato che sfumano i confini tra vita privata e vita professionale; dall’altro, un tendenziale smembramento, frantumazione e frammentazione dei confini tradizionali del luogo di lavoro, anche con inedite figure di mobilità del lavoratore”* ⁽¹⁷⁾.

Non esiste, ciononostante, una prerogativa datoriale *de jure condito* al “trasferimento” inteso come riassegnazione giuridica del lavoratore ad una sede di lavoro virtuale, che escluda l’accessibilità alla sede fisica intesa anche come accessibilità della postazione di lavoro aziendale; così come non esiste una forma di lavoro agile obbligatorio che sia contemplata nel ventaglio di possibilità di cui alla legge 81/2017. E non è affatto riconosciuta, e neppure sottintesa, alcuna prerogativa datoriale di applicare formule di lavoro remotizzato *praeter legem*, ovvero superando la disciplina di cui alla legge 81/2017 (con particolare riferimento alla volontarietà della scelta del lavoratore, alla alternanza di lavoro in remoto e di lavoro in presenza, alla accessorietà del primo al secondo).

⁽¹⁷⁾ M. Brollo, voce “Trasferimento del Lavoratore”, in *Enciclopedia Treccani*, *ibidem*.

2.2. Responsabilità sanitaria datoriale estesa alla postazione di lavoro, *ubique sit*

Sotto il profilo del rischio salute e sicurezza dei luoghi di lavoro risulta non meno gravoso per l'impresa assumere iniziative di remotizzazione massiva del lavoro. Per argomentare questa ultima tesi, ricorriamo ancora al provvedimento legislativo n. 81, ma stavolta il riferimento è al Testo Unico in materia di salute e sicurezza.

Dal combinato disposto del D.lgs. 81/08 e dell'art. 2087 c.c. si evince che è onere del datore di lavoro di compiere valutazioni di rischio e assumere decisioni di responsabilità connesse ad ogni prestazione che il lavoratore è tenuto a svolgere *in azienda*, cioè (in senso lato) *nell'organizzazione* del lavoro aziendale. Ne discende una responsabilità del datore di lavoro per qualsivoglia rischio: non solo quello legato alla specifica prestazione lavorativa, ma anche quello attinente all'intero ciclo di compimento della attività lavorativa, indipendentemente dal luogo in cui essa venga attuata, sia entro i confini dell'azienda sia in ogni spazio idoneo ad ospitare almeno un posto di lavoro o accessibile al lavoratore nell'ambito della propria mansione (cfr. Cass. Penale, 05.10.2017, n. 45808). La Suprema Corte estende tale responsabilità giuridica datoriale ad ogni luogo idoneo ad "*ospitare un posto di lavoro*", rimarcando quindi la necessità della predisposizione di una idonea postazione di lavoro per ciascun dipendente.

Insomma, nel lavoro agile, e per estensione in ogni forma di lavoro remotizzato, compreso *in primis* quello domiciliare, sarà necessario che la valutazione del rischio comprenda, oltre ai normali obblighi di prevenzione legati all'uso degli strumenti di lavoro, anche i fattori di rischio ambientale, caratterizzati dalla possibile attività *outdoor*, difficilmente valutabili in chiave prevenzionistica proprio perché legati ad ambienti che non sono tradizionali *ambienti di lavoro*. La legge 81/2017 e la Circolare Inail 48/2017 escludono il *rischio elettivo* dall'ambito di responsabilità del datore di lavoro solo se quest'ultimo abbia correttamente informato, almeno una volta all'anno, i propri dipendenti sui rischi cui sono esposti.

Tali vincoli risultano ancora più stringenti nel caso di lavoratori videoterminalisti, per i quali appare difficilmente *tout court* remotizzabile la prestazione. Per queste *persone del lavoro* è necessario, infatti, individuare e predisporre specifiche misure di prevenzione e protezione per eliminare o ridurre al minimo i rischi (ergonomici, relativi al visus, etc.), organizzando il posto di lavoro come richiesto dagli artt. 173 e 174 comma 3 D.Lgs. 81/08 ed in conformità ai requisiti minimi previsti dall'Allegato XXXIV. I rischi relativi (alla vista e per gli occhi; ai problemi legati alla postura ed all'affaticamento fisico o mentale; alle condizioni ergonomiche e di igiene ambientale) rimangono nella responsabilità di valutazione del datore di lavoro, e dunque appaiono difficilmente esternalizzabili o trasferibili in capo al lavoratore mediante la semplice consegna di una informativa⁽¹⁸⁾. Da quanto argomentato, insomma, sembra rafforzato *aliunde*, o almeno non sminuito, il principio-guida costituito dal diritto del lavoratore subordinato alla sede fisica di lavoro, anche come esplicitazione del diritto (individuale e collettivo) alla salute e alla sicurezza del lavoro.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 18 comma 2 Legge 81/2017 - Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

2.3. Il lavoro domiciliare: modalità di lavoro agile, forma e luogo normale del lavoro remotizzato o prestazione atipica?

Secondo il disposto della legge 81/2017, l'accordo tra le parti disciplina "l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali" (ex art. 19), e tra tali modalità di esecuzione rientra certamente anche l'ipotesi del lavoro svolto al domicilio del lavoratore. Tale accordo, qualora sottoscritto ai sensi dell'art. 18 della richiamata legge 81, postula anche che la prestazione lavorativa venga eseguita "in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa": il lavoro agile, come modalità accessoria, giustifica dunque la prestazione resa al di fuori dei locali aziendali, purché essa sia *non esclusiva e non assorbente*. Ogni alterazione, fosse pure pattizia, del programma di lavoro dedotto in contratto che prescindesse dalla esplicita previsione di una adeguata *posologia di rientri in presenza fisica* tradirebbe, dunque, la *ratio legis* e trasmutterebbe la natura accessoria del patto che assiste il rapporto in una diversa figura contrattuale, di incerta compatibilità con le fattispecie tipizzate per legge. A maggior ragione, è appena il caso di dire, tradirebbe la disciplina di legge l'adibizione del lavoratore a un lavoro remotizzato domiciliare che non fosse volontaria (ovviamente al di fuori delle eccezionali previsioni introdotte dalla disciplina dell'emergenza pandemica).

Ma cosa significa ipotizzare che una siffatta formula di lavoro "esclusiva" non rientri nelle previsioni di cui alla legge 81? Significa forse che la citata legge 81 esercita una irresistibile ed assorbente *vis attractiva* verso ogni nuova e possibile modalità di lavoro in remoto, e magari un riconosciuto potere sostitutivo di norme non conformi? O, più pragmaticamente, significa invece che il lavoro *in remoto* è fattispecie più ampia e non completamente normata rispetto al *lavoro agile* di cui alla legge 81? Ma se avallassimo una siffatta lettura restrittiva del perimetro di applicazione della legge in parola, sarebbe persino troppo facile eludere le previsioni di maggior tutela del lavoratore subordinato, previste dalla legge sul lavoro agile, sostenendone l'inapplicabilità al diverso programma di lavoro concordato tra datore di lavoro e lavoratore. E infine: in caso di legittimazione di una forma di lavoro esclusivamente domiciliare, cioè dotato di un programma contrattuale non rispettoso del dettato della legge 81 sul punto dell'alternanza tra prestazione in luogo di lavoro e fuori luogo di lavoro, *sussisterebbe il rischio di mutuare, ibridandole, discipline giuridiche persino estranee al contratto di lavoro subordinato?*

A questo profluvio di incalzanti domande non è agevole rispondere. Il rischio qui ventilato non è solo ipotetico, ma reale: mentre è (relativamente) rassicurante pensare che un lavoratore, già assunto con un tipico contratto di lavoro subordinato, possa in condizioni di contesto ordinarie valutare se aderire o no a una proposta datoriale di modifica del programma di lavoro, è invece decisamente preoccupante che detto programma di lavoro possa essere proposto non come modalità accessoria del rapporto, ma come *condizione unica, permanente e definitiva del lavoro*, magari in fase di tensioni occupazionali o di mero efficientamento economico, oppure già in fase di assunzione. Anzi, in fase assuntiva tale rischio non sarebbe scongiurato neppure qualora venisse applicato *tout court* lo schema contrattuale di cui alla legge 81, che sul punto è purtroppo gravemente lacunosa: all'art. 19 si disciplina il recesso senza precisare esplicitamente che

esso deve riguardare sempre e solo la prestazione di lavoro agile (intesa come “modalità accessoria”, ex art. 18) e non anche il rapporto di lavoro subordinato sottostante ⁽¹⁹⁾.

Ad avviso di chi scrive, ogni programma contrattuale di lavoro remotizzato domiciliare che violasse il principio della libera scelta del lavoratore (e dunque il principio della accessorietà della prestazione) e che non garantisse il rientro in presenza fisica sarebbe in contrasto con la *ratio* della legge 81, che non riguarda solo il lavoro agile ma ogni forma di lavoro subordinato svolto al di fuori dei locali aziendali. Nello sforzo di ricondurre alla disciplina di legge del lavoro agile ogni forma di lavoro remotizzato, occorre partire dalle fattispecie più critiche.

In diverse fattispecie il luogo di lavoro remotizzato potrebbe coincidere con il domicilio del lavoratore: occorre indagare, soprattutto in tal caso, sia la relativa forma giuridica del rapporto di lavoro, sia il titolo e la concreta natura della prestazione lavorativa dedotta nel programma contrattuale. Tra le numerose fattispecie interessate, è ricompresa anche la forma contrattuale del c.d. “lavoro domiciliare”.

Si tratta di una formula lavorativa riconducibile ad un contratto la cui atipicità consiste nel fatto che il vincolo di subordinazione, pure espressamente riconosciuto *ope legis*, si esprime in forma attenuata, e con esso rischiano di attenuarsi anche le connesse tutele giuridiche, comprese quelle di conservazione del posto di lavoro. La Cassazione ha già a suo tempo chiarito che la disciplina limitativa relativa al licenziamento di cui alla legge n. 604 del 1966 e le residue tutele reali di cui alla legge 300/1970 non sono di per sé applicabili al rapporto di lavoro subordinato a domicilio, salvo che “*il rapporto di lavoro a domicilio sia di fatto caratterizzato da una qualificata e ragionevole continuità della prestazione, l’ambito della quale non si identifica nella rigida corrispondenza della prestazione all’ordinario orario di lavoro previsto nel settore di attività produttiva esercitata dall’impresa committente*” ⁽²⁰⁾. Analogo rischio di attenuazione riguarda la disciplina relativa a: ferie, permessi e festività, sicurezza sul lavoro ⁽²¹⁾, orario di lavoro. La fattispecie giuridica astratta cui è riconducibile questa forma contrattuale è contemplata dalla L. 18 dicembre 1973, n. 877 “Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio”, che all’art. 1, infatti, recita: “*È lavoratore a domicilio chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l’aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi*”.

Dalla semplice lettura dell’articolo che precede si evincono alcuni punti di contatto con il lavoro agile domiciliare, soprattutto con riferimento all’utilizzo di attrezzature informatiche fornite dall’imprenditore, che divengono, a loro volta, strumenti e quasi sede di lavoro (in base alla nuova disciplina dell’art. 4 Legge 300/1970, come novellata dal c.d. Jobs Act) ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, cfr. D. Iodice – R. Colombani, *Il lavoro agile nella legge n. 81/2017. Flessibilità o destrutturazione del rapporto?*, Working Paper Adapt University Press, 2017.

https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/29946/mod_resource/content/1/wp_9_2017_iodice_colombani.pdf

⁽²⁰⁾ Cassazione, 22.01.1987, n. 615

⁽²¹⁾ Con la sola eccezione dell’obbligo datoriale di informazione in ordine ai rischi per la salute connessi all’attività lavorativa, alle misure di prevenzione, ai rischi specifici cui il prestatore è esposto.

⁽²²⁾ Cfr., sul tema, la voce “Nuova disciplina dei controlli a distanza”, in Treccani, con note 11 e 14 di D. Iodice. In particolare, lo stesso Autore evidenzia il rischio che un ampliamento dei poteri unilaterali di controllo datoriale (ove esercitati al di fuori dell’“ombrello protettivo” della preventiva autorizzazione

Il luogo della prestazione lavorativa, dunque, in tale *forma contrattuale* è il domicilio del lavoratore. Non può invece considerarsi lavoro a domicilio (con forma di per sé attenuata di subordinazione) la prestazione lavorativa effettuata in *luoghi di pertinenza* dell'imprenditore stesso: in tali casi il lavoratore viene considerato un dipendente con rapporto di lavoro subordinato *tout court*. Può dirsi dunque che l'effettuazione della prestazione in luoghi "di pertinenza" datoriale garantisce, per converso, la piena e inconfutabile riconducibilità al rapporto di lavoro subordinato e l'integrità di disciplina di maggior tutela. L'altro elemento distintivo del lavoro domiciliare è l'esistenza di un vincolo di subordinazione attenuato nei riguardi dell'imprenditore.

Tale vincolo si esprime anzitutto con riferimento all'esercizio del *potere direttivo*. Chi lavora a domicilio per conto di un'impresa, a differenza di quanto contemplato dall'articolo 2094 c.c., non è soggetto al classico potere direttivo del datore di lavoro, ossia registra un allentamento nel controllo e nel coordinamento spaziale e temporale della prestazione da parte del proprio datore di lavoro. La comparazione con il nuovo lavoro domiciliare remotizzato, alla ricerca di possibili analogie è, ancora su questo punto, esercizio doveroso: la digitalizzazione, che spinge e concentra l'esercizio del controllo della prestazione sugli strumenti della produzione (hardware e software), e assimila questi ultimi a sede stessa della prestazione lavorativa, è davvero compatibile con il lavoro a domicilio di cui alla Legge 877/1973? Dove finisce il mero controllo tecnico della prestazione e dove inizia il più pervasivo potere direttivo datoriale? Si tratta di aspetti da discernere non soltanto dal punto di vista teorico, ma con attenzione alla concreta fenomenologia del rapporto di lavoro ⁽²³⁾.

Altro elemento di attenzione riguarda i casi in cui il risultato da garantire con la prestazione divenga, insieme ad altri elementi, criterio discretivo e distintivo rispetto all'obbligazione di mezzi (che connota e qualifica il rapporto di lavoro dipendente). In tal senso, l'Inps nella circolare n. 79 del 1997 già riscontrava, tra gli elementi concreti e concomitanti che ravvisano la presenza di un rapporto di lavoro autonomo (e non di un rapporto di lavoro a domicilio), precisamente la circostanza che l'oggetto della prestazione lavorativa sia il risultato e non la estrinsecazione di energie lavorative; sempre l'Inps riscontrava tra tali elementi anche l'assunzione del rischio in proprio, intendendo per rischio quello di impresa, presente e incidente sulla quantità di guadagno in rapporto alla rapidità, alla precisione ed organizzazione del lavoro nella quale la ditta committente non ha alcun potere di interferire, essendo interessata solo al risultato della lavorazione.

Può dirsi dunque, anche sulla scorta di tale elemento qualificativo, che la disciplina della prestazione basata su elementi che valorizzino la "obbligazione di mezzi" anziché la

sindacale o amministrativa che la vecchia disciplina dell'art. 4 richiedeva in ogni caso) possa specularmente comportare anche un aumento di responsabilità a suo carico per le eventuali violazioni dei limiti tracciati dalla legislazione sulla privacy nelle quali dovesse incorrere.

⁽²³⁾ In deroga all'art. 2094 c.c. "il lavoro a domicilio realizza una forma di decentramento produttivo, in cui l'oggetto della prestazione del lavoratore assume rilievo non già come risultato, ma come estrinsecazione di energie lavorative, resa in maniera continuativa all'esterno dell'azienda, e però organizzata ed utilizzata in funzione complementare o sostitutiva del lavoro eseguito all'interno di essa, e, correlativamente, il vincolo di subordinazione viene a configurarsi come inserimento dell'attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione lavorativa da lui resa, pur se in ambienti esterni all'azienda e con mezzi ed attrezzature anche propri del lavoratore stesso, ed eventualmente anche con l'ausilio dei suoi familiari, purché conviventi e a carico, diventa elemento integrativo (c.d. subordinazione tecnica)": Cass. n. 5840/2002; conf. Cass. n. 4118/1992, n. 11434/1995, n. 9516/1998, n. 7328/2002, n. 21594/2002, n. 15915/2004).

“obbligazione di risultato” garantisce, nel caso del lavoro remotizzato domiciliare, la piena e inconfutabile riconducibilità della stessa al rapporto di lavoro subordinato e il connesso regime di maggiore tutela.

È però necessario sottolineare che per il lavoro a domicilio, seppur considerato lavoro subordinato per gli effetti previsti è, ai sensi dell’art. 8 della medesima legge, contemplata la retribuzione a cottimo (“*I lavoratori che eseguono lavoro a domicilio debbono essere retribuiti sulla base di tariffe di cottimo pieno risultanti dai contratti collettivi della categoria*”) (24).

Occorre, in conclusione di questa breve disamina dell’istituto del lavoro domiciliare, evidenziare, oltre alle esaminate contiguità con il lavoro remotizzato svolto al domicilio del lavoratore, anche le criticità rivenienti da una (ulteriore) contiguità: l’adozione di un programma di lavoro *ex lege* 81/2017 che intendesse formalizzare il “lavoro per obiettivi”, rischierebbe di avvicinare il nuovo “lavoro agile” al vecchio lavoro a cottimo, fino a confondersi con esso.

Il presidio dell’equilibrio del sinallagma e della *ratio legis* della legge 81/2017 va dunque affidato alla saggezza negoziale delle parti collettive, che devono in particolare garantire il rispetto del sano principio dell’alternanza tra lavoro in presenza (*rectius*: in locali aziendali), e lavoro in remoto, e inoltre devono garantire la natura accessoria del patto di lavoro agile, ovvero: volontarietà di accesso e possibilità di recesso da parte dei lavoratori.

3. Il secondo presidio di garanzia del lavoro subordinato remotizzato: il tempo della prestazione. Esatto adempimento e rendimento atteso

Uno degli aspetti più intriganti e dibattuti, ma sostanzialmente inattuati della disciplina del lavoro agile di cui alla legge 81 è quello relativo alla configurabilità della prestazione “*anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi*”. Il tema riguarda non solo l’organizzazione del lavoro in quanto tale (che è una tipica prerogativa datoriale, espressione di iniziativa unilaterale), ma anche l’adozione di uno schema di contratto individuale di lavoro, la cui vincolatività giuridica non può che discendere da una espressa, incoercibile scelta di adesione del lavoratore: che a sua volta implica anche la (libera) adesione ad un diverso sistema di valutazione della prestazione, nonché la possibile accettazione di un sistema di scientificazione, oggettivazione del rendimento (medio o puntuale) atteso della prestazione in remoto. Quanto detti aspetti siano autonomi e separati dalla questione dell’esatto adempimento della prestazione lavorativa oggetto del sinallagma sottostante (il contratto di lavoro subordinato), è interrogativo che va risolto in un’ottica di massima tutela e di *favor praestatoris*: *id est*, ribadendo e presidiando, nella concretezza dei contesti aziendali, la natura *accessoria* del lavoro remotizzato o agile rispetto al contratto di lavoro subordinato, incoercibile e irrinunciabile *res* giuridica sottostante.

Indipendentemente dal dibattito intorno al lavoro agile, si discute molto in ambito giuslavoristico delle conseguenze della grande trasformazione digitale in termini di

(24) A tale riguardo, esemplificativamente richiamiamo l’art. 11 del CCNL del settore metalmeccanico, che riguarda esattamente il lavoro a domicilio di cui alla Legge 877/1973.

superamento, in via fattuale, di alcuni vecchi postulati del rapporto di lavoro subordinato, tra i quali il concetto di *obbligazione di mezzi*, intesa come messa a disposizione di energie lavorative per un tempo dato; tempo dedotto in contratto come orario convenzionale o contrattuale. Il concetto di *ora-lavoro*, da remunerare in quanto tale, è la plastica nonché iconica rappresentazione di questa cultura giuridica, mandata anticipatamente in pensione, nella magnificazione di Industry 4.0, perché non rispondente alle nuove esigenze dei tempi di vita e dei modi di produzione. La conclusione che troppo frettolosamente si trae dal dibattito, un po' semplicisticamente schiacciato sulla dialettica tra vecchio e nuovo, è che l'abbandono della remunerazione *ratione temporis* sia una conseguenza storicamente ineluttabile e giuridicamente necessaria della grande trasformazione digitale e della nuova modulazione del lavoro remotizzato. Tale superamento rappresenterebbe l'uovo di Colombo, capace di liberare tempo di vita per le *persone del lavoro* e efficienza produttiva mediante le nuove flessibilità organizzative. Lo smart working è infatti narrato, nelle nuove antologie di didattica organizzativa d'impresa, come esigenza di conciliazione, capace *anche*, come effetto indotto e quasi naturale, di migliorare la performance lavorativa degli individui. Gli effetti positivi vengono in genere associati all'aumento della soddisfazione personale, a una maggiore focalizzazione sui task lavorativi rispetto a quanto avviene sul posto di lavoro, a un miglior bilanciamento tra lavoro e impegni familiari.

Occorre, peraltro, ricondurre il ragionamento su basi non ideologiche ma pratiche. È evidente che occorrono criteri oggettivi di misurazione dell'efficienza, e che la legittima tutela del patrimonio aziendale si estende anche allo svolgimento delle attività realizzate al di fuori delle sedi di produzione classiche. È altrettanto evidente che, quando tali sedi coincidono con le modalità del lavoro in remoto, gli strumenti di misurazione dell'esatto adempimento della prestazione possono coincidere, e infatti già coincidono, con gli strumenti di lavoro. Si tratta, infatti, di esercizio di forme di controllo diretto della prestazione legittimate dalla riforma (il c.d. Jobs Act), e che non richiedono neppure autorizzazioni esterne o accordi collettivi, ma il solo rispetto della privacy delle *persone del lavoro* ⁽²⁵⁾. Per cui si può parlare, sotto tale profilo, di sufficienza, se non di ridondanza, di mezzi giuridici e tecnici rispetto alla finalità di tutela aziendale. Le aziende hanno già, *ipso facto*, ampia possibilità di rilevare tempi, modalità e efficienza della prestazione in remoto: i mezzi giuridici ed informatici ci sono tutti. Per quale ragione, allora, sarebbe giustificabile per le aziende introdurre un parametro di valutazione della prestazione alternativo, se non addirittura sostitutivo rispetto al criterio della collaborazione *ratione temporis*?

È da verificare, anzitutto, se sussista un rischio di efficienza, ovvero di *diversa* efficienza della prestazione agile o remotizzata rispetto a quella in presenza nei luoghi di lavoro fisici. Sotto tale profilo di analisi, squisitamente pratica, è utile richiamare i risultati di una analisi esperienziale condotta nel corso del 2020 dall'INPS, che riguarda nello specifico la relazione tra smart working e performance. Interessante riportarne alcuni stralci, in quanto in questa come in altre indagini effettuate nel periodo pre-Covid emergono “*diversi elementi di ambiguità: la dilatazione del tempo dedicato al lavoro e la riduzione del tempo di riposo, l'assottigliarsi del confine tra spazio personale e spazio professionale, il senso di isolamento e la mancanza di confronto con i colleghi o le*

⁽²⁵⁾ Cfr. sul punto del c.d. controllo diretto, cfr. nuovamente voce “Nuova disciplina dei controlli a distanza”, in Enciclopedia Treccani, con citazioni di D. Iodice, ibidem, sui profili problematici della riforma (nota 11 e nota 14). Hic: https://www.treccani.it/enciclopedia/nuova-disciplina-dei-controlli-a-distanza_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/

maggiori difficoltà di coordinamento delle attività da parte del management sono elementi che possono avere un impatto negativo sulla performance lavorativa degli individui (Eurofound and the International Labour Office, 2017)”⁽²⁶⁾. Significative le conclusioni dell’INPS sull’esito della indagine: “In termini di impatto generale dello SW sulla performance dell’organizzazione, dall’analisi effettuata si rileva, pur con tutti i limiti di una analisi non causale, una relazione debole e non significativa tra SW e produttività di sede; il ricorso allo SW generalizzato ha quindi consentito di limitare i rischi per i soggetti coinvolti senza incidere sostanzialmente sulla performance”⁽²⁷⁾.

Se dunque non sussiste ad oggi un rischio di minore efficienza della prestazione in remoto, ed anzi al contrario è abbastanza evidente il trend di aumento delle ore lavorate, e d’altro canto non sussiste neppure il rischio di un indebolito sistema di controllo della prestazione, allora *cui prodest* il superamento della collaborazione *ratione temporis*? L’interesse imprenditoriale a trasformare la prestazione di mezzi in obbligazione di risultati (il c.d. “lavoro per obiettivi”) potrebbe essere rappresentato dal risparmio anche sui costi del lavoro diretti (oltre che su quelli indiretti, enunciati nella introduzione di questo studio), oltre che in un rafforzamento del c.d. “contratto psicologico”, ovvero della leva motivazionale al conseguimento dei risultati d’impresa. A tale riguardo, nell’esperienza pratica del lavoro remotizzato di alcuni settori produttivi (come ad esempio quello bancario, caratterizzato dalle c.d. “pressioni commerciali”) il controllo sui risultati oggi non si sostituisce, ma si somma al controllo sui mezzi e sui tempi, fino a divenire pervasiva, ossessiva, ridondante forma di nuovo “controllo totale” dei dati⁽²⁸⁾. Sotto tale profilo, l’enunciato normativo della legge 81, che all’art. 18 colloca temporalmente la prestazione “entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”, pone più problemi pratici di quanti oggettivamente ne risolve. Infatti: cosa significa una siffatta collocazione temporale della prestazione di lavoro agile? Che il vincolo temporale allargato *si aggiunge* a quello finalistico della prestazione (nell’ipotesi di lavoro per obiettivi)? Che dunque il lavoratore deve essere in ogni caso “reperibile” per una fascia temporale più estesa rispetto all’orario di lavoro canonico, e indipendentemente da questo? Che egli è tenuto *aliunde* a garantire un “intervento” (se richiesto dal datore di lavoro), indipendentemente dalla configurabilità di una prestazione di lavoro riconosciuta *ratione temporis*? In tal caso, potremmo registrare una curiosa quanto paradossale ibridazione di *just in time* ed obbligazione di risultati, in un assetto organizzativo d’impresa ispirato al c.d. taylorismo digitale.

Il rischio di una estensione convenzionale della disponibilità del lavoratore, all’interno di un orario di lavoro massimo predeterminato, determina di per sé una incertezza giuridica che non riguarda solo i trattamenti economici, ma anche la stessa esigibilità della prestazione di reperibilità (più o meno obbligatoria), e può avere persino specifiche implicazioni di natura disciplinare, se previste.

⁽²⁶⁾ INPS, Direzione Centrale Studi e Ricerche, n. 2/2021.

⁽²⁷⁾ INPS, *ibidem*.

⁽²⁸⁾ Sul punto, l’art. 5 comma 1 lettera b) del GDPR prevede che i dati siano “raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità”, mentre alla lettera c) prevede che i dati personali siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono stati trattati”. Insomma, la richiesta datoriale diretta al lavoratore di dati di vendita non è giustificabile quando sia eccessiva, ridondante e non necessaria, cioè quando le informazioni di performance siano ricavabili *aliunde* o rappresentino previsionali di impegno, ovvero promessa di conseguimento di risultati commerciali (che appartengono alla sfera aleatoria del rischio di impresa, e non alla oggettivazione della performance).

Occorre pertanto, a tale riguardo, presidiare con attenzione massima, mediante la contrattazione collettiva, *anche* lo schema di lettera-contratto individuale, che deve essere allegato all'accordo collettivo aziendale e divenirne parte integrante, per evitare l'introduzione, più o meno surrettizia o comunque successiva, di fattispecie originariamente non contemplate nella sintesi collettiva e ulteriori rispetto a quelle di generale applicazione a tutto il personale dipendente.

3.1. Certezza giuridica dell'orario di lavoro: disconnessione, reperibilità e intervento

Il problema del riconoscimento retributivo, solo in apparenza teorico, è di fatto già approvato alla Corte di Giustizia Europea. La Corte infatti, con due sentenze del 9 marzo 2021 (relative alle cause C-344/19 e C-580/19), ha affermato il principio per cui gli istituti della reperibilità e dell'intervento del lavoratore rientrano nella disciplina giuridica dell'orario di lavoro, e quindi sono, come tempi di lavoro, oggetto di riconoscimento retributivo, a condizione che ciò sia previsto dalla contrattazione collettiva o, in caso contrario, che *“i vincoli imposti pregiudichino in modo assai significativo la facoltà di gestire, nel corso di tale periodo, il tempo libero”* ⁽²⁹⁾. La direttiva comunitaria 2003/88, richiamata dalla CGE, definisce tra l'altro l'orario di lavoro come *“qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”*. Le basi argomentative della Corte di Giustizia, che ha scardinato il vincolo del superamento dell'orario massimo di legge come condizione necessaria del riconoscimento retributivo, sono che occorre individuare altri fondamenti di certezza del diritto alla remunerazione per reperibilità e intervento: 1) l'orario contrattuale di lavoro o 2) la circostanza che il lavoratore sia obbligato a essere presente sul luogo indicato dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione di quest'ultimo per poter fornire immediatamente la sua opera in caso di necessità. A tal proposito per *“luogo di lavoro”* si deve intendere *“qualsiasi luogo in cui il lavoratore è chiamato a svolgere un'attività su ordine del suo datore di lavoro, anche nel caso in cui detto luogo non sia quello in cui esercita abitualmente la sua attività professionale”*. Il lavoratore, infatti, *“tenuto a permanere sul luogo di lavoro all'immediata disposizione del suo datore di lavoro, deve restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale e beneficia di una minore libertà di gestire il tempo in cui non è richiesta la sua attività professionale. Pertanto, l'integralità di siffatto periodo deve essere qualificata come orario di lavoro, ai sensi della direttiva 2003/88, a prescindere dalle prestazioni di lavoro realmente effettuate dal lavoratore nel corso di suddetto periodo”*.

Tra le caratteristiche oggettive della prestazione, che non occorre provare ma solo produrre (“allegare”) in un eventuale giudizio di cognizione, come indiscutibile presupposto di certezza giuridica del diritto al trattamento retributivo, rientra, per la CGE,

⁽²⁹⁾ Il tema della vertenza giudiziale è, nel caso di specie, la retribuzione reclamata per i servizi di pronto intervento in regime di reperibilità. L'attore è un funzionario tedesco che svolge il proprio servizio come vigile del fuoco e che ha rivendicato il riconoscimento del servizio prestato come tempo di lavoro, con conseguente remunerazione. La difficoltà di accoglimento della domanda giudiziale, che infatti è approdata in CGE, deriva dal fatto che per il diritto tedesco il datore di lavoro può essere condannato a remunerare il servizio di reperibilità e intervento soltanto se il dipendente abbia lavorato superando la durata massima dell'orario settimanale di lavoro, autorizzata dalla direttiva 2003/88.

una *eventuale specifica previsione di un contratto collettivo*. Nei settori produttivi italiani l'orario di lavoro convenzionale è inferiore all'orario massimo fissato dalla legge, e questo fonda di per sé il diritto al riconoscimento retributivo per reperibilità ed intervento realizzati *oltre* tale limite orario convenzionale. Rammentiamo, per esempio, che nel settore ABI il CCNL ABI prevede, all'art. 40, una specifica disciplina della reperibilità e dell'intervento. I connessi trattamenti retributivi possono avere certezza di applicazione proprio in funzione della certezza dell'"orario di lavoro" contrattualmente normato.

Tale ragionamento di tutela retributiva vale, com'è ovvio, anche negli altri settori produttivi italiani indipendentemente dalla modalità della prestazione. In particolare vale per esempio, nel settore ABI, anche per lo smart working, come contrattualmente normato: *"la prestazione lavorativa in modalità agile si effettua entro i limiti di durata dell'orario giornaliero e settimanale previsti dal CCNL"*; inoltre la persona del lavoro *"nel corso della prestazione in lavoro agile dovrà essere contattabile durante il proprio orario di lavoro"*. Così recita l'art. 11 dell'Accordo di rinnovo del CCNL firmato il 19.12.2019, migliorando sul punto le più vaghe previsioni della legge 81/2017 (per la quale il lavoro agile si articola *"entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale"*). Dal che si evince che: a) la reperibilità coincide con l'orario di lavoro; b) il superamento dell'orario di lavoro normale fa scattare: 1) il diritto alla disconnessione del lavoratore (contrattualmente sancito, indipendentemente dalla modalità di lavoro, *id est* per tutti); 2) l'obbligo retributivo in caso di reperibilità e intervento richiesti dal datore di lavoro (in quanto disciplinati nel CCNL).

Quali possono essere le attenzioni negoziali generali da tenere, nella contrattazione aziendale in materia? In primo luogo, sarebbe molto opportuno introdurre (laddove ancora assente) una normativa-base di settore, che incanalasse la contrattazione individuale e rimandasse, per le opportune adattabilità, alla contrattazione collettiva aziendale. In tal caso, infatti, avremmo tutti i benefici di una procedura contrattuale aziendale di tipo "forte". Inoltre sarebbe necessario introdurre un richiamo alla disciplina dell'orario di lavoro contrattuale; in ogni caso occorrerebbe superare pattiziamente il possibile collegamento automatico ai *"soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale"* (di cui all'art. 18 della legge 81/2017). Infine, occorre evitare di introdurre specifiche zone contrattuali di esclusione, relativamente al lavoro remotizzato, dell'obbligo retributivo in caso di reperibilità e intervento previsti per accordo collettivo. Oppure, in alternativa, occorrerebbe escludere ogni obbligo di reperibilità e intervento.

3.2. Certezza giuridica dell'orario di lavoro: il rischio infortuni

Il superamento del concetto di ora-lavoro nella prestazione lavorativa remotizzata mina alcune certezze di tutela normativa che non riguardano esclusivamente la sfera retributiva. Anche sotto il profilo della certezza delle tutele infortunistiche, infatti, bisogna richiamare la disciplina che concerne la copertura assicurativa Inail riferita al lavoro domestico, che può a ragion veduta comprendere anche il lavoro domiciliare remotizzato. Sebbene la tutela delle *persone del lavoro* sia estesa anche al lavoro a distanza, va detto che in questo caso non si riesce a stabilire il momento e la causa dell'incidente in assenza di riferimenti certi. In aderenza al dettato dell'art. 23 della Legge 81/2017, che sancisce 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 “, l’Inail ha predisposto un regime di tutela, precisando in circolare 48 del 2 novembre 2017 che lo svolgimento del lavoro in modalità agile svolto da casa è parificato al lavoro domestico, e questo è a sua volta parificato al lavoro svolto presso i locali aziendali. Tale parificazione di trattamento implica che la tutela assicurativa per infortunio sia applicabile al lavoro domiciliare remotizzato *a condizione che l’evento avvenga durante l’orario di lavoro e per causa di lavoro*. Un orario di lavoro certo e oggettivamente conoscibile è dunque il presupposto necessario perché l’infortunio sia riconoscibile come imputabile a causa di lavoro. In pratica, sotto il profilo assicurativo la giornata di smart working è equiparata alla normale giornata di lavoro. Secondo l’Inail, insomma, “*una volta entrati nel campo di applicazione della tutela, i suddetti lavoratori sono assicurati, applicando i criteri di carattere generale validi per tutti gli altri lavoratori, col solo limite del rischio elettivo*”⁽³⁰⁾.

La stessa circolare, con riferimento alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi *in itinere*, ovvero durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo abitazione a quello prescelto per la prestazione all’esterno dei locali aziendali, prevede che tale regime scatti solo quando la scelta del luogo della prestazione dipenda da esigenze connesse alla prestazione o dalla necessità di conciliazione del lavoratore. Insomma, il rischio di infortunio è coperto solo se connesso alla prestazione lavorativa o alle attività prodromiche e/o accessorie, purchè strumentali allo svolgimento della prestazione. In mancanza di indicazioni certe e incontrovertibili che confermino la connessione tra infortunio e prestazione lavorativa (come può essere la ricorrenza dell’evento in orario di lavoro), risulta perlomeno difficoltoso condurre *aliunde* specifici accertamenti confermativi delle condizioni di tutela.

3.3. Il lavoro per obiettivi come criterio della (sola) modalità accessoria della prestazione. Il recesso e l’assorbimento nel rapporto principale

Partiamo con l’affermare una ovvietà: *non esiste alcuna attività umana priva di obiettivi*. Senza scomodare la filosofia, il richiamo ad una visione teleologica delle azioni umane vale, dunque, anche per il mondo di impresa e per il mondo del lavoro. In quest’ambito l’*orientamento agli obiettivi* coinvolge non soltanto l’iniziativa economica in quanto tale, ma anche la collaborazione nell’impresa.

Dunque tale questione ontologica o antropologica (in tale accezione di senso, questione pre-giuridica) non riguarda esclusivamente il lavoro autonomo, ma anche il lavoro subordinato. Il problema non è pertanto concettuale, ma pratico. Ed attiene alla *certezza giuridica dei trattamenti e delle tutele* non solo economiche, ma anche normative del lavoro subordinato.

L’aspetto estremamente positivo, ed anzi intrigante della questione del *lavoro per obiettivi* è che essa rende concettualmente possibile, ed anzi implica la giusta rivendicazione dei lavoratori a partecipare alla gestione, ai risultati economici (e al rischio) di impresa, fino al limite estremo della codeterminazione e della cogestione;

⁽³⁰⁾“Se il rischio cui si espone il lavoratore è privo di connessione con l’attività professionale, ed il lavoratore sia venuto a trovarsi esposto ad esso per scelta volontaria, arbitraria e diretta a soddisfare impulsi personali, quello non sarà più un "rischio lavorativo", ma diviene un "rischio elettivo", cioè creato dal prestatore d’opera a prescindere dalle esigenze della lavorazione, e quindi non meritevole della tutela risarcitoria od assicurativa “: cfr., da ultimo, Cassazione Civile, ordinanza n. 8988/2020

limite potenzialmente fecondo ma sostanzialmente inesplorato per la inequivoca indisponibilità, ad oggi, del fronte datoriale. Qualora vi fosse la possibilità di percorrere realmente detta via, sarebbe interessante provare a *rimodulare il dovere di collaborazione* innestando nel rapporto contrattuale elementi strutturali (economici e normativi) di *natura aleatoria*.

Ad oggi tuttavia prendiamo atto, con sano realismo, che la grande trasformazione digitale che investe e quasi travolge tutti i settori produttivi non sembra mostrare alcuna aspirazione di ampliare la partecipazione alla gestione d'impresa, che rimane l'inaccessibile "*sancta sanctorum*" di chi muove il capitale di rischio. Anzi, essa conferma l'attuale assetto dei fattori della produzione, rispetto al quale il lavoro rappresenta ancora una semplice derivata, cioè una risorsa etero-organizzata. L'equivoco, insomma, è che il cambiamento digitale in atto postula una mera rivisitazione del rapporto di lavoro subordinato in chiave di remotizzazione: si introduce, cioè, oltre al potenziamento degli strumenti di controllo diretto e informatizzato delle performance, una pura formula di misurazione della prestazione basata su criteri alternativi a quelli del tempo lavorato. Il combinato disposto di questi due nuovi elementi distintivi è la vera materia dell'analisi giuslavoristica, che -è la nostra tesi- *non può tuttavia prescindere dagli elementi del luogo e del tempo della prestazione*, che devono rimanere fattori di riequilibrio e di tutela individuale nel rapporto di lavoro subordinato.

3.4. Alcune formule contrattuali di compatibilità del lavoro per obiettivi con l'obbligazione di mezzi

Ristretto l'ambito di analisi al perimetro suddetto, interessa qui iniziare a declinare alcune *formule di compatibilità del lavoro per obiettivi con l'obbligazione di mezzi*, che rimane sostanza dell'obbligo di collaborazione nel lavoro subordinato. Nell'enuclearle, proviamo ad affermare alcuni concetti generali, che possono focalizzare o agevolare il lavoro della contrattazione collettiva aziendale, e costituiscono anche le prime provvisorie conclusioni di questo approfondimento.

1- L'individuazione di obiettivi del lavoro è da intendersi sempre e soltanto come enucleazione di contenuti del dovere di perseguimento degli obiettivi di impresa, che è in sostanza una significazione del dovere di collaborazione e una specificazione dell'obbligazione di mezzi. Si tratta, insomma, di una delle tante, varie possibili modalità di rilevazione della diligenza. Gli obiettivi vanno definiti esclusivamente mediante accordi collettivi, che ne valutano preventivamente la raggiungibilità, e li adottano come obiettivi di team o di gruppo di lavoro (è questa una accezione di senso coerente con la enucleazione di "cicli e fasi"); non sembra, invece, coerente con il lavoro subordinato agile la fissazione di budget commerciali individuali come misura dell'esatto adempimento della prestazione.

2- Gli obiettivi non possono essere di tipo puramente quantitativo, ma devono essere, oltre che (in sé) *di qualità*, anche *riferibili alla qualità*. In altri termini, oggetto della valutazione della prestazione di *lavoro per obiettivi* deve essere la misurazione, *dal punto di vista quantitativo, della sola qualità* della prestazione. Gli indicatori di qualità, inoltre, non debbono essere assunti come correttore in negativo (*ex post*) della misurazione

quantitativa dei risultati commerciali o produttivi ⁽³¹⁾, ma come criterio-cardine (generale, collettivo e preventivo) di ogni (eventuale) misurazione dei risultati. Il presidio attento, in sede di contrattazione collettiva, di questa sottile, ma delicata linea di confine consente di evitare la trasmutazione dell'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultati, e dunque di prevenire lo snaturamento del rapporto di lavoro subordinato.

3-La definizione, per contrattazione collettiva, di obiettivi nel lavoro remotizzato agile deve essere usata *esclusivamente in un'ottica di premialità economica*, e cioè per riconoscimenti retributivi aggiuntivi rispetto alla remunerazione tabellare, e non per valutare quantitativamente la prestazione mediante la registrazione degli scostamenti individuali rispetto a predefiniti parametri di produttività media di settore o aziendale: si tratta di un punto delicato, potenzialmente capace di fondare un ipotetico licenziamento per scarso rendimento: che non è affatto materia di interesse condiviso tra datori di lavoro e sindacati!

4-Il raggiungimento degli obiettivi collettivamente contrattati (pedissequamente dedotti nello schema di lettera-contratto individuale) può integrare di per sé prova positiva sufficiente dell'esatto adempimento della prestazione di lavoro remotizzato agile, *indipendentemente dall'(ulteriore) elemento del compimento dell'elemento temporale della prestazione*. Può avere senso, in tale accezione di significato contrattuale, riconoscere efficacia probatoria piena (ma *esclusivamente come prova a favore del prestatore di lavoro*) al raggiungimento dell'obiettivo dedotto in contratto, liberando cioè il lavoratore dall'(ulteriore) vincolo probatorio dell'esatto adempimento *ratione temporis*. Nel caso in cui l'obiettivo non sia raggiunto, viceversa, il completamento dell'orario di lavoro comproverebbe e certificherebbe l'adempimento della prestazione, che *rimane in ogni caso obbligazione di mezzi*. L'orario di lavoro rimane pertanto irrinunciabile baluardo di garanzia e di certezza giuridica di ultima istanza della prestazione, oltre che fondamento delle ulteriori tutele del lavoro subordinato.

5- La formula della sperimentaltà dell'accordo collettivo che intendesse approfondire tale esperienza, dovrebbe comprendere anche: la previsione di una scadenza fissa, di una platea di riferimento numericamente indicata, di strumenti di monitoraggio e controllo sindacale sullo stato della implementazione organizzativa: tutto ciò può rappresentare un prudente argine per la gestione dei fenomeni che si intendesse stimolare.

6- Va dichiarata in ogni accordo collettivo, e pedissequamente in ogni accordo di lavoro individuale, la riconducibilità dello schema contrattuale adottato, oltre che alle eventuali specifiche previsioni del CCNL del settore di appartenenza, anche alle generali previsioni di cui all'art. 18 della legge 81/2017: ogni forma di flessibilità organizzativa e di lavoro remotizzato, domiciliare o no, deve essere esplicitamente riconosciuta come soggetta a tale disciplina di legge. Siffatta clausola di richiamo alla legge preserva, nell'assetto contrattuale del rapporto di lavoro, una serie di principi-cardine di assoluto valore giuslavoristico: a) l'inquadramento della formula contrattuale nell'alveo di disciplina del lavoro subordinato; b) la effettiva libertà di adesione e di recesso da parte della persona del lavoro, *id est* la possibilità di scelta da parte della stessa; c) la natura puramente accessoria della prestazione di lavoro remotizzato agile, che implica la limitazione della facoltà di recesso datoriale: *il recesso datoriale può riguardare, alle condizioni stabilite dal contratto medesimo, il solo lavoro agile e non anche il sottostante contratto di lavoro subordinato*; d) la richiamata valenza garantistica della sede fisica di lavoro e del tempo di lavoro come elementi distintivi del rapporto di lavoro subordinato.

⁽³¹⁾ Il che, oltre a snaturare l'obbligo di collaborazione introducendo elementi aleatori, aprirebbe la strada a impianti di valutazione delle prestazioni di tipo sanzionatorio.

In conclusione. La previa sottoscrizione di un contratto di lavoro subordinato imperniato su sede di lavoro fisica e collegato all'orario di lavoro proprio della sede fisica è la corretta propedeutica di attivazione di una modalità di lavoro agile. Ogni nuova assunzione deve contemplare, nello schema contrattuale, il vincolo di accessorietà rispettando tale propedeutica. Ogni lavoro remotizzato che non sia telelavoro (in quanto contrattualmente disciplinato) deve pertanto rientrare nella disciplina del lavoro agile, inteso come schema normativo generale e riassuntivo di ogni forma di lavoro diverso dal lavoro in presenza. Meglio sarebbe, ovviamente, che il legislatore si occupasse di questo delicato aspetto, prevenendo mediante una chiarificazione concettuale ogni possibile deriva destrutturante, di modo che ogni possibile nuova forma di lavoro in remoto rimanga semplice modalità della prestazione, sempre sussumibile alla categoria normativa *ex lege* 81.

Infine, l'eventuale esperimento, esclusivamente per via di contrattazione collettiva, di formule di regolamentazione del lavoro in remoto che intendessero valorizzare il lavoro per obiettivi, dovrebbe in ogni caso prevedere clausole di salvaguardia dell'obbligazione di mezzi mediante la tutela del rapporto sottostante. Il presidio di questa nuova, delicata ma anche sfidante materia è in definitiva affidato alle parti collettive.