

## LA SUBORDINAZIONE NEL LAVORO AGILE (SMART WORKING): L'ASSENZA DI VINCOLI DI LUOGO E DI TEMPO

*SUBORDINATION IN SMART WORKING: THE ABSENCE OF PLACE AND TIME  
CONSTRAINTS*

**Maria Cristina Cataudella**

Professore Ordinario presso la facoltà di Economia dell'Università di Roma "Tor Vergata".  
Dottore di ricerca in "Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale", Facoltà di  
Economia dell'Università di Roma "Tor Vergata"  
E-mail: cataudella@economia.uniroma2.it

Convidada

**ABSTRACT:** Il lavoro agile o smart working, benché sia espressamente definito dal legislatore italiano come una "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato" (art. 18 della l. n. 81 del 2017), ha caratteristiche molto diverse rispetto al lavoro subordinato così come viene tradizionalmente inteso. In particolare, il lavoro agile si caratterizza perché si svolge senza vincoli di orario e di luogo e perché la disciplina delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro all'esterno dei locali dell'impresa sono rimesse ad un accordo tra le parti. Da qui il dubbio se si tratti effettivamente di lavoro subordinato o se il legislatore abbia operato una forzatura nel qualificarlo a priori come lavoro subordinato. L'Autrice cerca di dare una risposta a questo quesito, partendo dalla nozione di "prestatore di lavoro subordinato" ex art. 2094 del Codice Civile, ed esaminando due fattispecie che con il lavoro agile hanno diversi punti di contatto (ma anche alcune differenze): il lavoro a domicilio e il telelavoro.

**Parole chiave:** Lavoro agile o smart working. Luogo della prestazione. Orario di lavoro. Subordinazione. Lavoro a domicilio. Telelavoro.

**ABSTRACT:** Although remote work (or agile work according to Italian legislation) is expressly defined by the Italian legislator as a "mode of execution of subordinate work" (art. 18 of Law no. 81 of 2017), it has very different characteristics compared to subordinate work as it is traditionally considered. In particular, remote work is characterized by the fact that it takes place without bindings of time and place and by the fact that the execution of the work performance outside the company is governed by an agreement between the parties. Hence, arises the doubt as to whether it is actually subordinate work or whether the legislator has made a forcing in qualifying it as subordinate work. The Author tries to answer this question, starting from the notion of "subordinate worker" ex art. 2094 of the Civil Code, and examining two cases that have different points of contact (but also some differences) with remote work: home work and teleworking.

**Keywords:** Agile work or smart working. Place of work. Working hours. Subordination. Home work. Teleworking.

**SUMÁRIO:** 1 Pandemia e diffusione del lavoro agile. 2 La definizione di lavoro agile e i suoi tratti caratterizzanti. 3 Il lavoro agile c.d. “emergenziale”. 4 L’assenza di precisi vincoli di luogo e di tempo è compatibile con la subordinazione? 5 Fattispecie affini al lavoro agile: Il lavoro a domicilio e il telelavoro. 6 Conclusioni.

## 1 PANDEMIA E DIFFUSIONE DEL LAVORO AGILE

Il lavoro agile o *smart working* si è affermato in questi ultimi due anni - in Italia come nel resto del mondo - come una modalità “ordinaria”, fungibile con il lavoro in presenza, di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato.

Secondo i dati raccolti dall’*Osservatorio sullo smart working* del Politecnico di Milano, a marzo 2020 circa il 40% dei lavoratori italiani svolgeva la sua prestazione in modalità agile<sup>1</sup>; il numero è poi sceso dai 6.6 milioni di lavoratori di marzo 2020 ai circa 5 milioni di lavoratori di settembre 2020, ovvero a circa un terzo dei lavoratori italiani (33,8%). Nel corso del 2021, con l’avanzamento della campagna vaccinale e la conseguente ripresa delle attività in presenza, il numero dei lavoratori agili è diminuito ulteriormente, passando da 5,37 milioni nel primo trimestre dell’anno, a 4,71 milioni nel secondo trimestre, per arrivare a 4,07 milioni nel terzo trimestre<sup>2</sup>.

Se prima della pandemia i lavoratori che svolgevano una parte della loro prestazione in modalità agile rappresentavano una minoranza, oggi, sia nell’impiego privato che in quello pubblico, non è affatto insolito che vi siano lavoratori che dividano la loro settimana lavorativa tra giorni in presenza e giorni in modalità agile. E’ proprio la modalità c.d. “ibrida” o “ad intermittenza” di lavoro agile – ovvero quella che prevede l’alternarsi di giorni di lavoro in presenza a giorni di lavoro a distanza - ad essersi maggiormente diffusa in questo momento storico nel quale l’emergenza epidemiologica sussiste ancora ma, anche grazie ai vaccini e ad una maggiore conoscenza delle cure più adatte per combattere il virus, i suoi effetti appaiono meno drammatici.

Si prevede che questa forte diffusione del lavoro agile – in particolare della modalità c.d. ibrida - non verrà affatto meno una volta cessata la pandemia e che diverse aziende continueranno a far lavorare i loro dipendenti, anche negli anni a venire, in tutto o in parte in modalità agile<sup>3</sup>. Questo porterà una serie di vantaggi: per le aziende, che ridurranno gli spazi di lavoro, i costi dell’elettricità e delle altre utenze e che vedranno un aumento della produttività del lavoro e una riduzione dell’assenteismo; per i lavoratori, che osserveranno un tendenziale miglioramento delle loro condizioni di vita e saranno agevolati nella conciliazione vita/lavoro; per la collettività che beneficerà della riduzione delle emissioni di co2 (e conseguentemente dell’inquinamento) e del traffico in ragione di una minore circolazione delle autovetture.

Possiamo allora dire che il lavoro agile rappresenta non solo il presente del lavoro ma che, molto probabilmente, rappresenterà anche una parte significativa di quello che sarà il suo futuro<sup>4</sup>. In questa ottica, sono recentemente state adottate le Linee Guida in materia di lavoro agile nelle

---

<sup>1</sup> Percentuale più alta rispetto alla media europea che era, per lo stesso periodo, del 37 %, pur partendo l’Italia, rispetto ad altri Paesi Europei in una posizione di svantaggio.

<sup>2</sup> I risultati della ricerca sono consultabili in: <https://www.osservatori.net/it/ricerche/comunicati-stampa/smart-working-italia-numeri-trend>

<sup>3</sup> Sempre secondo l’*Osservatorio sullo smart working* circa l’89% delle grandi imprese e il 69% delle pubbliche amministrazioni continuerà ad utilizzare o introdurrà lo *smart working* nel 2022; diverso il caso delle piccole e medie imprese (PMI) che mostrano maggiore diffidenza verso lo strumento e sembrano, in alcuni casi, orientate ad abbandonarlo.

<sup>4</sup> Anche il Ministro del Lavoro italiano Orlandi, presentando il Protocollo Nazionale sul Lavoro Agile del 7 dicembre 2021, ha dichiarato che: “Il lavoro agile, il cosiddetto *smart working*, è cresciuto molto durante la pandemia, ma al di là dell'emergenza sarà una modalità che caratterizzerà il lavoro in futuro”.

amministrazioni pubbliche<sup>5</sup> e il Protocollo Nazionale sul Lavoro Agile per l'impiego privato<sup>6</sup> che dettano le indicazioni di massima, rispettivamente, per la disciplina del lavoro agile nell'impiego pubblico e in quello privato.

## 2 LA DEFINIZIONE DI LAVORO AGILE E I SUOI TRATTI CARATTERIZZANTI

Il lavoro agile è stato disciplinato per la prima volta in Italia con la l. n. 81 del 2017<sup>7</sup> “*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*”, che lo definisce all'art. 18 come «*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 per lo svolgimento dell'attività lavorativa*».

Da questa definizione emerge chiaramente che il lavoro agile non è un nuovo tipo o un nuovo sottotipo di lavoro ma, più semplicemente, “*una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro*”<sup>8</sup>.

Il legislatore, inoltre, risolvendo così, *a priori*, qualsiasi dubbio di qualificazione del rapporto – che poteva emergere in ragione delle particolari modalità di svolgimento della prestazione – chiarisce anche che si tratta di una modalità di esecuzione del solo “*rapporto di lavoro subordinato*”.

Gli elementi che caratterizzano questa modalità di esecuzione della prestazione, rispetto a quella in presenza, sono due: l'assenza di precisi vincoli di orario e l'assenza di precisi vincoli di luogo<sup>9</sup>.

Per quanto riguarda i vincoli di orario, gli unici limiti sono quelli «*di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*» (art. 18, 1° comma). Non potrebbe essere altrimenti, considerato che si tratta di limiti insuperabili fissati sia a livello di Unione Europea che nazionale a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Le Linee Guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche sono state concordate con le parti sociali il 30 novembre 2021 e sono state successivamente inviate alla conferenza Unificata Stato, Regioni che ha dato parere positivo il 16 dicembre 2021. Queste, nelle more della regolamentazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro relativi al triennio 2019-21 che disciplineranno a regime l'istituto per gli aspetti non riservati alla fonte unilaterale, sono rivolte alle pubbliche amministrazioni e agli altri enti ad esse assimilati tenuti a prevedere misure in materia di lavoro agile.

<sup>6</sup> Il Protocollo Nazionale sul Lavoro Agile è stato sottoscritto il 7 dicembre 2021 e “*fissa il quadro di riferimento, condiviso tra le Parti sociali, per la definizione dello svolgimento del lavoro in modalità agile esprimendo pertanto linee di indirizzo per la contrattazione collettiva nazionale, aziendale e/o territoriale nel rispetto della disciplina legale di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81 e degli accordi collettivi in essere*”.

<sup>7</sup> In vero, il lavoro agile era già diffuso in Italia, anche prima della legge del 2017, perché era previsto da diversi contratti collettivi. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in w.p. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 335 del 2017, p. 5, osserva come, già prima dell'entrata in vigore delle legge vi fossero sei contratti collettivi nazionali e almeno ventiquattro contratti collettivi aziendali che introducevano il lavoro agile.

<sup>8</sup> Così S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro e oltre i confini della pubblica amministrazione*, in *Lavoro diritti e Europa*, n. 1, 2021, p. 5.

<sup>9</sup> Che la flessibilità nel tempo e nello spazio siano la nota qualificante della prestazione di lavoro agile è consolidato in dottrina: cfr., *ex plurimis*, C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, p. 89; G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in AA.VV., *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, 2019, p. 184 e ss.; in senso parzialmente diverso S. CAIROLI, *op. cit.*, p. 12, secondo il quale “la flessibilità nella collocazione oraria e il superamento dell'orario normale di lavoro sembrano qualificarsi come elemento eventuale, non imposto nell'esecuzione della prestazione in forma agile”.

<sup>10</sup> A livello di Unione Europea cfr. la direttiva 2003/88CE del 4 novembre 2003 “*concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro*”, in particolare gli artt. 3 (“*Riposo giornaliero*”) e 6 (“*Durata massima settimanale del lavoro*”).

Per quanto riguarda i vincoli di luogo, il legislatore precisa che la prestazione può essere eseguita «*in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa*». Più che la circostanza che la prestazione si svolge all'esterno dell'azienda, l'aspetto rilevante è, allora, l'assenza di una postazione fissa e, quindi, la possibilità per il lavoratore di decidere autonomamente, e di volta in volta, dove lavorare<sup>11</sup>. Come chiarisce anche l'art. 4 del Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile del 2021, questa libertà incontra i soli limiti dello svolgimento della prestazione in sicurezza e senza violazione dell'obbligo di riservatezza che grava sul lavoratore<sup>12</sup>.

Un altro elemento essenziale del lavoro agile è l'accordo tra le parti. Questo è, infatti, elemento necessario per attivare la modalità di lavoro agile, che può avvenire solo su base volontaria. All'accordo - che deve avere forma scritta (art. 19, 1° comma) e può essere sia a tempo determinato che indeterminato (art. 19, 2° comma) - viene anche demandata la regolamentazione di alcuni tra gli aspetti più rilevanti e delicati del rapporto di lavoro che si svolge all'esterno dei locali aziendali, ovvero: la disciplina dell'esecuzione della prestazione lavorativa; l'esercizio del potere direttivo e di controllo del datore di lavoro; i tempi di riposo del lavoratore; le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro; le condotte che danno luogo a sanzioni disciplinari (artt. 19, 1° comma, e 21 l. n. 81 del 2017). Il Protocollo Nazionale sul Lavoro in Modalità Agile ha altresì demandato all'accordo la definizione di ulteriori aspetti della disciplina del lavoro agile, come: l'alternanza tra i periodi di lavoro all'interno e all'esterno dei locali aziendali; i luoghi eventualmente esclusi per lo svolgimento della prestazione lavorativa esterna ai locali aziendali; gli strumenti di lavoro; l'attività formativa eventualmente necessaria per lo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile; le forme e le modalità di esercizio dei diritti sindacali. Diversamente, pertanto, del lavoro subordinato in presenza, che è regolato quasi esclusivamente da norme inderogabili di legge o di contratto collettivo<sup>13</sup>, con limitatissimi spazi lasciati all'autonomia individuale, il lavoro agile è disciplinato in larga misura da un accordo tra lavoratore e datore di lavoro.

Non caratterizza, invece, il lavoro agile l'utilizzazione di strumenti tecnologici per lo svolgimento della prestazione: il legislatore la considera infatti “*possibile*”, e pertanto non necessaria. Gli strumenti tecnologici sono generalmente forniti dal datore di lavoro - in questa direzione va infatti la previsione, contenuta all'art. 18, 2° comma, della l. n. 81 del 2017, per la quale “*Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa*” - ma la legge non esclude la possibilità che il lavoratore impieghi strumenti di sua proprietà. Anche il Protocollo Nazionale sul Lavoro in Modalità Agile conferma questa possibilità laddove - dopo aver affermato che “*il datore di lavoro, di norma, fornisce la strumentazione tecnologica e informatica necessaria allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile*” (art. 5, comma1) - consente comunque alle parti di concordare “*l'utilizzo di strumenti tecnologici propri del lavoratore*” (art.

---

A livello nazionale cfr. l'art. 36, 2° comma, Cost. (“*La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge*”) e il d.lgs. n. 66 del 2003 “*Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*”, in particolare gli artt. 4 (“*Durata massima dell'orario di lavoro*”) e 7 (“*Riposo giornaliero*”).

<sup>11</sup> Così M. VARZARO, voce “*lavoro agile*”, in *Digesto delle discipline privatistiche. Aggiornamento*, vol. IX, Milano, 2022, p. 217.

<sup>12</sup> “*Il lavoratore è libero di individuare il luogo ove svolgere la prestazione in modalità agile purché lo stesso abbia caratteristiche tali da consentire la regolare esecuzione della prestazione, in condizioni di sicurezza e riservatezza, anche con specifico riferimento al trattamento dei dati e delle informazioni aziendali nonché alle esigenze di connessione con i sistemi aziendali*”.

<sup>13</sup> Vale a dire da norme che non possono essere derogate dall'autonomia privata individuale. Il fondamento dell'inderogabilità viene rinvenuto all'art. 2113 del Codice Civile, laddove vengono qualificate come invalide “*le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi*”.

5, comma 2). Il discorso è diverso per quanto riguarda, invece, la pubblica amministrazione, che, anche per ragioni di sicurezza, deve necessariamente fornire il lavoratore “di idonea dotazione tecnologica”<sup>14</sup>.

Non caratterizza il lavoro agile neppure l’organizzazione “*per fasi, cicli e obiettivi*”, che è anch’essa eventuale, come emerge dall’utilizzazione dell’avverbio “*anche*” (“*con forme di organizzazione...*”).

### 3 II LAVORO AGILE C.D. “EMERGENZIALE”

Le considerazioni che svolgerò nel proseguo della trattazione riguarderanno solo il lavoro agile c.d. “ordinario”, ovvero quello regolato dalla l. n. 81 del 2017, non, invece, il lavoro agile c.d. “emergenziale”, ovvero quello emerso durante la pandemia, che ha finalità<sup>15</sup> e caratteristiche diverse rispetto a quello ordinario ed è regolato da norme temporanee e in parte derogatorie della disciplina generale.

La prima differenza riguarda l’accordo tra le parti, che non è necessario per attivare il lavoro agile emergenziale<sup>16</sup>: quest’ultimo può infatti prospettarsi come un obbligo sia per il lavoratore che per il datore di lavoro. In talune fasi della pandemia il datore di lavoro ha, infatti, potuto imporre unilateralmente al lavoratore lo svolgimento della prestazione in modalità agile (in particolare laddove non fosse proprio possibile svolgere la prestazione in presenza in ragione della chiusura della attività produttive)<sup>17</sup> e, a sua volta, al lavoratore – in particolare a quello appartenente a determinate categorie (lavoratori genitori, lavoratori fragili, lavoratori con disabilità o che assistono una persona con disabilità, ecc.) - è stato riconosciuto dal legislatore e dalla giurisprudenza il diritto di svolgere la prestazione lavorativa a distanza<sup>18</sup>.

Insieme all’accordo, è venuta ovviamente meno la disciplina di tutti quegli aspetti che la legge del 2017, come si è visto nella parte che precede, rimette all’accordo tra le parti, circostanza che ha creato diversi problemi nel gestire la prestazione a distanza sia alle imprese private che alle pubbliche amministrazioni. Le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro all’esterno dei locali dell’impresa vengono pertanto rimesse ad una decisione unilaterale del datore di lavoro.

<sup>14</sup>Così l’art. le Linee Guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche.

<sup>15</sup> Se il lavoro agile “ordinario” ha quale obiettivo “*incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*” (art. 18, comma 1, l. n. 81 del 2017) la finalità principale del lavoro agile “emergenziale”, almeno nella primissima fase della pandemia, è quella di conciliare le esigenze produttive delle imprese con la salute dei lavoratori.

<sup>16</sup>Così S. CAIROLI, *La definizione del lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in AA. VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva e individuale. Stato dell’arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura del Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza, w.p. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona, n. 6 del 2017, p. 6.

<sup>17</sup> In questo senso cfr., *ex plurimis*, R. ROMEI, *Il lavoro agile in Italia: prima, durante e dopo la pandemia*, in AA. VV., *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, a cura di O. Mazzotta, Pisa, 2021, p. 77 e ss.; V. BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza*, in *giustizia civile.com*, 17-3-2020, p. 3.

<sup>18</sup> Il legislatore dell’emergenza ha previsto delle ipotesi particolari in cui è riconosciuto al lavoratore il diritto a lavorare a distanza (sul punto cfr. V. MAIO, *Lo smart working emergenziale tra diritti di connessione e di disconnessione*, in AA. VV., *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l’emergenza*, a cura di M. Martone, 2020, Piacenza, p. 93 e ss.). L’art. 39 del D.L. 18 del 2020 ha attribuito questo diritto ai lavoratori disabili o che abbiano nel loro nucleo familiare una persona con disabilità; l’art. 90 del D.L. 34 del 2020 (c.d. Decreto Rilancio) ai lavoratori del settore privato con un figlio minore di anni 14, anche in assenza di accordi individuali, a condizione che la prestazione si compatibile con queste modalità e che l’altro genitore non fruisca di strumenti di sostegno al reddito per sospensione o cessazione del rapporto di lavoro o non lavori, e ha esteso lo stesso diritto anche al lavoratore maggiormente esposto a rischio di contagio da COVID 19; il D.L. 30 del 2021, a sua volta, ha previsto una serie di casi nei quali un genitore ha diritto a svolgere la prestazione in modalità agile (quarantena del figlio, sospensione dell’attività didattica del figlio, ecc.). Anche la giurisprudenza ha riconosciuto, in talune ipotesi, il diritto del lavoratore a lavorare a distanza, imponendo all’impresa di collocarlo in modalità agile (cfr. S. D’ASCOLA, *Il lavoro a distanza nell’emergenza: osservazioni a margine dei provvedimenti giudiziari*, in AA. VV., *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, cit., p. 97 e ss).

Per quanto riguarda l'assenza di una postazione fissa, che abbiamo detto caratterizza il lavoro agile c.d. "ordinario", si deve osservare che nel lavoro agile emergenziale il luogo della prestazione finisce per coincidere, almeno generalmente, con il domicilio del lavoratore: è, pertanto, una postazione fissa benché esterna all'azienda. Questo è stato certamente vero durante i c.d. lockdown, quando a tutti (lavoratori e non) erano imposte delle forti limitazioni alla libertà di circolazione.

Anche nel lavoro agile emergenziale, così come in quello ordinario, non vi sono precisi vincoli di orario di lavoro, e non potrebbe essere diversamente, considerato che il datore di lavoro non può controllare il rispetto degli stessi (svolgendosi la prestazione all'esterno dell'azienda). Tuttavia, per i lavoratori pubblici sono state sovente previste delle fasce di reperibilità, coincidenti generalmente con l'orario di lavoro in presenza: questo fa sì che se pure non ci sono dei precisi vincoli di orario ci siano comunque vincoli di reperibilità e disponibilità.

Il lavoro agile c.d. "emergenziale", con le sue deroghe alla disciplina generale del lavoro agile, dovrebbe venire meno con la fine dello stato di emergenza, ovvero il 31 marzo del 2022.

#### **4 L'ASSENZA DI PRECISI VINCOLI DI LUOGO E DI TEMPO È COMPATIBILE CON LA SUBORDINAZIONE?**

La domanda che ci dobbiamo porre a questo punto è se gli elementi che caratterizzano la modalità agile di svolgimento della prestazione di lavoro – ovvero l'assenza di vincoli di luogo e di orario - siano compatibili con la subordinazione o se invece il legislatore abbia operato una forzatura quando ha qualificato *a priori* come subordinato il lavoro agile.

La nozione di subordinazione la ricaviamo dall'art. 2094 del Codice Civile, che definisce il «*prestatore di lavoro subordinato*» come colui che «*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*». Come emerge anche da una lettura congiunta dell'art. 2094 c.c. con l'art. 2222 c.c., che contiene la definizione di "*Contratto d'opera*" ("*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente*"), il vincolo di subordinazione si concretizza proprio nello svolgimento della prestazione "*alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*".

Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente a connotare la subordinazione è soprattutto il secondo elemento, quello dell'eterodirezione: ovvero il potere "mediante il quale il datore di lavoro, nel perimetro delle mansioni esigibili, può plasmare il contenuto della prestazione alle mutevoli esigenze dell'impresa"<sup>19</sup>. Questo elemento si atteggia in guise diverse a seconda del tipo di prestazione, risultando attenuato – ma comunque presente - allorché il lavoratore svolge prestazioni intellettuali oppure prestazioni elementari e ripetitive<sup>20</sup>. Nel primo caso l'eterodirezione è attenuata perché il lavoratore, in virtù delle sue competenze e della sua elevata professionalità, gestisce con maggiore autonomia lo svolgimento della prestazione; nel secondo caso per la ragione opposta: poiché la prestazione è così semplice, meccanica e ripetitiva da non necessitare, almeno dopo una prima fase, ulteriori istruzioni o indicazioni da parte del datore di lavoro (o di chi ne fa le veci).

E' evidente che un datore di lavoro può esercitare il suo potere direttivo anche quando il lavoratore esegue la sua prestazione a distanza, dovrà farlo, tuttavia, con modalità in parte diverse rispetto a quando la prestazione si svolge in presenza. Benché la determinazione da parte del datore

---

<sup>19</sup> La definizione è di M. MARAZZA, *Le collaborazioni organizzate: problemi applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 2016, p. 1172.

In giurisprudenza cfr., da ultimo, Cass. 18 gennaio 2021, n. 697; Cass., sez. Lav., 13 febbraio 2020, n. 3640; Cass. 4 maggio 2020, n. 8444.

<sup>20</sup> Come rileva A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2021, p. 187.

di lavoro dell'orario di lavoro e del luogo della prestazione sia certamente concreta espressione del suo potere direttivo e organizzativo<sup>21</sup>; l'eterodirezione può comunque sussistere anche quando (come avviene nel lavoro agile) il datore di lavoro rimette al lavoratore la determinazione dei luoghi e dei tempi di lavoro, anche se, probabilmente, in questi casi, la subordinazione avrà tratti meno netti.

Nel lavoro agile le modalità di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro possono essere regolate, come si è detto, dall'accordo individuale tra le parti. Questo non significa, tuttavia, come pure è stato paventato da una parte della dottrina<sup>22</sup>, che le parti possano limitare o far venir meno del tutto l'esercizio del potere direttivo, ma, più semplicemente, che le parti possono (non si tratta di scelta obbligata, considerato che l'art. 19, 1° comma utilizza l'avverbio "anche") definire nell'accordo le modalità di esercizio del potere direttivo (ad es. prevedendo con quale strumento – messaggio, telefono, e mail - le direttive vengano impartite al lavoratore dal datore di lavoro), potere che è resta comunque presupposto<sup>23</sup>.

Benché, come si è visto, non vi sia riferimento alcuno all'art. 2094 c.c. ai luoghi o tempi della prestazione, la giurisprudenza prevalente considera la circostanza che la prestazione si svolga nei locali dell'azienda e che il lavoratore sia tenuto al rispetto di un orario di lavoro indici sussidiari della subordinazione (e, *a contrario*, la circostanza che la prestazione si svolga in locali esterni all'azienda e senza vincolo di orario indici di autonomia): ovvero degli elementi che possono contribuire, considerati insieme ad altri (come, ad esempio, le modalità di erogazione della prestazione; l'utilizzo, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, di strumenti di proprietà del datore di lavoro; ...), a formare il convincimento del Giudice, in particolare nelle ipotesi di subordinazione attenuata, in cui i tratti dell'eterodirezione non si manifestano in modo evidente<sup>24</sup>. Non si tratta, tuttavia, chiariamo, di elementi sostitutivi o alternativi all'eterodirezione ma di elementi che sovente si accompagnano e sono connotativi della stessa. Questi elementi, considerati isolatamente, non sono tuttavia decisivi. Ad esempio, con riferimento al lavoro del giornalista, la giurisprudenza ha in più occasioni chiarito che la circostanza che il prestatore non sia obbligato al rispetto di un orario predeterminato o alla continua permanenza sul luogo di lavoro non è sufficiente ad escludere la natura subordinata del suo rapporto di lavoro<sup>25</sup>.

Concludendo, l'assenza di vincoli di orario e di luogo non è incompatibile con una prestazione di lavoro subordinato, sempre che si rinvercano comunque i tratti dell'eterodirezione, sia pure con caratteristiche e modalità compatibili con lo svolgimento della prestazione a distanza.

---

<sup>21</sup> Il legislatore del 2015, nella prima versione dell'art. 2 della l. n. 81 del 2015, quando introdusse la nozione di "Collaborazioni organizzate dal committente", al fine di applicare alle stesse, a partire dal 1° gennaio 2016, la disciplina del lavoro subordinato, le definiva "prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro". L'organizzazione dei tempi e dei luoghi di lavoro era pertanto elemento indicativo dell'organizzazione da parte del committente della prestazione di lavoro ed era tale da comportare l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, anche in assenza

<sup>22</sup> Dubbi in tal senso sono stati espressi da A. PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in wp C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 365 del 2018, p. 37, che teme si possa confondere il lavoro agile con le collaborazioni coordinate e continuative.

<sup>23</sup> In questi termini G. BANDELLONI, *Corsi e ricorsi dell'eterodirezione*, in *Labour&Law Issues*, 2021, p. 10 e ss.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. 7 settembre 2021, n. 24078; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3640; C. ass. 16 novembre 2018, n. 29640; Cass. 10 maggio 2016, n. 9463.

<sup>25</sup> Così, *ex plurimis*, Cass. 12 febbraio 2008, n. 3320; Cass. 2 aprile 2009, n. 8968, in *Giustizia civile*, 2010, 1999, con nota di F. BUFFA, *La subordinazione del giornalista*; Cass. 7 ottobre 2013, n. 22785; Cass. n. 24078 del 2021, cit..

## 5 FATTISPECIE AFFINI AL LAVORO AGILE: IL LAVORO A DOMICILIO E IL TELELAVORO

Il lavoro agile non rappresenta una vera e propria novità nell'ordinamento italiano. E' infatti l'erede di due fattispecie più risalenti che con lo stesso hanno diversi punti di contatto ma anche alcune differenze: il lavoro a domicilio e il telelavoro. Queste due fattispecie, tuttavia, anche prima della pandemia, non hanno mai avuto la stessa diffusione del lavoro agile.

Il lavoro a domicilio subordinato<sup>26</sup> è disciplinato dalla legge n. 877 del 18 dicembre 1973. Ai sensi dell'art. 1, 1° comma, il lavoro a domicilio si caratterizza perché la prestazione viene eseguita nel domicilio del lavoratore o in un locale nella sua disponibilità. Se la prestazione viene svolta in locali di pertinenza del datore di lavoro, il lavoratore non è considerato lavoratore a domicilio – anche se, per ipotesi, versa al datore di lavoro un corrispettivo per l'uso dei locali - ma è considerato un “normale” lavoratore subordinato a tempo indeterminato (art. 1, 3° comma, l. n. 877 del 1973).

Anche se la legge non lo dice espressamente, il lavoratore a domicilio non è vincolato da un orario di lavoro. Svolgendo il lavoratore la sua prestazione in un locale che non è nella disponibilità del datore di lavoro, quest'ultimo non può, evidentemente, controllare il rispetto dell'orario di lavoro. Ne consegue che il lavoratore a domicilio viene retribuito sulla base di tariffe di cottimo pieno<sup>27</sup> fissate dai contratti collettivi (art. 8, l. n. 877 del 1973).

Per quanto riguarda le materie prime o accessorie e le attrezzature, analogamente a quanto accade per il lavoratore agile, queste possono essere sia del lavoratore che dell'imprenditore (art. 1, comma 1, l. n. 877 del 1973).

Da questa rapida disamina emergono diversi elementi in comune con il lavoro agile: in particolare, l'assenza di vincoli di orario e lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali dell'azienda. Bisogna, tuttavia, evidenziare come il lavoratore agile abbia maggiore autonomia rispetto a quello a domicilio nella scelta del luogo dove svolgere la sua prestazione: il lavoratore a domicilio svolge sì la sua prestazione all'esterno dei locali dell'azienda (nel suo domicilio o in altro luogo nella sua disponibilità) ma, comunque, in un luogo predeterminato e fisso, mentre il lavoratore agile ha, almeno generalmente, maggiore autonomia nel decidere, di volta in volta, dove svolgere la prestazione.

Abbiamo detto che l'assenza di vincoli di luogo e di orario non è incompatibile con la natura subordinata del rapporto di lavoro. Per il lavoro a domicilio il legislatore ha, tuttavia, introdotto una nozione di subordinazione attenuata e derogatoria rispetto a quella dell'art. 2094 (che sia aggiunge alle altre ipotesi di subordinazione attenuata elaborate dalla giurisprudenza) c.c. «*La subordinazione, agli effetti della presente legge e in deroga a quanto stabilito dall'articolo 2094 del codice civile, ricorre quando il lavoratore a domicilio è tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere nella esecuzione parziale, nel completamento o nell'intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente*» (art. 1, comma 2, l. n. 877 del 1973). Quello che rileva ai fini del riconoscimento della natura subordinata del rapporto, secondo la giurisprudenza, è che

---

<sup>26</sup> Sebbene la normativa del 1973 regoli solo il lavoro a domicilio subordinato, il lavoro a domicilio può essere anche autonomo.

<sup>27</sup> Il legislatore italiano distingue tra retribuzione a tempo – quando il lavoratore viene retribuito in funzione del tempo di lavoro/delle ore di lavoro - e retribuzione a cottimo – quando il lavoratore viene retribuito in funzione del risultato produttivo (art. 2099 c.c.: “*La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo...*”). Una retribuzione a cottimo pieno è ammessa nell'ordinamento italiano solo per il lavoratore a domicilio, proprio perché il datore di lavoro non può controllarne il rispetto dei tempi di lavoro. In tutti gli altri casi è ammesso solo un cottimo misto, ovvero è necessario che al lavoratore sia, a prescindere dal suo rendimento, garantito comunque un compenso minimo: questo perché, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione, il lavoratore ha diritto non solo ad una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del suo lavoro ma anche sufficiente “*a garantire a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*”.



il datore di lavoro “possa fare affidamento sulla prestazione del lavorante a domicilio, prestazione che si inserisce così nel ciclo produttivo aziendale e diviene elemento integrativo dell’attività imprenditoriale”<sup>28</sup>. La giurisprudenza ha negato, invece, natura subordinata al lavoro a domicilio quando il lavoratore è libero di accettare o rifiutare le richieste del committente e può decidere autonomamente i tempi di consegna del lavoro<sup>29</sup>.

Il telelavoro<sup>30</sup> - considerato, ancora più del lavoro a domicilio, il predecessore diretto del lavoro agile, a tal punto che in alcuni casi diventa difficile distinguere le due fattispecie - è regolato nel pubblico impiego da una legge (la legge n. 191 del 1998) e da un regolamento di attuazione della stessa (il D.P.R. n. 70 del 1999 “*Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell’articolo 4, comma 3, della L. 16 giugno 1998, n. 191*”) e nell’impiego privato da un accordo interconfederale (del 9 giugno 2004)<sup>31</sup> e dai contratti collettivi.

Come nel lavoro agile, anche nel telelavoro la prestazione viene svolta al di fuori dei locali dell’impresa ma in una postazione fissa, che può coincidere con il domicilio del lavoratore ma anche con un locale nella disponibilità del datore di lavoro.

Diversamente dal lavoro agile, la prestazione deve essere svolta necessariamente attraverso strumentazioni tecnologiche. E’ infatti, proprio questo l’elemento, insieme alla circostanza che la prestazione viene svolta all’esterno dell’azienda, che caratterizza il telelavoro, come emerge anche dalla sua definizione: “*il telelavoro costituisce 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*” (così l’art. 1 dell’accordo interconfederale del 9 giugno 2004).

Le strumentazioni tecnologiche sono generalmente fornite dal datore di lavoro ma non è esclusa la possibilità – esclusivamente nell’impiego privato<sup>32</sup> – che il lavoratore si avvalga di strumentazioni proprie. Fatta eccezione proprio per il caso in cui il telelavoratore faccia uso di strumenti propri, è generalmente il datore di lavoro ad essere responsabile della fornitura, dell’installazione e della manutenzione degli strumenti necessari ad un telelavoro svolto regolarmente.

L’organizzazione dei tempi di lavoro viene generalmente gestita autonomamente dal telelavoratore, anche se non può essere esclusa l’ipotesi di un telelavoratore vincolato al rispetto di un preciso orario di lavoro.

Se il lavoro agile è certamente lavoro subordinato, il telelavoro può essere ricondotto sia al lavoro subordinato che al lavoro autonomo, sebbene il legislatore sia del settore pubblico che di quello privato sembrano spingere per la qualificazione del telelavoro come subordinato. Rispetto al lavoro agile il telelavoro sembra garantire minore flessibilità al lavoratore, in particolare per quanto riguarda il luogo di lavoro che, come abbiamo detto, pur essendo esterno all’azienda, è una postazione fissa.

<sup>28</sup> Così la giurisprudenza prevalente: cfr. Cass. 19 ottobre 2007, n. 21954, in *Lav. giur.*, 2008, p. 308, e in *Dir. e prat. lav.* 2008, p. 1644; Cass. 6 marzo 2006, n. 4761, in *Lav. giur.*, 2006, p. 813; Cass. 15 novembre 2004, n. 21594, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 1064

<sup>29</sup> Così Cass. 16 ottobre 2006, n. 22129, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, p. 283.

<sup>30</sup> Sul telelavoro cfr. M. LEPORE, *La sicurezza e la tutela della salute dei telelavoratori. L’accordo europeo del 16 luglio 2002*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, p. 813 e ss.; L. GAETA, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002.

<sup>31</sup> L’accordo interconfederale recepisce, a sua volta, l’accordo europeo sul telelavoro stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP.

<sup>32</sup> Per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, la postazione di telelavoro “*deve essere messa a disposizione, installata e collaudata a cura ed a spese dell’amministrazione interessata, sulla quale gravano altresì la manutenzione e la gestione di sistemi di supporto per il dipendente ed i relativi costi*” (art. 5, comma 2, D.P. R. n. 70 del 1999).

## CONCLUSIONI

Il lavoro agile viene espressamente definito dal legislatore italiano come una modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato, che si caratterizza per l'assenza di precisi vincoli di tempo e di luogo, e che per essere attivata necessita di un accordo tra le parti, accordo al quale è anche demandata la disciplina di alcuni tra gli aspetti più significativi dell'esecuzione della prestazione di lavoro all'esterno dell'azienda.

L'assenza di precisi vincoli temporali e l'assenza di vincoli di luogo non sono, come si è detto, incompatibili con una prestazione di lavoro subordinato (*ex art. 2094 c.c.*), anche se questi elementi sono considerati generalmente dalla giurisprudenza indici di autonomia della prestazione. L'elemento che connota la subordinazione è infatti l'eterodirezione che può manifestarsi, sia pure in modo attenuato, anche quando il rapporto di lavoro si svolge a distanza. Anche la circostanza che la legge demandi all'accordo individuale la determinazione delle modalità di esercizio del potere direttivo quando la prestazione si svolge in modalità agile, non significa che le parti possano limitare o far venir meno l'eterodirezione, ma semplicemente che possono (non si tratta infatti di un obbligo) specificare nell'accordo le modalità con le quali questa si deve manifestare.

Il lavoro a domicilio e il telelavoro hanno alcuni tratti in comune con il lavoro agile. Come il lavoro agile, entrambe le fattispecie si caratterizzano, infatti, perché la prestazione lavorativa si svolge all'esterno dell'azienda (nel domicilio del lavoratore o, nel telelavoro, anche in altro locale esterno all'azienda) e senza vincoli di orario; entrambe le fattispecie, inoltre, sono (o possono essere) subordinate. Solo per il lavoro a domicilio, il legislatore ha, tuttavia, espressamente dettato una nozione di subordinazione attenuata e derogatoria rispetto all'art. 2094 c.c. Possiamo tuttavia considerare anche il telelavoro e il lavoro agile – sebbene il legislatore non le definisca espressamente come tali - ipotesi (tipizzate) di subordinazione attenuata, alla stregua del lavoro a domicilio e della altre ipotesi individuate dalla giurisprudenza. In tutti questi casi, infatti, la subordinazione – che si concretizza e esprime nell'esercizio del potere direttivo e organizzativo da parte del datore di lavoro - esiste ma il datore di lavoro rinuncia ad alcune sue prerogative – determinazione dell'orario di lavoro e del luogo della prestazione – rimettendole al lavoratore, che così acquisisce maggiore flessibilità e autonomia nell'esecuzione della prestazione di lavoro.

Il lavoro agile, rispetto ai suoi due precedenti (lavoro a domicilio e telelavoro), anche in ragione dell'emergenza pandemica, ha conosciuto una diffusione ed un successo tali da portarci a ritenere che sia destinato anche in futuro ad essere utilizzato in modo consistente, così da configurarsi come una “normale” modalità di svolgimento della prestazione di lavoro subordinato. Dobbiamo allora immaginare che quei tratti – assenza di vincoli di tempo e assenza di vincoli di luogo - che ci appaiono adesso distonici rispetto alla subordinazione così come tradizionalmente intesa non saranno più considerati tali in un futuro prossimo, che vedrà sempre più lavoratori eseguire la loro prestazione in tempi e spazi dilatati.