

Pubblicazioni a cura del Dipartimento di Diritto privato e pubblico dell'economia

Lavoro, mercato, valori (a cura di M. Napoli)

La professionalità (a cura di M. Napoli)

La Carta di Nizza (a cura di M. Napoli)

L. Mengoni, *Il contratto di lavoro* (a cura di M. Napoli)

L. Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa* (a cura di M. Napoli)

Sistema creditizio e sviluppo locale (a cura di M. Napoli)

La responsabilità sociale delle imprese (a cura di M. Napoli)

Globalizzazione e rapporti di lavoro (a cura di M. Napoli)

Alle radici del sindacalismo italiano (a cura di M. Napoli)

Impresa, mercati, regole (a cura di M. Napoli)

La solidarietà (a cura di M. Napoli)

M. Napoli, *Il sindacato*

G. Floridia, *La giustizia come servizio pubblico essenziale*

La dignità (a cura di M. Napoli)

A. Occhino, *Volontariato, diritto e modelli organizzativi*

M. Napoli - V. Ferrante - M. Corti - A. Occhino, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*

M. Corti, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*

La libertà (a cura di M. Napoli)

M. Napoli, *RSA e Costituzione. La giurisprudenza della Corte costituzionale*

L'eguaglianza (a cura di A. Occhino)

Lavoro, cittadinanza, famiglia (a cura di V. Ferrante)

Il lavoro nelle Carte internazionali (a cura di M. Corti)

La Corte costituzionale e l'economia (a cura di M. Massa)

Il lavoro e i suoi luoghi (a cura di A. Occhino)

Di prossima pubblicazione

L. Brunetti, *Autodichia delle Camere*

A. Occhino, *Volontariato, diritto ed enti del terzo settore*

a cura di

ANTONELLA OCCHINO

IL LAVORO E I SUOI LUOGHI

Cristina Alessi, Mirko Altimari, Domenico Bodega, Guido Canavesi, Madia D'Onghia, Maurizio Del Conte, Potito Di Nunzio, Michele Faioli, Vincenzo Ferrante, Gabrio Forti, José Luis Gil y Gil, Enrico Gragnoli, Luca Nogler, Antonella Occhino, Ivana Pais, Giuseppe Santoro Passarelli, Carla Spinelli, Lucia Valente, Pier Antonio Varesi, Tiziano Treu



VITA E PENSIERO | RICERCHE
DIRITTO

INDICE

ANTONELLA OCCHINO	
Nota del Curatore	XI
TIZIANO TREU	
Introduzione	XIII

PARTE PRIMA Il lavoro in città

DOMENICO BODEGA	
Lavoro, città, organizzazioni	3
GABRIO FORTI	
Lavoro, città, diritto	9
ANTONELLA OCCHINO	
Per una geografia giuridica del lavoro	11
GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI	
Modalità di lavoro e nuove collaborazioni	21
LUCA NOGLER	
Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative	27
MADIA D'ONGHIA	
Ritmi di lavoro e vita familiare	47

La pubblicazione di questo volume ha ricevuto il contributo finanziario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore sulla base di una valutazione dei risultati della ricerca in essa espressa (D.3.1.).

www.vitaepensiero.it

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail: autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org

PARTE SECONDA
Il lavoro e il mercato

PIER ANTONIO VARESI

Le competenze di Stato e Regioni in materia di politica attiva
del lavoro 69

MAURIZIO DEL CONTE

Politiche attive e rete nazionale dei servizi per l'impiego 95

LUCIA VALENTE

Sinergie di politica attiva tra Stato e Regioni 101

GUIDO CANAVESI

Nuove risposte alla "offerta" di lavoro 107

POTITO DI NUNZIO

Nuove risposte alla "domanda" di lavoro 113

VINCENZO FERRANTE

Una (minima) analisi dei dati dal punto di vista del *trade-off*
fra crescita dell'occupazione e riduzione delle tutele 119

PARTE TERZA
Il lavoro a distanza

VINCENZO FERRANTE

Il lavoro a distanza e il diritto "alla disconnessione" 125

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Smart working. Il lavoro "fuori" 131

IVANA PAIS

Distanza e reti 153

MICHELE FAIOLI

Gig-Economy e Market Design tra mercato del lavoro
e piattaforme digitali 159

CARLA SPINELLI

Tecnologie digitali e organizzazione del lavoro: lo *smart-working*
è davvero la nuova frontiera della conciliazione vita-lavoro? 171

MIRKO ALTIMARI

Il diritto alla disconnessione: un "vecchio" diritto ineffettivo? 181

CRISTINA ALESSI

Lavoro e conciliazione nella legislazione recente 189

ENRICO GRAGNOLI

La distanza come misura degli spazi contrattuali 205

Gli Autori

221

Del resto, è stato osservato come senz'altro debba aversi una differenziale prospettazione tra il caso del prestatore di lavoro il cui comportamento mettersi o stare a disposizione sia "sostanzialmente richiesto dal datore di lavoro, perché funzionale ad un certo assetto dei suoi interessi il cui 'costo' egli abbia preventivato, ovvero sia oggetto di un onere in senso proprio a carico del lavoratore in vista del conseguimento"¹⁹ non costituendo in quest'ultimo caso oggetto dell'obbligazione di lavoro.

Vi è poi un profilo insopprimibile legato alla libertà del lavoratore anche in rapporto alla programmabilità del proprio tempo su cui la Corte costituzionale è intervenuta a partire dalla nota sentenza 210/1992 in tema di part time – fattispecie mi verrebbe da dire idealtipica su cui più ancora che nel tempo pieno si scaricano le tensioni in ordine alla compatibilità nel caso concreto tra i poteri del datore di lavoro di determinare la collocazione della prestazione lavorativa e l'interesse alla libera disponibilità del tempo di non lavoro: da qui ad esempio le questioni relative all'apposizione delle clausole di elasticità.

In ogni caso sarebbero da tenere in considerazione ulteriori questioni per quel che riguarda il datore di lavoro. Accenniamo schematicamente solo a due:

i) il potere dello stesso di contattare attraverso strumenti digitali il prestatore di lavoro al fine di richiedere l'esecuzione di una prestazione di lavoro aggiuntiva o se vogliamo, di converso, l'obbligo del prestatore di lavoro di tenersi connesso è sottoposto a limiti ben stringenti, in primo luogo – anche in mancanza di esplicite pattuizioni – alle clausole generali di buona fede e correttezza;

ii) non si può dimenticare l'obbligo ex art. 2087 c.c., norma di chiusura quanto mai opportuna che impone all'imprenditore di porre in essere le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica (e la personalità morale) del lavoratore. Questo perché è difficile non rilevare come il diritto alla salute abbia ancora un carattere prevalente con precipuo riferimento agli istituti che limitano la durata giornaliera della prestazione lavorativa (e quindi pause e riposo giornaliero).

Su quest'ultimo aspetto però occorrerebbe riflettere circa le conseguenze dell'ipotetico passaggio dal diritto di disconnessione al corrispondente obbligo: concordo con le perplessità manifestate²⁰, anche perché su tali profili, concernenti aspetti complessi, che possono riguardare ad esempio la propria identità professionale, compete indagare ricorrendo anche all'ausilio di altre scienze umane, in primo luogo la sociologia e la psicologia del lavoro.

¹⁹ C. CESTER - M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile. Sub art. 2104*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 23.

²⁰ E. GRAGNOLI, *La distanza come misura degli spazi contrattuali*, in questo volume.

CRISTINA ALESSI

Lavoro e conciliazione nella legislazione recente

1. *Tempi di lavoro e tempi di vita tra conciliazione e condivisione*

Discutere di autonomia in relazione a famiglia, ruoli e conciliazione alla luce delle più recenti innovazioni legislative implica una valutazione prognostica, in qualche modo, dell'efficacia degli interventi del legislatore su tutti questi aspetti. È un discorso che chiama in causa anzitutto le questioni legate alla conciliazione lavoro-famiglia e che non interessa più soltanto il lavoro subordinato, ma anche il lavoro autonomo e libero professionale, come dimostrano le più recenti riforme in materia. Proprio queste riforme, anzi, sono un sintomo di quanto il lavoro autonomo, anche nelle sue forme più innovative come quelle legate alla rete, non sia più il campo della libertà di scelta di tempi e luoghi di lavoro, ma al contrario cominci a richiedere diritti e tutele molto simili, per questi profili (ma non solo), a quelle presenti nel rapporto di lavoro subordinato.

Prima di affrontare il tema centrale di queste riflessioni, è opportuno fare alcune precisazioni, utili a comprendere il percorso che si cercherà di seguire.

In primo luogo, le questioni legate alla conciliazione lavoro-famiglia, ormai da molto tempo, non riguardano più solo la cura dei figli; l'innalzamento dell'età media della popolazione ha prodotto cambiamenti demografici tali per cui la questione della cura degli anziani non può più essere affrontata in maniera episodica, richiedendo invece un approccio strutturale. È in questo quadro che devono leggersi, per esempio, gli interventi sull'età pensionabile e dunque sul prolungamento della vita attiva nell'ottica del cd. *active ageing*¹. Sul piano della disciplina dei rapporti di lavoro, la prospettiva è ancora molto limitata; penso soprattutto al congedo per l'assistenza a un disabile in condizioni di gravità, che copre solo una delle molte esigenze di cura che possono presentarsi in una fa-

¹ F. RAVELLI, *Alcune questioni in tema di pensioni e turn over generazionale*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2015, I, pp. 347 ss.

miglia. Per non dire poi che su questi profili occorrerà anche confrontarsi con le più recenti previsioni normative in materia di famiglia, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea; in questi casi, infatti, può venire in considerazione un concetto di famiglia più ampio rispetto a quello a cui siamo abituati² e che è ancora, per molti aspetti, alla base delle nostre previsioni normative.

Un secondo profilo che mi pare opportuno segnalare è che quando si parla di conciliazione lo si dovrebbe fare in un'ottica diversa da quella, molto diffusa, secondo la quale la questione riguarda quasi esclusivamente le donne. Qualsiasi intervento legislativo di promozione della conciliazione lavoro-famiglia dovrebbe porsi perciò nell'ottica, più moderna, della promozione della condivisione dei ruoli familiari. Anche questa prospettiva non è nuova, in verità; sul punto si è pronunciata più volte la Corte di giustizia³ e la stessa Corte costituzionale, quando si è trovata a dover decidere dell'estensione del congedo di maternità ai lavoratori padri, anche autonomi/libero professionisti⁴ e in questo senso si sta muovendo (non da ora) l'Unione europea⁵.

La Corte di giustizia, in particolare, in un caso in cui un padre lavoratore subordinato chiedeva di usufruire dei permessi "per allattamento" concessi alle madri, dal momento che la moglie non era lavoratrice

² Sul punto si v. F. MALZANI, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 238/2015, spec. pp. 9 ss.; M. MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in V. FERRANTE (a cura di), *Lavoro, cittadinanza, famiglia*, Milano, Vita e Pensiero, 2016, p. 82 ss.

³ Si v., ad es., CGE 16.7.2015, c-222/14, *Maistrellis*, che sottolinea come la politica familiare deve essere collocata "nel contesto della promozione della partecipazione delle donne alla vita attiva" e che "gli uomini dovrebbero essere incoraggiati ad assumere uguali responsabilità familiari, ad esempio prendendo un congedo parentale" (punto 40 della sentenza).

⁴ La giurisprudenza della Corte costituzionale sui padri liberi professionisti ha visto, per la verità, sia atteggiamenti di apertura che di chiusura. Per un riepilogo della vicenda si v. L. CALAFÀ, *Padri liberi professionisti e tutela economica della maternità: la parabola interpretativa della Corte costituzionale*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2011, II, pp. 359 ss. *Sulle modifiche intervenute in materia di congedi per i lavoratori autonomi dopo il Jobs Act* si v. L. CALAFÀ, *Le misure di conciliazione vita-lavoro: un quadro di sintesi*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, cit., pp. 693 ss.; R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il D.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2016, pp. 14 ss.

⁵ Si v. di recente la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare del 26.4.2017, COM(2017) 253 final e la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'iniziativa per sostenere l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare di genitori e prestatori di assistenza che lavorano*, 26.4.2017, COM(2017) 252 final.

subordinata, ha sottolineato che la concessione del permesso in chiave esclusivamente di sostituzione della madre e non come titolarità diretta è "tale da perpetuare una distribuzione tradizionale dei ruoli tra uomini e donne mantenendo gli uomini in un ruolo sussidiario a quello delle donne per quanto riguarda l'esercizio della funzione genitoriale"⁶.

Eppure, nonostante queste posizioni, se si apre la pagina di ClicLavoro, il portale della rete dei servizi per le politiche del lavoro, si legge che "parlare di conciliazione dei tempi di vita privata e di lavoro significa necessariamente parlare di donne" e che "gli impegni familiari si concentrano sulle spalle di donne e mamme". In effetti, che questa sia la situazione è innegabile; che non si possa incidere su di essa, attraverso politiche mirate (non solo) di *welfare*, superando così gli stereotipi e gli ostacoli a una maggiore condivisione è del tutto falso, come dimostrano le analisi sociologiche più recenti⁷. È solo attraverso politiche di questo genere, che guardino cioè alla condivisione più che alla conciliazione, che si può incrementare la partecipazione e la permanenza delle donne nel mercato del lavoro⁸.

In Italia, la suddivisione tra uomini e donne del lavoro di cura è nettamente sbilanciata: le indagini ISTAT segnalano un forte squilibrio nella quantità di tempo dedicato rispettivamente da uomini e donne alle attività di cura della famiglia, anche a parità di lavoro "esterno"⁹. Che le cose stiano (lentamente) cambiando lo dimostrano alcune ricerche recenti che evidenziano l'interesse dei padri lavoratori a partecipare maggiormente alla vita familiare, ma si tratta di aperture ancora limitate. Si tratta ora di capire in che modo gli interventi normativi più recenti incidano sulla condivisione dei ruoli familiari e sulla conciliazione lavoro-famiglia, in particolare consentendo di gestire in maniera più autonoma il rapporto tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro.

⁶ CGE 30.9.2010, C-104/9, *Roca Alvarez*, punto 36 della sentenza.

⁷ Si v., ad esempio, C. GAIASCHI, *Oltre il modello dual earner-dual carer: dalla conciliazione condivisa per tutt* alla conciliazione condivisa fra tutt**, in «About gender», 2014, vol. 3, 6, reperibile sul sito <https://riviste.unige.it/aboutgender/>.

⁸ D. LA ROCCA, *Differenze di genere e responsabilità di cura nell'ordinamento giuridico della crisi*, in «About gender», 2014, vol. 3, 6, reperibile sul sito <https://riviste.unige.it/aboutgender/>; M.L. PRUNA, *Donne al lavoro. Una rivoluzione incompiuta*, Bologna, Il Mulino, 2007, spec. pp. 114 ss.; L. CALAFÀ, *Paternità, lavoro e conciliazione condivisa nel diritto europeo*, in EAD. (a cura di), *Paternità e lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 23 ss.

⁹ ISTAT, *I tempi della vita quotidiana*, reperibile all'indirizzo www.istat.it. Sulla questione si v. anche R. CARRIERO - L. TODESCO, *Indaffarate e soddisfatte. Donne, uomini e lavoro familiare in Italia*, Roma, Carocci, 2016, spec. pp. 59 ss.

2. *Concilia? Le previsioni in materia di congedi di maternità/paternità e congedi parentali nel d.lgs. n. 80/2015*

Una migliore conciliazione dipende anche dalla possibilità di gestire in maniera flessibile i congedi concessi ai genitori. In questa direzione mi pare che si muovano alcune delle previsioni del d.lgs. n. 80/2015, per quanto riguarda sia le previsioni in tema di maternità, sia quelle dedicate ai congedi parentali.

Il congedo di maternità, com'è noto, è l'unica misura che deve essere fruita in via prioritaria dalla madre per evidenti ragioni di natura biologica; in questo caso il congedo è legato alla tutela della salute della lavoratrice, oltre che all'esigenza di costruire una relazione tra genitore e figlio nei primi mesi di vita¹⁰. Per questa ragione il congedo è riconosciuto al padre solo in alternativa alla madre e a fronte di situazioni di impossibilità per la madre di accudire il figlio (morte, grave infermità o abbandono).

Non è possibile scendere nel dettaglio dell'esame delle singole previsioni; si può sottolineare, tuttavia, che la disciplina neo-introdotta (anche in materia di lavoro autonomo e libero professionale) sembra andare nella direzione di una (parziale) disponibilità del diritto all'astensione dal lavoro per il periodo previsto dalla legge.

Mi riferisco, in particolare, alla possibilità, prevista ora dall'art. 16-bis del Testo Unico in materia di Maternità e Paternità (d'ora in avanti TUMP), di chiedere la sospensione del congedo in caso di ricovero ospedaliero del bambino, con ripresa della decorrenza del periodo di congedo al momento del rientro. In questo caso, così come in quello dell'aborto spontaneo o terapeutico di cui all'art. 16, comma 1-bis, dello stesso TUMP, alla lavoratrice è data la possibilità (sia pure dietro presentazione di certificato medico che attesti la sua buona salute) di riprendere il lavoro. Le previsioni, che in verità sono semplici "aggiustamenti tecnici" richiesti dal d.lgs. 119/2011 e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 116/2011¹¹, dimostrano che la finalizzazione del congedo al recupero delle energie e della forma fisica dopo il parto non è prevalente rispetto alle esigenze di accudimento del bimbo nel primo periodo di vita. Nel caso delle lavoratrici autonome questo aspetto è evidente, dal momento che l'erogazio-

¹⁰ Sulle finalità dei congedi di maternità e paternità si v. L. CALAFÀ, *Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, spec. pp. 82 ss.; D. GOTTARDI, *Il congedo di maternità per le lavoratrici subordinate*, in EAD. (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 14 ss.

¹¹ L. CALAFÀ, *Le misure di conciliazione*, cit., pp. 698 ss.; R. NUNIN, *I congedi parentali dopo il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80*, cit., pp. 15 ss.

ne dell'indennità di maternità non è subordinata all'astensione effettiva dall'attività lavorativa¹². Lo stesso vale per i padri lavoratori autonomi, che possono fruire dell'indennità di maternità, in alternativa alla madre, negli stessi casi visti prima (morte, malattia grave, abbandono del figlio da parte della madre).

Il congedo di maternità è, dunque, flessibile. Questo è certamente un aspetto positivo, nell'ottica di una maggiore aderenza alle esigenze della madre/del padre e del bambino. Viene da chiedersi se una simile apertura non prelude, però, a una riduzione del diritto all'astensione, come la dottrina non ha mancato di segnalare¹³. La previsione, tuttavia, potrebbe aprire la strada anche a pratiche virtuose, se viste nell'ottica della condivisione. Si potrebbe pensare, ad esempio, alla cessione di una parte del congedo di maternità al padre anche al di fuori dei casi patologici espressamente previsti dalla legge, una volta che siano salvaguardate le esigenze di salute della madre¹⁴. In altre parole, se queste esigenze non sono collegate in maniera esclusiva alla funzione biologica, come sembra di poter dire alla luce delle riforme più recenti, perché non pensare che una parte di questo periodo possa essere goduto anche dal padre, magari insieme alla madre? Certo, la soluzione ottimale sarebbe il riconoscimento di un periodo di astensione obbligatoria per il padre lavoratore più lungo di quello attualmente previsto dalla nostra legislazione¹⁵, oppure l'elevazione della percentuale di retribuzione erogata al lavoratore durante il congedo parentale, come avviene in alcuni Stati europei¹⁶, in

¹² Si v. le osservazioni di R. NUNIN, *Diritti e tutele per i genitori liberi professionisti e lavoratori autonomi*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 113 ss.

¹³ F. MALZANI, *Politiche di conciliazione, partecipazione delle donne al mercato del lavoro e sfide demografiche*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2015, I, p. 109, segnala che una norma come quella citata potrebbe mettere in discussione "se non l'obbligatorietà *tout court* dell'astensione, magari la sua durata complessiva".

¹⁴ Anche la Corte di giustizia ha riconosciuto la polifunzionalità del congedo di maternità, ammettendo la possibilità (prevista dalla legislazione spagnola) della cessione al padre della quota di congedo ulteriore rispetto a quella obbligatoria per la madre: Cgce 19.9.2013, C-5/12, *Marc Betriu Montull*. Sul punto si v. le osservazioni di L. CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 44 ss.

¹⁵ Il nostro ordinamento prevede attualmente un congedo obbligatorio per il padre lavoratore (anche adottivo o affidatario) di due giorni, elevati a quattro per il solo 2018, e un congedo facoltativo di un giorno, sempre per il 2018, in alternativa alla madre, che dovrà dunque rientrare al lavoro un giorno prima.

¹⁶ Sulla situazione esistente nei diversi Paesi dell'Unione europea si v. Eurofound, *Promoting uptake of parental and paternity leave among fathers in the European union*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, spec. 3 ss.

modo da favorirne l'utilizzo da parte dei padri¹⁷, anche contemporaneamente alla madre.

Sul fronte dell'incentivo alla condivisione dei ruoli genitoriali, invece, la nostra legislazione risulta ancora gravemente carente. Mi riferisco, in primo luogo, alla disciplina dell'astensione obbligatoria del padre lavoratore, che come si è visto è ancora molto limitativa e che pertanto non può sortire effetti positivi sotto il profilo della condivisione.

Da questo punto di vista, anche il ricorso ai congedi (questa volta) parentali da parte dei padri lavoratori è estremamente contenuto sia in Italia che in Europa (circa il 10% dei padri)¹⁸, sia per ragioni culturali, legate ai modelli familiari prevalenti, sia per la limitata retribuzione cui ha diritto il genitore durante il congedo¹⁹. In questo caso, peraltro, si parla di uno strumento per l'accesso al quale vi è una completa parificazione tra uomini e donne, perlomeno per quanto riguarda il lavoro subordinato, mentre per il lavoro autonomo vi sono ancora alcune differenze, che devono essere attentamente vagliate anche sotto il profilo della loro costituzionalità²⁰. Siamo ancora molto lontani, insomma, dal livello di alcuni Paesi scandinavi, in cui l'utilizzo dei congedi parentali da parte dei padri è massiccio, arrivando in qualche caso anche al 90%. È bene avvertire, però, che anche in questi Paesi ciò non significa che vi sia una completa parificazione delle donne rispetto agli uomini quanto a retribuzione e prospettive di carriera²¹. La strada della piena parità, insomma, è ancora lunga e non passa solo attraverso la conciliazione, che ne è però un tassello importantissimo.

Guardando per l'appunto alla disciplina dei congedi parentali, una novità significativa nella direzione della flessibilità di utilizzo del congedo è quella che riguarda la possibilità di fruire dei congedi su base oraria anche al di fuori delle previsioni della contrattazione collettiva, possibilità riconosciuta dall'art. 32, c. 1-ter, del TUMP, come modifica-

¹⁷ In questo senso pare muoversi la proposta di direttiva COM(2017) 253 final, già citata, che prevede il diritto a un congedo di paternità pari (almeno) a 10 giorni. Sulla necessità di prevedere un congedo individuale, non trasferibile e ben retribuito si v. D. DEL BOCA, *Perché ai padri (e ai bambini) serve un congedo più lungo*, in www.lavoce.info, 20.11.2015.

¹⁸ Si v. i dati riportati in V. VIALE - R. ZUCARO, *I congedi a tutela della genitorialità nell'Unione europea. Un quadro comparato per rileggere il Jobs Act*, in Working Paper ADAPT, n. 175/2015, 9 ss.

¹⁹ Oltre a questi fattori, ad influenzare la scelta dei padri lavoratori di ricorrere ai congedi c'è anche il timore dell'isolamento e della perdita di prospettive di carriera. Si v. sul punto la ricerca Eurofound, cit., 5; D. DEL BOCA, *Perché ai padri (e ai bambini) serve un congedo più lungo*, in www.lavoce.info, 20.11.2015.

²⁰ L. CALAFÀ, *Il congedo di paternità*, cit., p. 53; R. NUNIN, *Diritti e tutele*, cit., pp. 116 ss.

²¹ Si v. G. GALASCHI, *Oltre il modello dual earner-dual carer: dalla conciliazione condivisa per tutti* alla conciliazione condivisa fra tutti**, cit., spec. pp. 9 ss.

to dal d.lgs. n. 80/2015. Si tratta, a ben vedere, della possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a *part time* a scelta del lavoratore, in modo totalmente flessibile, tale cioè da adattare l'articolazione dell'orario di lavoro alle esigenze familiari che si presentano di volta in volta e che spesso non possono essere previste con largo anticipo. Questo strumento, accanto al diritto potestativo alla trasformazione (questa volta stabile, almeno per la durata del congedo) del rapporto di lavoro da tempo pieno a *part time* di cui all'art. 8, c. 7, del d.lgs. n. 81/2015, potrebbe rendere il congedo parentale uno strumento molto più duttile rispetto alle esigenze di cura e, al tempo stesso, evitare per i lavoratori o le lavoratrici coinvolte lunghi periodi di assenza totale dal lavoro, che spesso costituiscono ostacoli alla carriera e allo sviluppo professionale.

Da questo punto di vista, sono interessanti le prospettive, anche queste piuttosto innovative, legate all'erogazione di *vouchers* in sostituzione del congedo parentale e da godersi nel periodo di 11 mesi successivi al periodo di congedo di maternità, per l'acquisto di servizi di *baby sitting* o per il pagamento della retta di strutture pubbliche o private accreditate per i servizi all'infanzia. La misura, introdotta in via sperimentale per il periodo 2013-2015 dalla riforma Fornero, è stata prorogata prima per il 2016, poi per il 2017-2018 dalla legge di stabilità, con un limite importante dato dalle risorse disponibili²². In questo caso la possibilità è offerta solo alla madre lavoratrice subordinata o autonoma, ma non al padre lavoratore. Questo aspetto, che pare rivolto a favorire il rientro al lavoro delle donne dopo la maternità, anche nell'ottica di evitare gli effetti negativi sulla carriera dell'assenza prolungata dal lavoro, potrebbe porre qualche dubbio sulla possibile violazione del principio di uguaglianza. In verità, la finalità di favorire il rientro al lavoro e la considerazione del netto squilibrio tra i generi nel ricorso al congedo parentale dovrebbero far concludere per l'inquadramento della misura come un'azione positiva, pertanto legittimata nell'ottica dell'uguaglianza sostanziale. Certo, qualche dubbio permane, specie se si guarda alle situazioni che possono presentarsi nella pratica, ad esempio il caso del padre *single*. Sul punto occorrerebbe, dunque, un chiarimento da parte del legislatore.

Il sostegno alla genitorialità, alla condivisione e dunque a una migliore conciliazione tra lavoro e famiglia può essere realizzato dalla con-

²² Il beneficio è stato esteso dalla legge di bilancio 2017 (legge 11.12.2016, n. 232, art. 1, commi 356-357) a tutto il biennio 2017-2018, con alcuni limiti di spesa: il tetto è di 40 mln di euro per ciascuno dei due anni per le lavoratrici dipendenti e per le iscritte alla gestione separata e di 10 milioni di euro per ciascun anno per le lavoratrici autonome e imprenditori.

trattazione collettiva aziendale²³, anche attraverso gli strumenti riconducibili al cd. *welfare* aziendale, oggetto di incentivazione da parte delle ultime leggi di bilancio e sempre più spesso materia centrale della contrattazione collettiva nazionale e, soprattutto, di secondo livello²⁴. In questo caso gli strumenti incentivati (attraverso un'aliquota fiscale più favorevole o la totale detassazione, a seconda dei casi) sono le erogazioni aggiuntive della retribuzione corrisposte sotto forma di servizi di *welfare* o di *voucher* per l'acquisto di servizi legati, tra l'altro, all'infanzia o alla cura degli anziani²⁵. Si tratta dunque di strumenti già valorizzati dalla contrattazione collettiva²⁶, che tengono conto delle tendenze di cui parlavo all'inizio, da un lato, e che legano una parte della retribuzione alle esigenze di conciliazione, dall'altro. Si può dire allora che in qualche misura dette esigenze entrano, attraverso questi incentivi, nello scambio contrattuale.

²³ L'art. 25 del d.lgs. n. 80/2015 ha previsto incentivi, sotto forma di sgravi contributivi, per le misure di conciliazione tra vita professionale e vita privata previste dalla contrattazione collettiva aziendale. I criteri di concessione dei contributi sono stati definiti solo con il d.m. 12.9.2017. Sulla questione si v. L. CALAFÀ, *Contrattare incentivi per la conciliazione tra vita professionale e vita privata*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2018, pp. 33 ss.

²⁴ Si v. l'accordo del 14.1.2016 tra CGIL, CISL e UIL, che sottolinea che "lo sviluppo del welfare contrattuale, sia a livello nazionale che aziendale e/o di territorio, può rappresentare un terreno di crescita del 'benessere organizzativo' e di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nel quadro di un miglioramento complessivo della produttività e delle condizioni di lavoro". Sull'importanza del welfare nella contrattazione (nazionale e aziendale) nel 2017 si v. ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia (2017). IV Rapporto Adapt*, Adapt University Press, 2018, spec. pp. 207 ss. e ADAPT, *Primo rapporto su Il welfare aziendale e occupazionale in Italia*, Adapt University Press, 2018. Le misure di conciliazione come strumenti di *welfare* sono previste anche dal CCNL dei Metalmeccanici del 2017, ma è ovviamente a livello locale che si registrano gli accordi più significativi: si v. sul punto le osservazioni di F. MALZANI, *Lavoro di qualità e contrattazione decentrata. L'esperienza bresciana*, in C. ALESSI - L. GUAGLIANONE (a cura di), *Ragioni e passioni della contrattazione collettiva di secondo livello*, Roma, Aracne, 2017, spec. pp. 150 ss.; R. NUNIN, *Game over o rilancio? La contrattazione della flessibilità dopo il Jobs Act*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2016, I, pp. 385 ss.; U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Wolters Kluwer, 2017, 161 ss.

²⁵ Si v. i contributi raccolti nel volume a cura di F. DI NARDO, *Un welfare aziendale per le donne. Strumenti a sostegno della conciliazione vita-lavoro*, Milano, Guerini e Associati, 2017, nonché i casi aziendali descritti nel medesimo volume.

²⁶ Sul punto si v. V. BAVARO, *Sulla prassi e sulle tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2017, pp. 13 ss.; F. MALZANI, *Lavoro di qualità*, cit., pp. 159 ss.; F. BACCHINI, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II parte speciale)*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2017, pp. 1008 ss.

3. Conciliazione e tipologie di lavoro flessibile (*part time*, *telelavoro*, *lavoro agile*)

Sull'utilizzo della flessibilità in funzione di contemperamento delle esigenze di conciliazione dei lavoratori e delle lavoratrici con le esigenze dell'impresa è opportuno fare una premessa. Se si guarda alla revisione delle tipologie contrattuali flessibili operata dal d.lgs. n. 81/2015 è facile accorgersi che le linee di fondo dell'intervento legislativo sono volte a favorire l'utilizzo della flessibilità secondo le variabili esigenze dell'impresa, limitando molto gli strumenti di "resistenza" del lavoratore, ovvero la possibilità di far valere esigenze diverse come antidoto rispetto alle richieste del datore di lavoro.

Credo insomma che il punto di equilibrio degli interessi coinvolti nel rapporto di lavoro si sia decisamente spostato nella direzione del datore di lavoro; questo è molto evidente nella disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, come ho già avuto modo di dire in altre occasioni²⁷, ma si vede bene anche nella disciplina del *part time*²⁸.

Prima di entrare nel merito delle tipologie contrattuali espressamente considerate strumenti volti a favorire la conciliazione lavoro-famiglia, è bene chiarire subito la prospettiva che si intende adottare in questo intervento. Sull'utilizzo del *part time* come strumento utile a favorire l'ingresso nel mercato del lavoro delle donne proprio perché consentirebbe di conciliare lavoro e famiglia si possono avanzare alcune riserve. In primo luogo perché, come risulta dalle indagini pubblicate in materia, il *part time* non offre affatto le stesse possibilità di crescita e di carriera del lavoro a tempo pieno²⁹ e, del resto, una quota considerevole del lavoro *part time* è involontario³⁰. Inoltre, continuare a pensare al *part time* come a uno strumento che favorisce il lavoro delle donne perché consente di conciliare lavoro e cura significa, da un diverso punto di vista, perpetuare l'idea che la conciliazione debba ricadere sulle donne, allontanandosi così dall'ottica della condivisione di cui si è parlato all'inizio.

Una politica efficace di promozione del *part time* dovrebbe invece cercare di parificarlo rispetto al lavoro a tempo pieno sia per le prospettive

²⁷ C. ALESSI, *Il sistema acausale di opposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in «Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali», 2015, pp. 581 ss.; sul punto si v. anche M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 97 ss.

²⁸ Sul punto si v. le osservazioni di M. ALTIMARI, *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, Napoli, Esi, 2016, spec. pp. 117 ss.

²⁹ Si v. ad esempio il rapporto BES (Benessere Equo e Solidale) 2015, specialmente il capitolo 3, dedicato a *Lavoro e conciliazione dei tempi di vita*.

³⁰ Le indagini Eurostat dimostrano che in Italia tra il 2003 e il 2015, complice anche la crisi economica, la percentuale di lavoratori *part time* involontari è quasi raddoppiata.

di carriera che per quanto riguarda l'accesso alla formazione, alla riqualificazione e, in generale, al miglioramento della propria situazione professionale. Così ancora non è, come risulta inequivocabilmente dalle pronunce della Corte di giustizia in materia³¹. Lo stesso discorso vale per il telelavoro e per il lavoro agile, *mutatis mutandis*.

Detto questo, se si guarda alla disciplina del *part time* dopo la riforma introdotta dal d.lgs. n. 81/2015 si può affermare che il suo utilizzo come strumento di conciliazione è reso complicato dall'ampliamento delle possibilità di modificare durata e collocazione oraria della prestazione di lavoro attraverso la determinazione unilaterale del datore di lavoro³². Per quanto riguarda il lavoro supplementare, per esempio, è vero che il lavoratore può rifiutarne lo svolgimento *anche* adducendo (comprovate) ragioni familiari, ma dal tenore della previsione sembra che ciò possa avvenire solo allorché il lavoro supplementare stesso *non* sia disciplinato dai contratti collettivi³³ che, è opportuno ricordarlo, possono essere anche di livello aziendale. Certo, i contratti collettivi possono prevedere la possibilità di subordinare al consenso del lavoratore l'effettuazione del lavoro supplementare, ma molti contratti (sia prima che dopo la riforma) non si sono avvalsi di questa possibilità, prevedendo al contrario l'obbligatorietà dello svolgimento del lavoro aggiuntivo, al più consentendo di negare il consenso quando sussistano documentate ragioni³⁴. Appare evidente come in questi casi l'autonomia del lavoratore nella scelta dell'articolazione della propria prestazione lavorativa sia molto limitata.

³¹ Per alcuni esempi si v. CGE 9.11.2017, C-98/15, *Espadas Recio*, in materia di indennità di disoccupazione; CGE 13.6.2013, C-415/12, *Brandes*, e CGE 22.4.2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, in materia di ferie annuali retribuite; in generale, sulla giurisprudenza europea in materia, anche precedente all'entrata in vigore della dir. 97/81/CE, si v. M. ALTIMARI, *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, cit., pp. 33 ss.

³² In questo senso le osservazioni di R. VOZA, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2015, pp. 15 ss.; V. LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale nel d.lgs. n. 81/2015*, in L. FIORILLO - A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 33 ss.

³³ In questo senso S. BELLOMO, *La riscrittura della disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo parziale: semplificazione, unificazione e ricalibratura dell'equilibrio tra autonomia collettiva e individuale*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, cit., p. 508; secondo V. LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale nel d.lgs. n. 81/2015*, cit., pp. 34 ss., una simile interpretazione, tuttavia, potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionale della previsione.

³⁴ Per la situazione precedente alla riforma si v. M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part time e apprendistato professionalizzante*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 186/2013, pp. 19 ss.; per la contrattazione collettiva successiva si v. ADAPT, *Jobs Act: l'operatività del "Codice dei contratti" alla luce della contrattazione collettiva*, in WP ADAPT n. 181/2015, 17 ss.

Qualche apertura nel senso del rilievo delle esigenze di conciliazione si registra per le clausole elastiche, oggi regolamentate senz'altro in maniera più "snella" che in passato. Mi riferisco al fatto che le clausole, in assenza di previsione contrattuale collettiva, possono essere inserite nel contratto solo attraverso lo strumento della certificazione, mentre in passato il d.lgs. 61/2000 consentiva alle parti l'apposizione delle clausole senza alcuna particolare limitazione. Nella nuova disciplina, il filtro è costituito dalla stipulazione delle clausole davanti a un soggetto imparziale³⁵, qual è la Commissione di certificazione, ma le esigenze di conciliazione (in ipotesi sopravvenute rispetto alla conclusione del contratto) non possono essere opposte alla richiesta di variazione da parte del datore di lavoro: la tutela del rifiuto del lavoratore, previsto dall'art. 6, comma 8, del d.lgs. n. 81/2015, sembra infatti riguardare solo l'apposizione della clausola, non l'applicazione della stessa. Dette esigenze hanno rilievo solo per l'esercizio del cd. diritto di ripensamento, re-introdotta dalla Riforma Fornero, ma limitato solo ad alcune situazioni, tra le quali quelle legate alla convivenza con un figlio di età inferiore ai 13 anni. Anche su questi aspetti un ruolo importante potrebbe essere giocato dalla contrattazione collettiva, come è avvenuto in passato.

Viene però da chiedersi, a questo punto, quale sia il rilievo della volontà del lavoratore quanto alla libera disponibilità del tempo di non lavoro, che è stato valorizzato com'è noto dalla celeberrima sentenza n. 210 del 1992 della Corte costituzionale e che deve considerarsi anche oggi il *fil rouge* che attraversa tutta la disciplina del *part time*. Si tratterà di vedere in che modo la giurisprudenza valuterà le innovazioni introdotte nella disciplina del *part time*, al momento, tuttavia, non risultano pronunce (quantomeno edite) sullo specifico profilo. Un segnale importante, tuttavia, può ricavarsi da una sentenza del Tribunale di Rovereto, relativa alla disciplina dell'orario di lavoro in generale, che ha riconosciuto il diritto dei lavoratori della Despar a non lavorare nei giorni festivi senza il loro consenso, fondando la decisione proprio sul diritto dei dipendenti (per oltre il 70% donne) alla conciliazione lavoro-famiglia³⁶. Si tratta, certo, di una materia diversa, ma la pronuncia muove un deciso passo avanti nel riconoscimento dell'autonomia nella gestione del tempo di non lavoro in collegamento con le esigenze di conciliazione.

Nel segno di una maggiore autonomia nell'articolazione dell'orario di lavoro e dunque nella conciliazione tra esigenze di vita, di cura e lavoro

³⁵ Parla di "significativo irrobustimento delle tutele" rispetto all'assetto precedente v. LECCESE, *Il lavoro a tempo parziale nel d.lgs. n. 81/2015*, cit., p. 38.

³⁶ Trib. Rovereto 8 marzo 2016, in «Rivista italiana di diritto del lavoro» 2016, II, pp. 848 ss., con nota di L. SCARANO, *Addenda sulla derogabilità dell'astensione dal lavoro festivo*.

ro sembrano essere le previsioni in materia di telelavoro e quelle in materia di lavoro agile.

Il telelavoro, come è noto, è stato disciplinato dalla legge solo per il lavoro pubblico³⁷, mentre nel lavoro privato la sua regolamentazione si deve all'accordo quadro del 2004, che ha recepito l'accordo quadro europeo sul telelavoro del 2002 e che definisce il telelavoro come "una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa", generalmente presso il domicilio del lavoratore. Sia nel lavoro alle dipendenze della P.A. che nel lavoro privato, tuttavia, il telelavoro ha trovato solo una limitata applicazione, perlomeno in Italia³⁸, a causa delle difficoltà legate all'installazione di una postazione di lavoro presso l'abitazione del lavoratore, con le conseguenze in tema di applicazione delle norme in materia di salute e sicurezza, delle resistenze delle imprese e della stessa P.A. nonché delle difficoltà incontrate dagli stessi lavoratori, per i quali lavorare da casa, se aiuta senza dubbio la conciliazione, costituisce anche un problema, per via dell'isolamento rispetto all'organizzazione produttiva. Non a caso la contrattazione collettiva ha sempre previsto periodi di rientro del lavoratore nella sede dell'impresa.

Un tentativo di rilancio dell'istituto viene ora dall'art. 23 del d.lgs. n. 80/2015 che consente di escludere i lavoratori ammessi al telelavoro per ragioni di conciliazione in forza di accordi collettivi dal computo dei limiti numerici per l'applicazione di norme di legge e contratti collettivi³⁹. Si tratta di un incentivo tradizionale, ma in passato piuttosto gradito dalle imprese. Il punto è se basterà a ridare *appeal* a questa modalità di lavoro, anche in connessione con gli ulteriori incentivi per le misure di conciliazione previste dalla contrattazione di secondo livello di cui si è parlato.

Più fortuna sembra poter avere il lavoro agile, recentemente dotato di una regolamentazione legale, ma già in passato utilizzato dalle impre-

³⁷ Sul telelavoro nella P.A. si v. da ultimo P. PASCUCCI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni tra legge e contrattazione*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, n.1-2/2017, pp. 225 ss.

³⁸ Una ricerca recente della Fondazione di Dublino colloca l'Italia all'ultimo posto in Europa quanto a diffusione di telelavoro e *smart work*. Si v. Eurofound, *Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union*, Eurofound, Dublin, 2017, 6.

³⁹ Sulla disciplina dell'art. 23 si v. M.L. VALLAURI, *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, 123 ss.

se e disciplinato attraverso la contrattazione collettiva⁴⁰. Secondo i dati forniti dall'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano, infatti, nel 2016 il 36% delle grandi imprese italiane aveva già avviato progetti strutturati di *smart working* (rispetto al 17% del 2015) e un'impresa su due ha adottato iniziative volte a creare maggiore flessibilità, come *policy* su orari e spazi di lavoro, dotazione tecnologica a supporto, revisione del layout degli uffici o interventi sugli stili di *leadership*. Nelle PMI, invece, lo *smart working* è ancora in una fase embrionale, così come nella P.A.⁴¹; complessivamente il fenomeno riguarda, sempre stando ai dati dell'Osservatorio, circa 305.000 lavoratori⁴².

La legge n. 81/2017, nel disciplinare il lavoro agile come tipologia di lavoro subordinato, ne ha sottolineato, già nella previsione di apertura del Capo II, la funzione di favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, oltre a quella di incrementare la competitività. Lo svolgimento della prestazione secondo le modalità di lavoro agile richiede, ai sensi dell'art. 19, l'adesione volontaria del lavoratore, al quale per l'appunto sono rimessi la determinazione della collocazione oraria e spaziale della prestazione⁴³, il che da un lato dovrebbe favorire un migliore equilibrio tra tempi di lavoro e tempi di vita e, dall'altro, inserisce nel quadro del lavoro subordinato elementi che tradizionalmente sono ritenuti tipici del lavoro autonomo. Quanto alla distinzione con altre tipologie di lavoro a distanza, nella fattispecie il telelavoro, dalle previsioni di legge si ricava che il lavoro agile si distinguerebbe dal primo perché il lavoro si svolge solo parzialmente al di fuori dei locali aziendali e perché l'adozione di una simile modalità di lavoro fa venir meno il concetto di postazione fissa⁴⁴, che deve essere predisposta solo quando il lavoratore agile rientra

⁴⁰ Si v. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in «Diritto delle relazioni industriali», 2017, pp. 921 ss.

⁴¹ Nelle Pubbliche amministrazioni, la direttiva n. 3/2017 prevede l'introduzione di nuove modalità di organizzazione del lavoro (tra cui il telelavoro e il lavoro agile) volte a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Su questi profili si v. A. SARTORI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., pp. 471 ss.

⁴² I dati riportati nel testo sono stati ricavati dal sito dell'Osservatorio sullo *Smart Working* del Politecnico di Milano, in particolare dall'infografica "Smart working: sotto la punta dell'iceberg", reperibile all'indirizzo https://www.osservatori.net/it_it/pubblicazioni/infografiche/smart-working-sotto-la-punta-dell-iceberg.

⁴³ L'art. 18 della legge n. 81/2017 precisa che la prestazione si svolge "senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro".

⁴⁴ Ritengono detto elemento irrilevante ai fini della distinzione tra le due tipologie di lavoro a distanza M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., pp. 936 ss. e M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in «Diritto della sicurezza sul lavoro», 2017, pp. 3 ss.

definitivamente in azienda. In verità i confini tra le due fattispecie appaiono molto più ambigui e incerti e pongono problemi di applicazione dell'una o dell'altra disciplina, a seconda dei casi, in primo luogo in materia di sicurezza sul lavoro⁴⁵.

Ora, non è possibile in questa sede analizzare compiutamente i problemi giuridici che una simile tipologia di lavoro pone; le questioni più delicate sembrano però ancora una volta quelle legate, da un lato, alla definizione (o ri-definizione) della nozione di lavoro subordinato che il lavoro agile comporta necessariamente, come del resto era avvenuto a suo tempo con il telelavoro⁴⁶. Del resto, come la dottrina ha messo in luce in relazione alle nuove forme di lavoro emergenti, i confini tra autonomia e subordinazione sono ormai così labili da rendere molto incerta la qualificazione⁴⁷. Non a caso la tendenza della legislazione più recente è quella all'estensione delle tutele del lavoro subordinato alle fattispecie più simili ad esso, come il lavoro etero-organizzato: ciò che si vuole dire, se è consentita una breve digressione rispetto al tema di queste pagine, è che la stessa riconduzione al lavoro subordinato di una tipologia così particolare di lavoro rischia di non essere soddisfacente (almeno sul piano della definizione della fattispecie)⁴⁸. Da questo angolo visuale, in altre parole, l'autonomia nella determinazione della collocazione e perfino della durata del tempo di lavoro diventa sempre meno rilevante nella qualificazione del rapporto⁴⁹ (e perfino nella determinazione della misura della prestazione retributiva), così come il fatto che la determinazione del tempo di lavoro sia affidata al commit-

⁴⁵ Per le questioni in materia di sicurezza si v. M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, cit., pp. 8 ss.; F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, paper presentato al Convegno *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017, in corso di pubblicazione; A. ALLAMPRESE - F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2017, I, pp. 307 ss.; A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza del lavoro sul web: una regolazione unitaria è possibile*, paper presentato al Convegno *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017, in corso di pubblicazione.

⁴⁶ Sulla questione della ridefinizione della nozione di subordinazione in relazione alle forme di lavoro a distanza si v. L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, Esi, 1993, spec. pp. 109 ss.

⁴⁷ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 961 ss.

⁴⁸ In quest'ottica si v. A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., 2018, spec. pp. 45 ss.

⁴⁹ Non la pensa così, invece, A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, cit., pp. 56 ss., secondo il quale l'autonomia determinazione del luogo e del tempo della prestazione, unita alla determinazione consensuale della modalità di esercizio del potere direttivo, fanno del lavoro agile una "fattispecie speciale di lavoro subordinato, che presenta una deviazione causale dal tipo legale".

tente non fa perdere il carattere di autonomia della prestazione, come dimostra in maniera eclatante l'art. 2, comma 1, del d.lgs. 81/2015 sul lavoro etero-organizzato⁵⁰.

Per tornare al tema oggetto di queste riflessioni, occorre sottolineare che il rischio insito in queste tipologie di lavoro è quello della dilatazione del tempo di lavoro ben oltre il limite normale o massimo dell'orario di lavoro, attraverso la continua soggezione del lavoratore al controllo e all'invasione degli spazi di libera disponibilità del tempo di non lavoro, favorite dalle tecnologie utilizzate per lo svolgimento dell'attività. Su questi aspetti credo che sia fondamentale l'apporto della contrattazione collettiva nella definizione di criteri di misurazione dell'impegno orario dei lavoratori agili o dei telelavoratori e nella regolamentazione puntuale di forme di tutela in parte nuove, come il cd. diritto alla disconnessione, previsto per il lavoro agile dall'art. 19, comma 1, legge 81/2017⁵¹. In altre parole, perché l'autonomia nella gestione del lavoro e delle responsabilità familiari sia veramente tale, occorre (ri)definire i confini del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro per adattarli alle nuove modalità di lavoro.

⁵⁰ Sulla previsione si v., tra i tanti, A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in «Variazioni su temi di diritto del lavoro» 2016, pp. 203 ss.; A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in A. PERULLI - L. FIORILLO (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 280 ss.

⁵¹ In merito si v. A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. ZILIO GRANDI - M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., pp. 547 ss.; R. DI MEIO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in «Labour&Law Issues» (reperibile all'indirizzo <https://labourlaw.unibo.it/>), n. 2/2017, pp. 17 ss.