

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

## Capitolo 19 LAVORO AGILE

**Sommario:** 19.1. Natura e definizione 19.2. Forma e contenuto del contratto 19.3. Durata e recesso 19.4. Diritto alla disconnessione 19.5. Incentivi fiscali 19.6. Ruolo contrattazione collettiva 19.7. Divieto di discriminazione 19.8. Diritto all'apprendimento permanente 19.9. Potere di controllo datoriale 19.10. Potere disciplinare 19.11. Comunicazione obbligatoria 19.12. Sicurezza sul lavoro 19.13. Assicurazione per infortuni e malattie professionali

### 19.1. Natura e definizione

La legge 22 maggio 2017, n. 81 in materia di «*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*», si propone di favorire una articolazione flessibile della prestazione lavorativa del lavoratore subordinato con riferimento sia al tempo che al luogo di svolgimento di essa. In effetti, l'avvento della tecnologia nel rapporto di lavoro ha stravolto le variabili “luogo” e “tempo” tradizionalmente intese, riducendo tanto le barriere “spaziali” quanto quelle “temporali”, di fatto rendendo possibile in concreto sia il **lavoro “asincrono”** (reso da uno o più lavoratori in tempi differenti rispetto alla generalità degli altri) sia il *lavoro “disperso”* (reso in postazioni lavorative collocate in luoghi diversi e anche molto distanti dalla realtà aziendale).

Nel Capo II della legge n. 81/2017, dunque, si trovano sei articoli che rappresentano l'avvio delle tutele specifiche della forma più avanzata delle prestazioni lavorative remotizzate, caratterizzate dalla più ampia flessibilità consentita dall'utilizzo delle nuove strumentazioni tecnologiche, delineando un quadro normativo e contrattuale di riferimento per le prestazioni lavorative rese in regime di smart working, vale a dire, nel lessico del Legislatore, con quelle forme di flessibilità della prestazione lavorativa, nello spazio e nel tempo, che rendono il lavoro “agile”.

In questo senso, si disegna il **sistema delle tutele** per le prestazioni lavorative rese in regime di lavoro agile, con particolare riferimento: al divieto di discriminazione, alla specifica regolamentazione del potere di controllo datoriale e di quello disciplinare, alle regole sulla protezione dei dati e sugli obblighi di custodia e di riservatezza, alle tutele della salute e sicurezza sul lavoro e agli ambiti che afferiscono all'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali.

Il quadro regolatorio è stato derogato in via transitoria dalla normativa emergenziale a contrasto della pandemia da Covid-19.

#### 19.1.1. Definizione

L'art. 18, commi 1 e 2, della legge n. 81/2017 definisce i tratti essenziali del lavoro agile. Così, anzitutto, il primo comma sancisce che tutte le norme del Capo II (intitolato appunto al «*Lavoro agile*») sono specificamente finalizzate alla promozione del lavoro agile inteso come **modalità di articolazione flessibile dello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato**, con lo scopo peculiare di incremen-

tare la **produttività** del lavoro e di **agevolare** la **conciliazione dei tempi di vita e di lavoro**.

Il lavoro agile viene individuato come la prestazione di lavoro subordinato eseguita con **quattro specifiche caratteristiche organizzative** di tipo flessibile riguardo al tempo, al luogo e alla strumentalità del lavoro, fermo restando l'accordo fra le parti:

- si tratta di una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita con accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza vincoli di orario o di luogo di lavoro;
- la prestazione lavorativa è svolta in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, ma comunque nei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;
- per lo svolgimento dell'attività lavorativa il lavoratore può avvalersi di strumenti tecnologici;
- durante i periodi di lavoro che vengono svolti all'esterno dei locali aziendali rileva la mancanza in azienda di una postazione fissa destinata al lavoratore.

Ne deriva, quindi, che il “lavoro agile” non rappresenta una nuova tipologia di lavoro, ma una declinazione specifica della prestazione lavorativa nelle sue modalità più flessibili rispetto alle dinamiche spazio-temporali.

### 19.1.2. Elementi essenziali

Nello specifico, l'art. 15, comma 1, della legge n. 81/2017 definisce il lavoro agile quale una **modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato** stabilita mediante **accordo tra le parti**, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici. Dal passaggio normativo possiamo dire che questa è una nuova modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato, non già una nuova tipologia contrattuale. Concretamente, nella genesi dell'obbligazione della prestazione di lavoro subordinato, che si estrinseca in una prestazione di mezzi, la regolamentazione dello *smart working* individua una tipizzazione delle modalità di esecuzione dell'obbligazione stessa, con carattere definitorio. Non a caso al comma 1 del menzionato art. 18 viene precisato che la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa, ma nel rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi di lavoro. Con la locuzione “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” si individua un'**obbligazione accessoria** (*smart working*) **che attribuisce una specificità a quella principale** (prestazione di lavoro subordinato).

Gli **elementi essenziali** del lavoro agile sono:

- a. accordo tra le parti, ossia tra datore e lavoratore subordinato;
- b. prestazione lavorativa eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno, senza una postazione fissa;
- c. assenza di vincoli di luogo o di orario di lavoro, nei limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale;

d. possibile (ma non indispensabile) l'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Questa forma contrattuale che oggi non deve per forza passare per una regolamentazione collettiva, ma che può essere contenuta nell'espressione della **libera contrattazione individuale**, ha comunque visto le sue prime albe nell'ambito di specifiche regolamentazioni derivanti dalla contrattazione collettiva.

Per rafforzare la strumentalità dello *smart working* in materia di alternanza vita-lavoro, con uno specifico intervento contenuto nella Legge di Bilancio 2019 (art. 18, comma 3-*bis*, legge n. 81/2017, introdotto dall'art. 1, comma 486, legge n. 145/2018) è stato previsto, che i datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile sono tenuti in ogni caso a riconoscere **priorità alle richieste di esecuzione del rapporto di lavoro in tale modalità** formulate dalle lavoratrici nei 3 anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità grave.

## 19.2. Forma e contenuto del contratto

L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è **stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa** e della **prova**, pertanto, il ricorso alla forma scritta è assolutamente consigliabile, specie ai fini dell'assicurazione infortuni (art. 19, comma 1, legge n. 81/2017; INAIL, circ. 2 novembre 2017, n. 48). L'accordo, con riferimento alla modalità di svolgimento in lavoro agile, può essere **a termine** o **a tempo indeterminato** (art. 19, comma 2, legge n. 81/2017).

L'accordo **deve prevedere**:

- a. la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali;
- b. le forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro;
- c. gli strumenti utilizzati dal lavoratore;
- d. i tempi di riposo del lavoratore;
- e. le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro (art. 19, comma 1, legge n. 81/2017);
- f. se previsto, il diritto all'apprendimento permanente, in modalità formali, non formali o informali, e alla periodica certificazione delle relative competenze (art. 20, comma 2, legge n. 81/2017);
- g. l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali;
- h. le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari (art. 21, commi 1 e 2, legge n. 81/2017).

Dal dettato normativo, testualmente prevede, che la modalità di lavoro agile è «*stabilita mediante accordo tra le parti*», da questo passaggio normativo si estrapola il *c.d.* "**principio di volontarietà**". Benché tra le finalità normative vi è l'espresso riferimento all'incremento di produttività, unitamente a quello di conciliazione dei

tempi di vita e di lavoro, in ossequio a questo principio, il datore di lavoro non può imporre direttamente o indirettamente al singolo dipendente lo *smart working*. Tale modalità lavorativa, che incide sul luogo dell'adempimento della prestazione, viene attivata esclusivamente sulla base dell'accordo tra le parti. In considerazione del principio di volontarietà, ancorché non vi sia una espressa indicazione normativa, il rifiuto del dipendente non dovrebbe comportare il licenziamento o l'attivazione di sanzioni disciplinari.

Ciò che cambia davvero, rispetto a quanto già introdotto in precedenza dalla contrattazione aziendale o da *policy* aziendali, è la necessità di un accordo scritto a livello individuale che stabilisce l'attivazione della modalità agile. L'accordo serve ai fini della prova di tale modalità, ma anche della regolarità amministrativa. Tale espressione sottende la possibilità che in caso di sua assenza gli Enti competenti potrebbero sollevare contestazioni, probabilmente con riferimento al luogo di svolgimento della prestazione. La mancanza della forma scritta non dovrebbe determinare la configurazione di illeciti amministrativi. Certamente l'**assenza dell'accordo** può offrire il fianco a **rischi di contenzioso** sotto il **profilo civilistico** con il lavoratore dipendente, sotto il **profilo amministrativo** su aspetti che afferiscono gli **obblighi assicurativi e di tutela della salute sui luoghi di lavoro**.

Come esplicitato, la **forma scritta** viene prevista *ad probationem tantum* (e non a pena di nullità), per cui il contratto di lavoro agile, **deve essere provato per iscritto**. È dunque **inammissibile ex art. 2725 cod. civ. la prova testimoniale** (salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento), per sopperire ad un'eventuale carenza documentale, e finanche la **prova per presunzioni**. Parimenti, deve escludersi che la prova del contratto possa essere ricavata da documenti comprovanti l'effettuazione delle prestazioni riconducibili al rapporto, fermo restando che in difetto della forma scritta, deve comunque ritenersi valida l'esecuzione volontaria del contratto (Cass. civ. n. 5165/2015; n. 1824/2013).

### 19.3. Durata e recesso

Per quanto concerne l'istituto del termine, nello *smart working* può essere analizzato sotto due prospettive diverse.

La prima è interconnessa all'obbligazione principale del contratto, nel senso che se il rapporto di lavoro dovesse contenere un termine (perché è a tempo determinato), questo naturalmente coinvolgerebbe anche il "mezzo" dell'obbligazione, ovvero la modalità di svolgimento della prestazione.

L'altra prospettiva invece affersce la durata del solo "mezzo". In questo caso, l'obbligazione principale è svincolata dalla modalità di svolgimento della prestazione, anzi, quest'ultima acquisisce caratteristiche autonome. Infatti, l'espletamento della medesima prestazione potrebbe essere svolto per un periodo in azienda dove solo per un predeterminato periodo in modalità lavoro agile. Questa autonomia dell'obbligazione accessoria (modalità di svolgimento della prestazione), riverbera inevitabilmente sulle dinamiche giuridiche temporali del rapporto. Pertanto, il passaggio normativo contenuto nel comma 2 dell'art. 19 della legge n. 81/2017 prevede che la modalità di svolgimento della **prestazione lavorativa in *smart working*** può

essere **a termine** o **a tempo indeterminato** e, pertanto, questa previsione riguarda non tanto l'obbligazione principale, ma la **durata dell'obbligazione accessoria** (la durata di svolgimento della modalità di lavoro agile).

Nello stesso comma è inserita una previsione sulle **tempistiche di recesso**, prevedendo che, nel caso in cui **le parti** contraenti **non abbiano previsto un termine per l'obbligazione accessoria**, il recesso può avvenire con un **preavviso non inferiore a 30 giorni**. Sempre sulla questione del preavviso legato al recesso è prevista una specifica regolamentazione che riguarda i **lavoratori disabili** ai sensi dell'art. 1, della legge n. 68/1999: il **termine di preavviso** del recesso da parte del datore di lavoro **non può essere inferiore a 90 giorni**, al fine di consentire un'adeguata riorganizzazione dei percorsi di lavoro rispetto alle esigenze di vita e di cura del lavoratore. Si evidenzia però che il termine di preavviso di 90 giorni risulta espressamente previsto solo per i lavoratori disabili individuati all'art. 1 della legge n. 68/1999, non includendo dunque le *c.d.* "categorie equiparate". Essendo una norma con natura eccezionale e specifica, non dovrebbe comportare interpretazioni analogiche estensive.

Da considerare che in ossequio al disposto normativo contenuto nell'art. 19 della legge n. 81/2017, la **previsione del termine dell'obbligazione accessoria** deve essere **indicata per iscritto**. Ci si chiede se l'indicazione del termine deve essere **espressamente operata** o possa essere fatto un **rinvio al determinarsi di un evento** (es. il compimento del terzo anno di vita del figlio): in tal senso, non si rilevano motivi ostativi nell'apposizione di condizioni ovvero clausole di condizione per l'obbligazione del lavoro agile. Altro aspetto che non trova specifica regolamentazione, nell'ambito della normazione del termine dell'obbligazione del lavoro agile, riguarda l'ipotesi della **prosecuzione di fatto, oltre il termine** pattuito: in questi casi, pare opportuno che la lacuna legislativa venga colmata tramite l'intesa negoziale individuale ovvero per il tramite di apposita regolamentazione inserita nella contrattazione collettiva. In ogni caso, in ossequio ai principi generali, la protrazione *de facto* del rapporto di lavoro agile a termine dovrebbe essere inefficace, in difetto di una formale proroga per iscritto (salvi gli effetti di cui all'art. 2126 cod. civ.).

Come precisato, l'accordo per il lavoro agile può essere a termine o a tempo indeterminato (e nell'ambito di questi due generi, anche a tempo parziale, ad esempio, CCNL Alimentari della piccola e media industria del 16 settembre 2016); in tale ultimo caso diventa interessante ragionare sull'applicabilità del principio di libera recedibilità *ad nutum*, essendo previsto che il recesso può avvenire con un preavviso non inferiore a 30 giorni. È dunque sufficiente un **recesso anche acausale** per porre fine alla modalità in lavoro agile *ante tempus*. Il recesso ad ogni modo riguarderà l'obbligazione accessoria che volgerà a termine, mentre quella principale (la prestazione di lavoro) continuerà a produrre i suoi effetti. La norma sembra presumere che l'imprenditore-datore di lavoro possa risultare invogliato alla stipula di un accordo di *smart working* anche per l'agevole facoltà di recesso dallo stesso, laddove il lavoratore, in ogni caso, non perderebbe alcun diritto sulla obbligazione principale (il rapporto di lavoro subordinato).

L'unico obbligo da rispettare, in caso di accordo di lavoro agile a tempo indeterminato, è quello del preavviso non inferiore a 30 giorni (90 per i lavoratori disabili).

Manca il riconoscimento di una **indennità sostitutiva** in caso di **mancato rispetto del preavviso**: il lavoratore potrebbe avere diritto ad essere reintegrato per “completare” il previsto periodo di lavoro in modalità “agile” fino all’ultimo giorno utile di preavviso. Questo aspetto, in assenza di un intervento giurisprudenziale o della contrattazione collettiva, merita di essere regolamentato dall’accordo individuale, in modo da disciplinare anche aspetti di indennizzo sostitutivo.

L’impianto normativo disciplina una fattispecie di **risoluzione dell’obbligazione accessoria** (*smart working*), nell’ipotesi in cui questa sia ricondotta ad una **causalità specifica**. Trattasi del **recesso per giustificato motivo oggettivo**, in questa ipotesi infatti ciascuno dei contraenti può recedere prima della scadenza del termine, nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo a tempo indeterminato. Per sfuggire al rispetto del termine di scadenza del contratto o del preavviso (in caso di contratto a tempo indeterminato) non dovrà ricorrere la giusta causa, ma un “giustificato motivo”. Così facendo il Legislatore sembra richiamare una fattispecie più ampia della giusta causa e segnatamente, la nozione di giustificato motivo che è indubbiamente di portata omnicomprendensiva, prestandosi com’è noto, a ricomprendere sia il **giustificato motivo soggettivo**, sia quello **oggettivo**, riconducibile essenzialmente a ragione ed esigenze aziendali.

Esaminando la contrattazione collettiva, che ha regolato lo *smart working* prima dell’entrata in vigore della legge n. 81/2017, si nota come la stessa ha trovato diverse difficoltà a regolamentare le ipotesi oggettive di risoluzione dell’obbligazione accessoria (*cf.* CCA BNL, Intesa Sanpaolo per ipotesi oggettive che determinavano la risoluzione automatica; CCA Zurich per l’incompatibilità con il modello organizzativo, mentre dal lato dei dipendenti, problematiche di *work-life balance*, nel caso in cui la prestazione risulti particolarmente gravosa e incida negativamente nel bilanciamento lavoro/vita privata; CCA Barilla per previsioni che richiedono al dipendente il mantenimento di uno standard qualitativo della prestazione). Ad ogni modo, un ulteriore ragionamento che merita di essere evidenziato riguarda il fatto che è evidente che, ordinariamente, la giusta causa che cade sull’obbligazione principale (lavoro subordinato) determina il venir meno (per licenziamento) dell’obbligazione “accessoria” anche nel lavoro agile.

### 19.4. Diritto alla disconnessione

Lo *smart working* abbraccia in modo evidente i nuovi bisogni del mercato del lavoro, ponendo però nuove frontiere di tutela. Se da una parte il lavoro agile consente una più fruibile alternanza vita-lavoro, con abbattimento di alcuni costi di gestione aziendale e nuove dinamiche di efficienza, dall’altra, alla stregua della nuova fluidità della prestazione, sorge la necessità di individuare i nuovi diritti meritevoli di tutela. In questo senso, per la prima volta nel nostro Ordinamento, viene introdotto *c.d.* “**diritto del lavoratore alla disconnessione**”, nei tempi di riposo, dagli strumenti tecnologici di lavoro. Questo diritto raggruppa trasversalmente una serie di **misure tecniche e organizzative** necessarie per **assicurare la effettiva disconnessione** e che dovranno essere **previste nell’accordo tra lavoratore e azienda** che disciplina la modalità di lavoro agile. Probabilmente questa regolamentazione risulterà la parte

più delicata, in quanto dovrà esplicitare in modo compiuto tutte le operazioni che il datore dovrà realizzare nell'organizzazione della prestazione lavorativa in *smart working*. Perché la peculiare gestione del rapporto di lavoro rientri nell'ambito della legittimità, diventa necessario che i **carichi di lavoro siano adeguati** e, seppur nella **flessibilità dell'orario** che il lavoro agile in sé comporta, a **ritmi sostenibili** per il lavoratore. Lo *smart working* espone il lavoratore al rischio che un'eccessiva modernizzazione in senso digitale lo porti ad essere in ogni momento reperibile ed operativo, con conseguenti pregiudizi sulla salute e al diritto di riposo. Molte sono, in questo senso, le possibili patologie psicologiche da sovraccarico che giova scongiurare: da mere situazioni di stress (il c.d. "**techno-stress**") ed eccessiva stanchezza, sino all'esaurimento, alla dipendenza tecnologica e alla sindrome da *burnout*. A ciò si aggiungano possibili e ulteriori incidenze negative sulla sfera personale del lavoratore e al rapporto con i familiari, posta la tendenza all'assottigliamento tra il confine lavoro-vita privata, andando così a sovvertire uno dei fondamenti di questa disciplina.

Il diritto alla disconnessione secondo l'art. 19, comma 1, legge n. 81/2017 è limitato alla previsione secondo cui, per mezzo dell'accordo tra datore di lavoro e prestatore, occorre individuare *«i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro»*. Deve ritenersi prudente una delimitazione delle tempistiche di esecuzione circostanziata e rispettosa dei limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva in materia di orario di lavoro. Sotto tale profilo, si ritiene non consigliabile l'adozione di ritmi o orari alternati. In una simile circostanza, invero, parrebbero porsi dubbi in merito all'adeguatezza dell'intervallo temporale intermedio che potrebbe essere ritenuto insufficiente a garantire un effettivo riposo, ponendosi in potenziale contrasto con l'art. 2087 cod. civ.; d'altronde l'art. 19 assegna un ruolo fondamentale alle misure tecniche che garantiscano la disconnessione. Pertanto, ai fini probatori, un adeguato sistema informatico, che per esempio limiti temporalmente gli accessi del lavoratore, si presta a comprovare l'aderenza dell'accordo e con esso, del rapporto lavorativo al diritto di disconnessione: si potrebbe ipotizzare anche l'automatico spegnimento del server aziendale a dati orari o la predisposizione di un meccanismo di blocco all'accesso riferito allo *smart worker*, purché ciò non si presti ad arrecare possibili pregiudizi all'organizzazione aziendale. Ad ogni modo, a prescindere dagli accorgimenti individuati, il dipendente deve poter contare su un non utilizzo della strumentazione (in determinate fasce orarie), senza che a ciò ne conseguano effetti per la prosecuzione del rapporto di lavoro ovvero vengano meno i presupposti fondanti del lavoro agile.

### 19.5. Incentivi fiscali

L'art. 18, comma 4, della legge n. 81/2017 assicura il riconoscimento al datore di lavoro del diritto a fruire dei **benefici fiscali e contributivi** riconosciuti al rapporto di lavoro subordinato anche nella modalità di lavoro agile. In particolare, la norma stabilisce che tutti gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti per gli incrementi di produttività e di efficienza del lavoro subordinato devono ritenersi applicabili anche ai rapporti di lavoro subordinato nei quali l'attività

lavorativa viene resa in modalità di lavoro agile. Il tema è stato già affrontato dalle norme sulla detassazione, in effetti l'art. 2, comma 2, del D.I. 25 marzo 2016, attuativo dell'art. 1, commi 182-191, della legge n. 208/2015, riconosce al datore di lavoro la possibilità di usufruire fin dal 2016 della **detassazione del salario di produttività per accordi di lavoro agile**. Analogamente il D.M. 12 settembre 2017, che riconosce appositi **sgravi per i datori privati** i quali prevedono **istituti di conciliazione tra vita professionale e privata** mediante contratti aziendali, definendo criteri e modalità per l'uso delle risorse finanziarie.

### 19.6. Ruolo contrattazione collettiva

Il cardine normativo del comma 1 dell'art. 18 della legge n. 81/2017 che testualmente prevede «(...) *il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti (...)*» non riconosce un ruolo costitutivo o determinante alla contrattazione collettiva. Peraltro, il Legislatore ha ritenuto di inserire con un ruolo fondamentale la contrattazione collettiva e nello specifico quella aziendale, solo nel caso degli incentivi. Pertanto, il lavoro agile è avviabile con la sola **sottoscrizione di un accordo con il singolo dipendente**, ma va anche evidenziato come nella quotidianità della vita aziendale ciò potrebbe porre alcuni limiti. Si pensi alla disciplina del diritto alla disconnessione, piuttosto che alla gestione dell'apposizione del termine, oppure al diritto di precedenza per i genitori lavoratori. In questo senso il **dialogo tra impresa e sindacato** è una variabile di cui si deve tener conto. Questo scollamento tra norma e materialità applicativa pone davanti ad una scelta non facile che afferisce al momento nel quale è opportuno coinvolgere le Rappresentanze sindacali nell'ambito dell'instaurazione del lavoro agile (da subito o dopo la prima fase di sperimentazione ovvero in fase di messa a sistema).

In questi casi si devono **valutare due aspetti**:

- il tempo e il livello di qualità delle relazioni sindacali interne;
- il numero e la sistematicità del personale che si vorrebbe contrattualizzare con lo *smart working*.

Se le **relazioni sindacali in azienda** risultassero consolidate e il progetto dovesse coinvolgere un numero significativo di lavoratori, la logica dominante risulterebbe quella di condividere le prospettive applicative con le Rappresentanze sindacali, anche al fine di esaltare il virtuosismo del lavoro agile applicato in azienda fin dall'inizio. Nel caso in cui, invece, i lavoratori coinvolti fossero pochi e le relazioni sindacali si trovassero in una situazione di "stasi", potrebbe risultare opportuno procedere con contrattualizzazioni individuali e in un momento successivo, più favorevole, condividere la gestione dei rapporti mediante idonee relazioni sindacali. Peraltro, se in azienda sono presenti RSA o RSU, argomenti come il lavoro agile, con impatto sulle dinamiche personali del lavoro, qualora gestite individualmente, possono innescare attriti non voluti.

#### 19.6.1. Tra contrattazione collettiva e regolamento aziendale

La gestione o la **regolamentazione dello *smart working*** in una puntuale **condizione con le Rappresentanze sindacali**, prodromica alla **stesura di un accordo**

**collettivo**, resta strumento funzionale, anche per gli sforzi redazionali che il lavoro agile richiede. Si pensi alla gestione dell'orario di lavoro, alla collocazione della prestazione, all'utilizzo degli strumenti dati in dotazione. Tali tematiche, peraltro, possono essere gestite anche con regolamento o *policy* aziendale. Il regolamento **aziendale** è una delle fonti di organizzazione del rapporto di lavoro che consiste in un insieme di norme adottate unilateralmente dal datore di lavoro nel rispetto delle disposizioni di legge e di contratto collettivo in attuazione dei diritti e dei poteri derivanti dal combinato disposto degli artt. 2086 e 2104 cod. civ., per:

- **integrare la normativa**, in riferimento a situazioni tipiche, adattandola alle necessità reali del contesto aziendale;
- **regolamentare l'utilizzo** degli strumenti di lavoro;
- **definire le modalità organizzative** delle prestazioni di lavoro.

Il limite della regolamentazione aziendale, che per lo *smart working* può essere fondamentale, riguarda la previsione degli effetti sanzionatori sui comportamenti disciplinarmente rilevanti. Il regolamento potrà sempre prevedere specifici comportamenti e configurare con una certa marginalità ipotesi rilevanti a fini disciplinari, ma ai sensi dell'art. 7 della legge n. 300/1970 non potrà prevedere effetti sanzionatori, che restano nell'alveo regolatore della contrattazione collettiva. Non vi è dubbio che il lavoro agile richieda puntuali previsioni regolatorie, per questo risulta necessario che la **regolamentazione, collettiva o aziendale**, chiamata a coadiuvare la gestione dello *smart working* risulti **efficace sia sotto il profilo dispositivo**, ma anche sotto il **profilo "coercitivo"**.

Per quanto concerne la regolamentazione collettiva per i dipendenti privati, con il **Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021**, Ministero del Lavoro e Partiti sociali stabiliscono una serie di elementi essenziali, cui deve adeguarsi la futura contrattazione collettiva nazionale, aziendale e territoriale.

### 19.7. Divieto di discriminazione

L'art. 20, comma 1, della legge n. 81/2017 tutela il dipendente che svolge il lavoro in modalità agile, riconoscendogli il diritto a ricevere un **trattamento economico e normativo** non inferiore a quello complessivamente applicato, anche in attuazione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015, ai lavoratori subordinati che svolgono le stesse mansioni esclusivamente all'interno dei locali aziendali. La norma non specifica cosa si intenda singolarmente per «*trattamento economico e normativo*» e, quindi, determinando una generalizzazione a tutti gli istituti normativi e retributivi in senso lato afferenti al trattamento giuridico ed economico del **lavoratore comparabile che opera esclusivamente all'interno dell'azienda con le stesse mansioni**, dovendosi intendere per tale il **lavoratore di pari livello di inquadramento**, vale a dire inquadrato nello stesso livello del lavoratore agile in base ai criteri di classificazione stabiliti dal contratto collettivo.

### 19.8. Diritto all'apprendimento permanente

Il comma 2 dell'art. 20 della legge n. 81/2017 stabilisce che al lavoratore occupato in lavoro agile può essere riconosciuto il diritto all'apprendimento permanente, nel-

l'accordo che disciplina la prestazione di lavoro, che potrà essere realizzato in ciascuna delle modalità riconosciute dal D.Lgs. n. 13/2013 (formali, non formali o informali). La norma, infine, riconosce al lavoratore agile anche il diritto alla periodica **certificazione delle competenze** derivate dai percorsi di apprendimento effettuati.

### 19.9. Potere di controllo datoriale

Nell'art. 21, comma 1, della legge n. 81/2017 si prevede che l'accordo individuale che stabilisce lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile deve disciplinare anche l'esercizio del potere di controllo da parte del datore di lavoro sulla prestazione lavorativa resa al di fuori dei locali aziendali dal lavoratore agile, nel rispetto delle disposizioni contenute nell'art. 4 della legge n. 300/1970, come modificato dall'art. 23 del D.Lgs. n. 151/2015 e integrata dal D.Lgs. n. 185/2016. La norma dello Statuto dei Lavoratori richiamata detta, dunque, la nuova disciplina in materia di installazione e utilizzo di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo che consentano anche potenzialmente il **controllo a distanza dei lavoratori**. Va osservato che, data la peculiarità del lavoro agile, l'esercizio del potere di **controllo** sull'attività è da ritenersi, non solo **legittimo**, ma **opportuno**: l'obbligazione principale viene caratterizzata da quella accessoria, restando fermi i presupposti normativi della prima. Tale opera di controllo è, a maggior ragione, necessaria anche a tutela del dipendente, posto che, oltre a poter **rilevare potenziali inadempimenti**, il titolare deve **garantire il diritto alla disconnessione**, verificando che la prestazione non si protragga oltre l'orario pattuito. In ogni caso, al fine di limitare possibili ipotesi di contenzioso, risulta **utile prevedere**, all'interno dell'**accordo individuale**, le **modalità di esercizio del potere di controllo** del datore in maniera quanto mai dettagliata e compiuta (obbligatoria ai sensi dell'art. 21, legge n. 81/2017). Peraltro, come per l'obbligazione principale, anche nel lavoro agile ove al lavoratore non sia data «**adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e dei controlli**» (art. 4, comma 3, legge n. 300/1970), le relative risultanze non potranno essere utilizzate a fini disciplinari.

### 19.10. Potere disciplinare

Il comma 2 dell'art. 21 della legge n. 81/2017 prevede che nell'**accordo individuale**, dove si stabilisce lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile, devono essere **specificamente individuati i comportamenti** riguardanti l'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali **dai quali scaturisce l'applicazione di sanzioni disciplinari**. Così, ad esempio, il lavoratore ai sensi dell'art. 2105 cod. civ. non deve divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio, e viola il dovere di fedeltà se acquisisce dati archiviati in una cartella riservata del sistema informatico aziendale, non attinenti all'attività lavorativa (Cass. civ., Sez. lav., 9 gennaio 2007, n. 153). La norma va letta in uno con le disposizioni dell'art. 7 della legge n. 300/1970, in materia di sanzioni disciplinari i cui commi 1, 2 e 3 furono dichiarati illegittimi da Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204 con l'effetto

che i licenziamenti disciplinari, indipendentemente dal fatto che l'art. 7 sia richiamato, possono essere legittimamente intimati soltanto nel rispetto della procedura nello stesso disciplinata, con riguardo ai primi tre commi:

- pubblicità ed affissione della normativa disciplinare (comma 1);
- preventiva comunicazione dell'addebito e difesa del lavoratore (comma 2);
- possibilità del lavoratore di farsi assistere da un Rappresentante sindacale (comma 3).

Alla luce dell'art. 7, comma 1, della legge n. 300/1970, dunque, anche il lavoratore agile troverà tutela specifica nell'esigenza di una preventiva pubblicità della normativa disciplinare applicabile al proprio rapporto di lavoro.

In ogni caso, il datore sarà chiamato a predisporre e a contrattare un accordo individuale dettagliato con il lavoratore, pena l'impossibilità di infliggere sanzioni ovvero il rischio di pronunce di illegittimità dei provvedimenti comminati. Giova, in particolare, individuare - e predeterminare - con estrema precisione qualsivoglia tipologia di condotta cui far discendere l'irrogazione di sanzioni. Seppur nel silenzio legislativo, parrebbe opportuno prevedere all'interno del contratto individuale indicazioni sulle sanzioni applicabili nel rispetto di quanto previsto dalla contrattazione collettiva.

### 19.11. Comunicazione obbligatoria

L'art. 41-*bis* del D.L. n. 73/2022, convertito dalla legge n. 122/2022, ha modificato l'art. 23, comma 1, della legge n. 81/2017, allo scopo di semplificare l'obbligo di comunicazione del lavoro agile. La norma è stata poi attuata dal D.M. n. 149 del 22 agosto 2022 che ha introdotto il nuovo modulo per la comunicazione telematica denominato «**Comunicazione Accordo di Lavoro agile**» (Allegato 1, DM n. 149/2022) che ha contestualmente sostituito la precedente «*Comunicazione accordo di smart working*» (circ. INAIL 2 novembre 2017, n. 48). Il modulo è messo a disposizione dal Ministero del lavoro attraverso il portale dei servizi on-line, accessibile tramite autenticazione SPID e CIE.

**Elementi obbligatori** della comunicazione sono:

- durata dell'accordo (a termine o a tempo indeterminato);
- alternanza tra i periodi di lavoro all'interno e all'esterno dei locali aziendali;
- luoghi eventualmente da escludere;
- orario minimo di avvio e orario massimo di fine prestazione di lavoro;
- tempi di riposo e misure per assicurare la disconnessione;
- modalità di effettuazione della prestazione lavorativa da remoto e i riflessi sul potere direttivo e organizzativo;
- strumenti di lavoro;
- forme e modalità di controllo della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali;
- attività formativa necessaria per svolgere il lavoro agile;
- forme e modalità di esercizio dei diritti sindacali;
- elenco dispositivi di protezione individuale forniti;
- modalità e motivazioni per il recesso anticipato.

Per quanto attiene al **termine entro il quale operare la comunicazione**, il Ministero del Lavoro ha affermato che l'adempimento si riferisce a una mera trasformazione della modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, per cui in chiave di semplificazione la comunicazione va effettuata entro il termine di cinque giorni dalla stipula dell'accordo di lavoro agile (similmente alle fattispecie previste dall'art. 4-bis, comma 5, del D.Lgs. 21 aprile 2000, n. 181), stabilendo altresì che in fase di prima applicazione la comunicazione poteva essere inviata telematicamente entro il 1° novembre 2022. Peraltro, l'art. 25-bis del D.L. n. 115/2022 ha prorogato al 31 dicembre 2022 il termine fino al quale nel settore privato era possibile ricorrere al lavoro agile, in assenza di accordi individuali, per cui le aziende che utilizzano ancora tale modalità di lavoro agile semplificato fino a fine 2022 informano il Ministero del Lavoro della presenza di lavoratori in *smart working* con la comunicazione massiva attivata per la fase emergenziale (un file Excel con nominativi e codici fiscali).

Sul piano delle sanzioni l'art. 23, comma 1, della legge n. 81/2017, stabilisce che in caso di mancata comunicazione si applica la sanzione prevista dall'articolo 19, comma 3, del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, vale a dire la **sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 500 euro** per ogni lavoratore interessato: tuttavia il nuovo primo comma dell'art. 23 della legge n. 81/2017 (come modificato dall'art. 41-bis del D.L. n. 73/2022), non richiama più l'art. 9-bis del D.L. n. 510/1996, né contiene indicazioni circa il termine entro cui ottemperare all'obbligo di comunicazione. La mancata previsione di un termine espresso per l'adempimento non consente di applicare la sanzione per il ritardo (art. 1, legge n. 689/1981, principio di legalità), rimane però sanzionabile l'omissione, vale a dire la totale mancanza della comunicazione obbligatoria di cui al D.M. n. 149/2022, accertata in base allo svolgimento di lavoro agile in azienda da oltre 30 giorni (termine massimo entro il quale – ai sensi del D.Lgs. n. 152/1997, come modificato dal D.Lgs. n. 104/2022 – il lavoratore agile deve essere informato delle nuove condizioni di lavoro).

### 19.12. Sicurezza sul lavoro

Con l'art. 22 della legge n. 81/2017 si evidenziano profili essenziali (forse anche minimalisti) di **tutela prevenzionistica** a favore del lavoratore occupato in modalità di **lavoro agile**. In particolare, il comma 1 della disposizione fa obbligo al datore di lavoro di **garantire la salute e la sicurezza del lavoratore** che deve svolgere la prestazione lavorativa in modalità di lavoro agile. A questo fine specifico, peraltro, la norma obbliga il datore di lavoro a consegnare, con cadenza almeno annuale, al lavoratore, ed anche e al Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS), una **informativa scritta** nella quale devono essere individuati i rischi generali e quelli specifici che sono connessi alla peculiare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro.

L'art. 3, comma 10, del D.Lgs. n. 81/2008, prevede un **regime speciale di tutela** per il **lavoro a domicilio** e più in particolare per il **telelavoro**, che qualifica una particolare modalità di esecuzione della prestazione lavorativa svolta non all'interno dell'ambiente di lavoro del datore, ma all'esterno dell'azienda, presso il domicilio dello stesso lavoratore e presso terzi, servendosi di un'apparecchiatura tecnologica

con tanto di videoterminale, collegata attraverso la rete ovvero ad un *cloud* o un *server* funzionali allo scambio di dati. La continua evoluzione tecnologica, la flessibilità che questa induce ha esposto il mercato del lavoro a fattori ai quali ci si deve adattare in fretta.

La legge n. 81/2017, d'altro canto, nel comma 2 dell'art. 22, impone al **lavoratore l'obbligo di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione** predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali. Si ricava il precetto normativo dal combinato disposto, di due norme artt. 18 e 22 della legge n. 81/2017, di non facile interpretazione in quanto tentano di conferire maggiori tutele al lavoratore agile, ma allo stesso tempo risultano formulate in modo quasi generico in quanto sembrano attribuire al datore di lavoro la responsabilità sia per quanto riguarda la salute e la sicurezza del lavoratore all'interno dei luoghi di lavoro dell'azienda che per quella parte di prestazione svolta all'esterno. Manca, peraltro, una specifica norma di coordinamento con il D.Lgs. n. 81/2008 provocando così molte incertezze circa gli obblighi specifici di sicurezza a carico del datore di lavoro per quanto riguarda la prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali.

Vi è così chi tende a riconoscere una responsabilità del datore di lavoro *c.d.* "piena", per tutti i rischi per la salute e la sicurezza legati alla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali; a fronte di chi, invece, partendo da una interpretazione logico - sistematica riconosce una responsabilità limitata alle attrezzature di lavoro fornite e ai correlati adempimenti (sorveglianza sanitaria, informazione, formazione, addestramento, *ecc.*) secondo quanto prevede il comma 10 dell'art. 3, del D.Lgs. n. 81/2008.

L'INAIL d'altro canto in materia di assicurazione sugli infortuni, si è espressa per la responsabilità piena (circ. n. 48/2017). Tuttavia, a norma dell'art. 19 della legge n. 81/2017, la prestazione può essere resa in un qualsiasi luogo esterno, quindi non solo a casa o in spazi di *coworking*, ma anche in luoghi pubblici o addirittura dedicati allo svago secondo quanto concordato nell'accordo individuale. Inoltre, in termini pratici, non si comprende come potrebbe il datore di lavoro avere un controllo sul luogo scelto dal lavoratore agile e garantirne la sicurezza.

L'INAIL ha sottolineato che l'informativa che il datore di lavoro deve fornire al lavoratore deve riguardare anche il corretto utilizzo delle attrezzature e apparecchiature eventualmente messe a disposizione nello svolgimento della prestazione in modalità di lavoro agile, assicurandosi che detti strumenti siano conformi al titolo III del già citato D.Lgs. n. 81/2008, nonché alle *«specifiche disposizioni legislative e regolamentari di recepimento delle Direttive comunitarie di prodotto, facendosi carico di garantire nel tempo la permanenza dei requisiti di sicurezza con un'adeguata manutenzione»*.

La portata minimalista dell'obbligo generale di prevenzione dettato dalla norma muove dal presupposto che il datore di lavoro non ha la materiale disponibilità degli ambienti nei quali il lavoratore agile svolge la propria prestazione lavorativa: d'altro canto, alla luce del sistema di tutele delineato dal D.Lgs. n. 81/2008, nei riguardi del **dipendente impegnato in attività lavorativa resa in modalità di lavoro agile** dovrebbero essere **riconosciute** espressamente **almeno queste tutele**:

- in base al Titolo III del D.Lgs. n. 81/2008: fornitura ed utilizzo di attrezzature,

- strumenti di lavoro e dispositivi di protezione individuale effettuata secondo le previsioni del Testo Unico;
- in base al Titolo VII del D.Lgs. n. 81/2008: pause obbligatorie e sorveglianza sanitaria per l'utilizzo dei videoterminali quando la prestazione avviene attraverso l'uso di strumentazione informatica e telematica;
  - in base al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008: formazione, informazione e addestramento del lavoratore.

### 19.13. Assicurazione per infortuni e malattie professionali

Al lavoratore agile spettano le **stesse tutele INAIL del lavoratore stanziale** che presta la sua attività in azienda, senza costi aggiuntivi per il datore di lavoro. Precisamente, ai sensi del comma 2 dell'art. 23 della legge n. 81/2017 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, come precisato dalla circ. INAIL n. 48/2017, con l'**eccezione** dei casi in cui ricorra il **rischio elettivo**. Il lavoratore ha quindi diritto alla tutela durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello scelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui all'art. 2, comma 3, del D.P.R. n. 1124/1965 (interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate), quando la scelta del luogo della prestazione è dettata da esigenze connesse alla prestazione o dalla necessità del lavoratore di conciliazione vita-lavoro e risponda a criteri di ragionevolezza (art. 23, comma 3, legge n. 81/2017).

La circ. INAIL n. 48/2017 ha precisato quanto segue:

- la prestazione resa in modalità di lavoro agile comporta l'estensione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali: l'analisi di tale lavorazione non differisce da quella normalmente compiuta in azienda, e quindi la classificazione tariffaria segue quella della medesima lavorazione svolta in azienda;
- i lavoratori "agili" vanno assicurati all'INAIL se, per svolgere l'attività, sono esposti alle fonti di rischio ex art. 1 del D.P.R. n. 1124/1965, fra cui rientra anche il rischio elettrico per l'uso di macchine da ufficio;
- gli infortuni occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello scelto per svolgere la prestazione all'esterno dei locali aziendali sono tutelati quando tale percorso sia connesso a esigenze legate alla prestazione o alla necessità di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza;
- il lavoratore "agile" è tutelato anche per gli infortuni connessi alle attività prodromiche e accessorie, purché strumentali allo svolgimento delle mansioni;
- l'accordo tra le parti è lo strumento "principe" per individuare i rischi cui il lavoratore è esposto e i riferimenti spazio-temporali per riconoscere le prestazioni: se nell'accordo mancano indicazioni, per l'indennizzabilità dell'infortunio sono necessari specifici accertamenti per verificare che l'attività svolta fosse

strettamente connessa con quella lavorativa, in quanto necessitata e funzionale, sebbene svolta all'esterno dei locali aziendali;

- i datori non hanno obbligo di denuncia ai fini assicurativi se il personale, già assicurato per le attività in ambito aziendale, è adibito alle medesime mansioni in modalità “agile” che non determinano una variazione del rischio.

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX