



6 OTTOBRE 2021

Lo spazio negoziale nella disciplina
post-pandemica del lavoro agile nella
p.a.

di Emilia D'Avino

Ricercatrice in Diritto del lavoro

Università degli Studi di Napoli "Parthenope"



Lo spazio negoziale nella disciplina post-pandemica del lavoro agile nella p.a.*

di Emilia D'Avino

Ricercatrice in Diritto del lavoro
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Abstract [It]: Il contributo si prefigge l'obiettivo di delineare gli spazi futuri di negoziazione collettiva ed individuale nell'assetto post-pandemico dello smart working nella p.a.

Abstract [En]: The paper aims to identify the future spaces of collective bargaining and of individual autonomy in the context of post-pandemic legislation on smart working in public administrations.

Parole chiave: Lavoro agile; pubblico impiego; contrattazione collettiva; autonomia negoziale; flessibilità

Keywords: Smart working; public employment; collective bargaining; collective and individual freedom of contract; flexibility

Sommario: 1. Il dilemma della regolamentazione dello smart working: quale spazio per l'autonomia negoziale? 2. Il ruolo (limitato) delle relazioni sindacali: la "fase genetica" del lavoro agile. 2.1. Il metodo partecipativo nella fase progettuale di organizzazione e innovazione. 3. Gli spazi per la contrattazione collettiva nazionale e integrativa. 3.1. La valutazione della produttività e la sua valorizzazione economica e professionale ad opera della contrattazione: un cambiamento dei trattamenti accessori e del welfare integrativo. 3.2. La ridefinizione "in chiave moderna" dei trattamenti accessori e del welfare integrativo. 4. Gli spazi residuali dell'autonomia individuale.

1. Il dilemma della regolamentazione dello smart working: quale spazio per l'autonomia negoziale?

Alla luce dell'attuale fase calda delle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi di comparto, nonché dell'acceso dibattito politico sul possibile "ritorno al passato" o sul probabile ridimensionamento del ricorso allo smart working post-pandemico nel pubblico impiego, è interessante ricostruire gli spazi riservati all'autonomia negoziale per la ridefinizione della disciplina in materia¹. Effettivamente, soprattutto in ragione dell'imminente ripristino della "modalità ordinaria in presenza" del pubblico impiego ad opera del DPCM del 23 settembre 2021 e dell'esigenza di ridefinire le sorti dell'istituto del lavoro agile, è senza dubbio opportuno riflettere sulla necessità di ricalibrare il rapporto tra legge,

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Su questo tema, da ultimo L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1, 2021, p. 3; ID., *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro, Quaderni Diritti Lavori Mercati*, n. 11, 2021, p. 45.

contrattazione collettiva e contratto individuale in questo ambito²: magari valorizzando le competenze affidate alle relazioni sindacali, anche al fine di superare l'impropria sovrapposizione tra smart-working e home working creatasi in fase pandemica. Del resto, la normativa emergenziale, nel regolamentare in via unilaterale l'istituto, ne ha offuscato le vere finalità di flessibilità organizzativa³. In altre parole, in fase emergenziale il lavoro agile si è rivelato una “mera traslazione fuori ufficio delle logiche proprie della prestazione in presenza”⁴ e non ha visto dare rilevanza né all'accordo individuale, né alla partecipazione collettiva, con l'effetto di sminuire l'obiettivo per il quale l'istituto stesso è stato introdotto, ossia quello di assicurare al contempo conciliazione vita-lavoro e *good administration*.

A dire il vero, è noto che l'importanza del ruolo delle parti sociali e dell'accordo con il lavoratore nella predisposizione delle regole in materia è stata a lungo trascurata, nonostante il suo formale riconoscimento⁵, a causa di difficoltà applicative derivanti proprio dalle specificità del rapporto di

² Tale rapporto è già da tempo discusso anche nel più ampio dibattito sull'interazione tra le fonti nel pubblico impiego. Non è possibile approfondire in questa sede il dibattito, che si dà qui per conosciuto. Nell'ambito del lavoro pubblico, affronta questa tematica da ultimo B. CARUSO, *Statuto, conflitti, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro, nel settore pubblico, oggi*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, Quaderni Diritti Lavori Mercati*, n. 10, 2021, p. 309.

³ Il d.l. 30 aprile 2021 n. 56 (art. 1) – il cui contenuto è poi rifluito nell'art. 11 bis d.l. 22 aprile 2021, n. 52, introdotto dalla l. 17 giugno 2021 n. 87 – ha prorogato il lavoro agile emergenziale al 31 dicembre 2021 e ha ridotto ad “almeno il 15%” l'obbligo delle amministrazioni di garantire il lavoro agile, con o senza POLA. Sulla regolamentazione unilaterale dello smart working in periodo pandemico v. M. ALESSI, M. L. VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, p. 131; S. BELLOMO, A. MARESCA, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid*, Giappichelli, Torino, 2020, ivi in particolare ivi il contributo di F. FERRARO, *La disciplina emergenziale del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*; M. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n. 6, 2020, p. 553; S. CAIROLI, *Lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione entro ed oltre i confini dell'emergenza epidemiologica*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2021; B. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smartworking?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2020, p. 215; R. DE LUCA TAMAJO, F. MAFFEI, *L'esperimento emergenziale e post-emergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Piacenza, 2020, p. 229; C. DI CARLUCCIO, *Il lavoro agile nelle p.a.*, in *Giustizia Civile.com*, 24 luglio 2020; F. DI MASCIÒ, S. ANGELETTI, A. NATALINI, *Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni centrali ai tempi del COVID-19*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, n. 1, 2021, pp. 95-126; M. FREDIANI, *Il pubblico impiego in regime di coronavirus tra modifica d'imperio del luogo della prestazione e lavoro a domicilio*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5, 2020, p. 511; M. LAMBERTI, *Il lavoro a distanza nell'emergenza sanitaria e le prospettive dello smartworking*, in *Massimario di Giurisprudenza sul lavoro*, n. 3, 2020; M. LAMBROU, *Smart working durante l'epidemia*, in *Dottrina per il Lavoro*, n. 9, 2021, p. 537; M. RUSSO, *Lavoro agile nella p.a. tra fase emergenziale e cambiamento strutturale*, in *Giustiziacivile.com*, 19 ottobre 2020; M. TUFO, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 1, 2021, p. 41; M. TURRIN, *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020; G. QUADRI, *Lo smart working tra esigenze organizzative e tutela della persona del lavoratore pubblico*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori... cit.*, p. 269; R. ZUCARO, *Pubblica amministrazione e smartworking, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *Il lavoro nella pubblica amministrazione*, n. 2, 2020, p. 81.

⁴ R. BRUNETTA, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper n. 10, 2021.

⁵ Il coinvolgimento formale delle parti sociali è stato previsto sin dall'entrata in vigore della disciplina sul lavoro agile ed è, altresì, il risultato del combinato disposto ex artt. 5, 9, 40 d.lgs. 165/2001 e della c.d. “Direttiva Madia” n. 3 del 2017. Anche l'accordo individuale ha sin dal primo momento avuto un suo ruolo ma comunque il contenuto non è stato mai totalmente rimesso all'autonomia delle parti. Si v. *infra*, p. 4.

pubblico impiego⁶. Tali problematiche, oltre a condurre ad una scarsa diffusione dell'istituto, hanno ostacolato sin dall'inizio il raggiungimento degli obiettivi del riequilibrio sociale e di un'amministrazione efficace⁷.

È dunque doveroso interrogarsi, oggi, sui possibili percorsi di sviluppo e rafforzamento delle relazioni negoziali rispetto alle premesse originarie e, ancor più, rispetto alla normativa pandemica.

Un punto fermo per il futuro, che sembra emergere anche dagli intenti dichiarati per l'adozione dei prossimi interventi normativi⁸, è quello di voler "ripristinare" la funzione originaria dello smart working. Per far ciò l'istituto non potrà certo essere (più) il frutto di una mera imposizione unilaterale, derivante dall'alto.

A tal proposito, può dirsi, senza dubbio, che le disposizioni in materia relative alla fase post-pandemica, per alcuni aspetti, sembrano affidare un ruolo più ampio alle relazioni sindacali⁹ ma, per altri, inducono a temere che il contratto individuale rischi di assumere un ruolo eccessivamente marginale.

⁶ Alcune indicazioni di lettura sulla normativa del lavoro agile nella p.a. in seguito alla l. 81/2017 sono rinvenibili in M. ALTIMARI, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in *Variazioni Temi Diritto del lavoro*, n. 3, 2018; M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, fascicolo Unico, 2017; D. CALDERARA, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, n. 2, 2018; L. DEL VECCHIO, *Il lavoro agile oltre l'emergenza*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 2, 2021, p. 370; C. ROMEO, *Il lavoro agile in ambito privato e pubblico*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, n. 12, 2017, p. 824; 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*, Cedam, Padova, 2018, p. 471; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, in *Rivista giuridica del lavoro*, n. 1, 2018, p. 127; V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo smart working nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018; A. TAMPIERI, *Telelavoro e lavoro agile*, in L. FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 682; C. TIMELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *Variazioni Temi Diritto del Lavoro*, n. 2, 2020; C. TIMELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *Variazioni sui temi di diritto del lavoro*, n. 2, 2020; R. CASILLO, M. TUFO, *Il lavoro agile*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 204; M. TURRIN, *La necessaria continuità dell'azione amministrativa e l'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 19 marzo 2020; M. L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la Riforma Madia*, in *Quaderni di Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 4, 2019, p. 169; P. SARACINI, *Lo smart working nel settore pubblico*, in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, Futura, Roma, 2021, p. 87; A. ZILLI, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in D. GAROFALO, *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, Adapt University Press, 2018, p. 360; L. ZOPPOLI, P. MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2020, p. 312; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart-working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it - 421/2020.

⁷ Obiettivi prioritari per le relazioni collettive. V. C. RUSSO, *Formazioni sociali e partecipazione nell'organizzazione dei servizi pubblici*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 375.

⁸V. le dichiarazioni del Ministro Brunetta del 17 settembre 2021 su [Funzione Pubblica](#); V. anche [Question Time](#) alla Camera del Ministro.

⁹ Il recupero del dialogo con le parti sociali è stato evidenziato anche da A. PERULLI, «Diritto riflessivo» e autonomia collettiva al tempo di Covid-19, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2020, p. 299. V. E. ALES, *La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute... cit.*, p. 231. Sull'evoluzione del ruolo della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, tra gli altri, P. FELTRIN, *Le logiche sindacali di azione nel pubblico impiego in tempi di crisi e riforme* e P. MASTROGIUSEPPE, V. TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale*, in *Sinapsi*, 2020, X, 1, rispettivamente p. 33 e p. 55; P. MASTROGIUSEPPE, V. TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale. Stato dell'arte e prospettive*, in *Il Lavoro nella pubblica amministrazione*, n. 2, 2021, p. 251.

Sul versante collettivo, infatti, svariati sono i richiami alla contrattazione nazionale e ad alcuni istituti di confronto e partecipativi delle oo.ss.¹⁰. A riprova di quanto detto è sufficiente analizzare anzitutto l'art. 263, comma 4-bis, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ss.mm.ii. Tale disposizione, nel disciplinare le modalità transitorie di regolamentazione dello smart working¹¹, rinvia espressamente ai contratti collettivi per la “definizione della disciplina del lavoro agile”, gli permette di anticipare il termine entro cui viene a cadere la disciplina emergenziale e introduce alcuni meccanismi di confronto con le parti sindacali per l'adozione del Piano Organizzativo del Lavoro Agile (d'ora in poi Pola, che confluirà nel Piano integrato per la nuova amministrazione introdotto dall'art. 6 d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. in l. 6 agosto 2021, n. 113). Oltretutto, l'art. 6 d.l. 80/2021 conv. in l. 113/2021 dispone che i sindacati debbano essere informati sulle modalità di valorizzazione delle risorse umane che abbiano acquisito competenze anche attraverso lo smart working. Ancora, l'art. 2 d.l. 13 marzo 2021 n. 30, convertito in legge 6 maggio 2021, n. 61, al comma 1-ter, in materia di diritto alla disconnessione, fa ferma “la disciplina degli istituti in modalità agile stabilita dai contratti collettivi nazionali”. Del resto, l'importanza di creare un dialogo diretto tra riforme legislative e contrattazione è evidenziata anche nel Patto per l'Innovazione del lavoro pubblico¹².

Sembra, per di più, che tali intenti non siano solo sulla carta. L'apertura delle trattative dei rinnovi contrattuali e l'esito dei primi confronti mostrano effettivamente la volontà di dare concretezza a quanto auspicato, sebbene siano state espressamente palesate dall'ARAN le difficoltà di disciplinare il rapporto di lavoro agile per la mancanza di precedenti discipline di comparto. Senza alcun dubbio i precedenti negoziali avrebbero consentito invece di cogliere gli specifici aspetti del lavoro nelle differenti realtà amministrative, e, di conseguenza, avrebbero permesso oggi di operare scelte contrattuali adeguate¹³. Tuttavia, merita di essere messo in luce come dagli atti organizzativi della p.a. emerga che il coinvolgimento dei sindacati non possa estendersi ai profili organizzativi. Ciò, inevitabilmente, come vedremo nel paragrafo successivo, ne limita sostanzialmente l'operato.

Ad ogni modo, come anticipato, analoghi segni (seppur timidi) di apertura non possono ravvisarsi per gli spazi lasciati all'autonomia individuale. Invero, eccezion fatta per il possibile coinvolgimento nella definizione degli obiettivi individuali della performance, essi sembrano esaurirsi nella mera specificazione di quanto già previsto dalle fonti superiori¹⁴, nonché in pochi aspetti estremamente di dettaglio e attinenti

¹⁰ Si pensi al coinvolgimento delle oo.ss. per la redazione del Pola, seppur marginale, e al ruolo degli Organismi Paritetici, che vedremo *infra*.

¹¹ Così come modificata dal d.l. 30 aprile 2021 n. 56 (art. 1), il cui contenuto è poi rifluito, con marginali modifiche, nell'art. 11 bis, introdotto dalla l. 17 giugno 2021 n. 87.

¹² Sull'importanza della contrattazione collettiva anche M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, n. 1, 2021, p. 25.

¹³V. [Punto della Trattativa al 15 settembre](#).

¹⁴ Sull'importanza dell'accordo individuale e sulla possibilità di bilanciare le esigenze della parte datoriale e del lavoratore attraverso l'intervento della contrattazione collettiva v. G. LUCCHETTI, *Il lavoro da remoto tra consenso del lavoratore e organizzazione dell'impresa*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 77.

alle esigenze personali di conciliazione vita-lavoro. Rientra in questa ultima ipotesi, ovviamente, il diritto alla disconnessione che, ai sensi dell'art. 2 sopra citato, può essere disciplinato – al di fuori di quanto stabilito dalla legge e dalla contrattazione collettiva – da “eventuali” accordi sottoscritti dalle parti e in base ad “eventuali” periodi di reperibilità concordati.

Non è una novità, d'altronde, che nel settore pubblico la negoziazione individuale sia piuttosto limitata e, alla luce delle Linee Guida Pola, è l'amministrazione stessa a dover definire quale sarà il contenuto dell'accordo¹⁵. Questa peculiarità si motiva in ragione delle prerogative riservate alle pp.aa. nell'ambito della regolamentazione dei rapporti di lavoro¹⁶, finalizzate ovviamente alla persecuzione dei tre obiettivi correlati della produttività, dell'efficienza e della *customer satisfaction*¹⁷.

D'altro canto, queste finalità sono rimarcate, adesso più del passato, nell'intera ottica di programmazione del lavoro agile. In effetti, “seppure sottotono e con approccio impositivo, il legislatore ha introdotto un correttivo squisitamente organizzativo allo squilibrio dello sw emergenziale sul profilo soggettivo. Non negando che ci possano essere anche a regime delle condizioni soggettive in cui è più marcato l'interesse del lavoratore a svolgere sw, ma precisando che nel ricorrere allo smart working devono esserci le condizioni oggettive che rendano praticabile e preferibile il lavoro agile rispetto a quello statico...”¹⁸.

È da questo punto di vista che l'interesse soggettivo del lavoratore – e di conseguenza anche il valore dell'accordo individuale – passano in ultimo piano. In tale assetto solo il dialogo con le parti sociali potrebbe aiutare a mediare, promuovendo l'introduzione di disposizioni che non sacrificino, ma bilancino, i diversi interessi coinvolti.

¹⁵ Così viene prescritto nelle Linee Guida per l'adozione del Pola.

¹⁶ Si v. *infra*. Un problema si pone in special modo in relazione alla competenza esclusiva dirigenziale nell'assumere determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro. L. ZOPPOLI, P. MONDA, *op. cit.*, p. 312. Sui poteri dirigenziali v. anche A. BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia, cit.*, Relazioni, p. 39 e già U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, n. 6, 2009, p. 29.

¹⁷ D'altronde, questa finalità è evidente alla luce della normativa emergenziale post d.l. 52/2021, d.l. 56/2021 e l. 87/2021, in virtù della quale è stato modificato il d.l. 34/2020 ed è stato disposto che le pp.aa. organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata con l'utenza, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui alla lettera b) del comma 1 del medesimo articolo 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti ai cittadini e alle imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente.

¹⁸ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico?... cit.*

2. Il ruolo (limitato) delle relazioni sindacali nella “fase genetica” del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni

Alla luce di quanto sino ad ora detto, preme evidenziare che nelle pubbliche amministrazioni il lavoro agile “nasce dalla programmazione”¹⁹ unilaterale, della quale sono responsabili *in primis* i dirigenti, anche per gli aspetti relativi all’individuazione del personale da collocare in smart working. È qui che, dunque, “la previa valutazione oggettiva è un tratto normativo imprescindibile del lavoro agile post-pandemico, reso dall’esperienza un fenomeno non più di nicchia ma ad ampia ed augurabile diffusione. Augurabile in vista di un triplice interesse: organizzativo – nel senso dell’efficienza/efficacia dell’azione dell’organizzazione – che può scindersi (a) nell’interesse datoriale al buon funzionamento organizzativo e (b) nell’interesse degli utenti a ricevere il miglior servizio possibile; del benessere del dipendente; del minor impatto ambientale dell’organizzazione dei servizi resi nella p.a.”²⁰.

In questa fase “genetica” dello smart working il ruolo delle parti sociali è – e resterà, anche alla luce degli ultimi interventi e atti di indirizzo²¹ – piuttosto periferico²². Infatti, ai fini della pianificazione del lavoro agile, l’articolo 14, comma 1, della l. 7 agosto 2015, n. 124 ss.mm.ii.²³, focalizza l’attenzione sul Pola e sugli indicatori di performance, funzionali a un’adeguata attuazione e ad un progressivo sviluppo dell’istituto²⁴. Per la predisposizione di tale Piano, in linea con quanto previsto dall’art. 5 c. 2 d.lgs. 165/2001 e coerentemente con la sua natura di atto di organizzazione e programmazione della p.a., è previsto (analogamente a quanto già disposto nella Direttiva Madia) solamente un mero coinvolgimento sindacale mediante informativa e, a richiesta, esame congiunto o confronto. Questo coinvolgimento è stato ribadito a seguito della conversione del d.l. 80/2021 in quanto il nuovo testo dell’art. 6 co. 2 lett. c) afferma espressamente che deve essere assicurata adeguata informazione alle organizzazioni sindacali anche in relazione agli strumenti e agli obiettivi di valorizzazione delle risorse interne, incluso nel caso di accrescimento culturale conseguito attraverso lo smart working.

¹⁹ Così è ben chiarito dalle Linee Guida sul Piano Organizzativo del Lavoro Agile e indicatori di performance (Art. 14, comma 1, legge 7 agosto 2015, n. 124, come modificato dall’articolo 263, comma 4-bis, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77).

²⁰ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico?...*, cit.

²¹ Si v. l’atto di indirizzo dei Comitati di settore per il rinnovo contrattuale 2019-2021 per il personale del comparto delle Funzioni Locali, che ribadisce la sottrazione alla contrattazione collettiva delle materie relative alle determinazioni per l’organizzazione degli uffici, anche in tale modalità.

²² Sul tema L. ZOPPOLI, P. MONDA, *op. cit.*. V. anche M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 147. Quanto detto nel testo, d’altronde, è chiaro alla luce dell’atto di indirizzo quadro del Ministro della pubblica amministrazione per i rinnovi contrattuali del triennio 2019-2021 per il personale del comparto Funzioni Centrali.

²³ Come modificato dall’art. 263, comma 4-bis, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

²⁴ Sull’adozione del Pola anche G. NICOSIA, *Il Piano organizzativo del Lavoro Agile: tutele e cautele nelle PA, Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera*, 12 febbraio 2021.

Tuttavia, il coinvolgimento, stando alle linee Guida sul Piano Organizzativo del Lavoro Agile, non deve estendersi ai contenuti del Piano della Performance, né alla definizione degli obiettivi individuati dall'amministrazione. Questo chiarimento - utile alla luce dell'unificazione dei Piani della Performance, del Pola e del Piano anticorruzione ai sensi del già citato art. 6 d.l. 80/2021, conv. in l. 113/2021 - permette di notare come, ugualmente al passato, l'intervento dei sindacati dovrebbe limitarsi alla definizione (ad esempio) delle attività ammesse a lavoro agile o dei criteri di preferenza da utilizzare in caso di un numero di richieste superiore alla percentuale di dipendenti che possano avere accesso al lavoro agile o, ancora, alla luce di quanto appena detto, in ambito di valorizzazione della professionalità acquisita con lo smart working.

Da tale assetto deriva, in primo luogo, che se per un verso il meccanismo della consultazione e confronto può essere utile in un'ottica di collaborazione²⁵, per l'altro certamente non rappresenta un modello di partecipazione influente e determinante nelle scelte della p.a.

In secondo luogo, è evidente che le parti sociali non possono "intromettersi" in alcun modo nella definizione di quelle che, già secondo la Direttiva Madia, sono condizioni abilitanti del lavoro agile, ossia gli obiettivi e la valutazione delle performance. Ciò, sebbene il rapporto tra lavoro agile e performance (e tra le relative discipline) sia immediato. È ormai assodato, in effetti, che lo smart working "genuino" dovrebbe caratterizzarsi proprio per la prestazione intesa come risultato. L'obiettivo, in altre parole, rappresenta esso stesso elemento fondamentale del lavoro agile²⁶ e la valutazione della prestazione non può che essere poi correlata direttamente alla performance, anziché al controllo sul rispetto dei tempi e dei luoghi di lavoro. Intervenire in questo ambito, tuttavia, resta prerogativa esclusiva della p.a.²⁷. E su questo lo stesso art. 6 co. 2 lett. b) non lascia alcun dubbio, essendo stato chiarito in sede di conversione che la gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il lavoro agile, deve essere finalizzata a processi di pianificazione che seguano esclusivamente "le logiche del project management".

2.1. Il metodo partecipativo nella fase progettuale di organizzazione e innovazione

Al di fuori dell'adozione del Pola è possibile ravvisare un rinnovato impulso al coinvolgimento della rappresentanza sindacale nell'esercizio del potere di organizzazione legata alla gestione delle risorse

²⁵ Secondo la ricerca Forum PA sul lavoro pubblico pubblicata il 21 giugno 2021, prima della pandemia il ricorso a forme di lavoro agile era sostanzialmente irrilevante, circa l'1% nel 2019 secondo l'ISTAT. I provvedimenti del Governo hanno portato in smart working un dipendente della PA su tre (il 33%) nel secondo trimestre 2020.

²⁶ Sul rapporto tra lavoro agile e performance v. A. RICCIO, *Lavoro agile e telelavoro*, in A. BOSCATI, *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, 2021, p. 351.

²⁷ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico?... cit.* Già con l'art. 14, co. 1, l. 124/2015, il legislatore aveva aperto la strada a nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che costituissero oggetto di valutazione nell'ambito dei percorsi di misurazione della performance organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche.

umane²⁸ grazie alla valorizzazione del metodo partecipativo, in particolar modo attraverso gli organismi paritetici di partecipazione per l'innovazione²⁹. Essi, in effetti, rappresentano l'istituzionalizzazione e la formalizzazione del dialogo sociale, come del resto auspicabile alla luce dell'art. 9 d.lgs. 165/2001³⁰.

Senza dubbio, il ruolo di questi organismi è adeguato ad incidere su “atti e decisioni di valenza generale delle amministrazioni, in materia di organizzazione o aventi riflessi sul rapporto di lavoro”³¹. D'altronde, come indicato anche nel Patto per l'innovazione questi organismi potrebbero aiutare tutte le parti interessate a raggiungere l'obiettivo di rinnovare le amministrazioni, garantendo una flessibilità che riguarda tre variabili: lavoro, organizzazione e tecnologia. In tal modo si risponderebbe tempestivamente alle esigenze dei cittadini e delle imprese in questi scenari in continuo mutamento.

Pertanto, gli organismi rappresentano la sede ideale in cui dovrebbero attivarsi stabilmente relazioni aperte e collaborative su progetti di organizzazione del lavoro agile, dell'innovazione e del miglioramento dei servizi, al fine di formulare proposte all'amministrazione o alle parti negoziali della contrattazione integrativa³². Non stupisce, quindi, che in sede di rinnovo della contrattazione nazionale di comparto delle Funzioni Centrali le oo.ss. abbiano proposto che tali organismi divengano sede di confronto, non più soltanto sugli aspetti innovativi, ma su tutte le materie relative all'organizzazione del lavoro³³.

3. Gli spazi per la contrattazione collettiva nazionale e integrativa

All'apice della valorizzazione dell'autonomia negoziale, più degli istituti partecipativi, vi è – da sempre – la contrattazione collettiva. Il Patto per l'innovazione sottolinea, in effetti, che il “confronto in sede

²⁸ Su questa tendenza alla luce della riforma Madia v. E. ALES, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma... cit.*, pp. 52-53.

²⁹ G. GENTILE, *Autonomia collettiva e flessibilità del lavoro pubblico alla prova dei rinnovi contrattuali*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 395. Sulla partecipazione sindacale v. anche L. BORDOGNA, *Autonomia e responsabilità degli attori: dalla riforma Madia ai contratti collettivi nazionali*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la Riforma Madia, cit.*, p. 63; C. RUSSO, *Formazioni sociali e partecipazione nell'organizzazione dei servizi pubblici*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 375.

³⁰ Sul ruolo della partecipazione a seguito della riforma Madia v. A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro alla dipendenza della PA dopo la “Riforma Madia”*, Wolter Kluwer, Milano, 2018, p. 57; M. CORTI, *La partecipazione alla luce delle nuove regole (passato, presente, sperimentazione)*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia, cit.*, p. 105; M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, fascicolo Unico, 2017; L. ZOPPOLI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo e il nuovo modelli di relazioni sindacali “partecipate”*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 1, 2018, p. 408.

³¹ Cfr. art. 3, comma 4, ccnl Funzioni centrali; art. 3, comma 4, ccnl Funzioni locali; art. 3, comma 4, ccnl Sanità; art. 4, comma 4, ccnl Istruzione e Ricerca.

³² Su questo ruolo, in riferimento allo smart working, v. l'art. 6 ccnl Funzioni locali, Triennio 2016 – 2018 siglato il 17 dicembre 2020. Ivi è previsto che le parti, nel condividere gli obiettivi stabiliti per la diffusione del lavoro agile nella pubblica amministrazione, auspicano la più ampia applicazione dell'istituto anche nei confronti del personale destinatario del ccnl assicurando i necessari momenti di partecipazione e coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. V. Art. 6, c. 2, ccnl Funzioni Centrali; art. 7, c. 2, ccnl Sanità; art. 9, c. 2, ccnl Istruzione e ricerca.

³³V. [Punto della trattativa del 16 giugno 2021](#) e [23 giugno 2021](#). Le istanze sono state reiterate anche durante gli [incontri di settembre](#).

ARAN sarà l'occasione per definire le linee di intervento sul lavoro agile perché si eviti una iper regolamentazione legislativa e vi sia più spazio per la contrattazione al fine di adattare alle esigenze delle diverse funzioni queste nuove forme di lavoro che, laddove ben organizzate, hanno consentito la continuità di importanti servizi pubblici anche durante la fase pandemica". D'altronde, i già citati artt. 2, comma 1-ter, d.l. 13 marzo 2021 n. 30 conv. in l. 6 maggio 2021 n. 61, e 263, c. 4-bis, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ss.mm.ii. prevedono un rinvio diretto alla contrattazione collettiva nazionale per la disciplina dello smart working.

Ovviamente, i modelli di interlocuzione sindacale saranno quelli individuati dal legislatore, ai sensi degli artt. 2, c. 1, art. 5, c. 2 e art. 40, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165³⁴. In effetti, l'attribuzione di più ampi spazi alla contrattazione collettiva ad opera della Riforma Madia consentirebbe senza troppi problemi di poter affrontare la sfida dell'adeguamento della disciplina del lavoro ai suoi modelli organizzativi attraverso il coinvolgimento sostanziale dell'autonomia collettiva³⁵. È innegabile, del resto, come evidenziano le stesse Linee Guida Pola, che numerosi istituti relativi al trattamento giuridico ed economico non sempre si conciliano con il cambiamento in atto (si pensi, a titolo di esempio, alla disciplina dei permessi, a quella del lavoro straordinario, ecc.), richiedendo un'azione di revisione complessiva da attuare proprio con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali.

Pertanto, la contrattazione collettiva, analogamente a quanto previsto dalla Direttiva Madia³⁶, dovrà determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché la disciplina relativa alle relazioni sindacali³⁷. In materia di sanzioni disciplinari e valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, la contrattazione collettiva sarà invece consentita nei limiti esclusivi previsti dalle norme di legge.

In questo scenario, sarebbe stata probabilmente utile la stipula di un contratto collettivo quadro, in una prospettiva di armonizzazione dei trattamenti dei lavoratori, come si è fatto del resto e proficuamente già

³⁴ C. SPINELLI, *La prospettiva "digitale" delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 383; ID., *Per una PA digitale: la gestione del personale tra innovazione organizzativa e sviluppo delle competenze*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia*, *cit.*, p. 147. Sul riparto delle competenze tra legge e contrattazione collettiva nel pubblico impiego v. tra gli altri G. NATULLO, *Tra legge e contratto: l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico* e M. DELFINO, *I nuovi "spazi negoziali"*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente pp. 15 e 29. V. poi M. RICCI, F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, fascicolo Unico, 2017.

³⁵ Sull'assetto delle fonti nel lavoro pubblico ampiamente G. GENTILE, *op. cit.*, p. 395.

³⁶ Su tale direttiva v. R. CASILLO, M. TUFO, *Il lavoro agile*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 204; M. MARTONE, *Lo smartworking nell'ordinamento italiano*, in *Diritti lavori Mercati*, n. 2, 2018, p. 294.

³⁷ M. ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego... cit.*, p. 147. Al contrario, sono espressamente escluse dalla competenza della contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9 d.lgs. 165/2001, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, nonché quelle di cui all'art. 2 co. 1 lett. c) l. 421/1992.

per il telelavoro (ccnq 23 marzo 2000)³⁸. Un contratto di questo tipo avrebbe permesso di introdurre tutele adeguate, condizioni di lavoro trasparenti, misure di conciliazione vita-lavoro e diritti sindacali. La sua stipula avrebbe garantito la tutela di tutti i dipendenti pubblici, in materie essenziali, come l'organizzazione delle misure di sicurezza sui luoghi di lavoro nonché la formazione professionale, il diritto alla disconnessione³⁹ e tutti gli aspetti direttamente o indirettamente correlati ad esso⁴⁰, ivi inclusa la tutela della *privacy* e la regolamentazione più puntuale del potere di controllo, specialmente in relazione ai dati biometrici⁴¹. Tuttavia, questa strada non è stata sinora intrapresa, optandosi per la contrattazione di comparto e integrativa, probabilmente in ragione dell'esigenza di adattare l'istituto alle specificità di ciascuna p.a.

D'altronde, è la stessa legge che ha affidato alla contrattazione nazionale la regolamentazione del diritto alla disconnessione⁴², originariamente rimessa all'autonomia individuale⁴³. È quindi senz'altro opportuno che attraverso tale fonte si predispongano le varie modalità con le quali attuare lo smart working in senso tecnico, differenziandolo dalle altre forme di esecuzione flessibile, come il telelavoro, l'homeworking ecc.. Effettivamente, in ragione delle singole mansioni da svolgere, le modalità esecutive potrebbero essere le più svariate e, come confermano anche le esperienze nel settore privato⁴⁴, proprio la contrattazione collettiva può trovare autonomamente le soluzioni negoziali rispondenti alle specifiche esigenze aziendali. Si pensi che nella prassi applicativa alcuni contratti collettivi privati hanno configurato ipotesi "spurie" di

³⁸ C. SPINELLI, *La prospettiva "digitale" delle relazioni... cit.*

³⁹ Sul tema v. anche la Risoluzione del Parlamento Europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL) che evidenzia come in questo ambito il ruolo della contrattazione collettiva sia fondamentale. La raccomandazione insiste sul rispetto da parte della legge dell'autonomia delle parti sociali a livello nazionale e dei contratti collettivi nazionali.

⁴⁰ Interessante sarebbe prendere spunto dalla regolamentazione del diritto alla disconnessione contenuta nell'accordo privato siglato tra SNAM S.p.a. e le oo.ss. il 25 marzo 2021. In tale accordo sono espressamente previste le fasce orarie ed i giorni in cui va garantito il diritto alla disconnessione e, in più, si "raccomanda" di non pianificare meeting nelle prime ore mattutine (prima delle 9), durante l'orario di pranzo, o in orari serali (dopo le 18). Si specifica altresì che nella fascia oraria della pausa pranzo il lavoratore non sarà tenuto a visualizzare eventuali comunicazioni aziendali.

⁴¹ Su questo tema v. E. FIATA, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazione del risultato e privacy del lavoratore*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 101 ss.

⁴² V. ZEPELLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 1, 2019, p. 313; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018.

⁴³ Per alcune norme contenute già nei ccnl sulla disconnessione C. SPINELLI, *La prospettiva "digitale" delle relazioni...cit.* A tal proposito, degne di menzione sono le previsioni sul diritto alla disconnessione contenute nelle sezioni Scuola (a livello di singola istituzione scolastica ed educativa) e AFAM del contratto collettivo del comparto Istruzione e ricerca. In particolare, tali clausole contrattuali prevedono che siano oggetto di contrattazione integrativa "i criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio, al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare"⁴³. Più in generale, al secondo livello negoziale i contratti di comparto rinviano la disciplina dei riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle *innovazioni tecnologiche* inerenti all'organizzazione di servizi.

⁴⁴ V. VII Rapporto Adapt, *La contrattazione collettiva in Italia* (2020), Adapt University Press, 2021. Questa fonte evidenzia, tuttavia, come anche nel settore privato ci si limiti ancora ad una disciplina incentrata sul controllo e su precisi vincoli di orario di lavoro e quanto non siano sviluppati adeguati sistemi di valutazione delle performance. Per qualche esperienza di contrattazione v. M. D'ONGHIA, *Remotizzazione del lavoro, relazioni sindacali e tutela della salute dei lavoratori*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica... cit.*, p. 251.

smart working in cui, ad esempio, la flessibilità spaziale non è accompagnata da quella temporale, essendo i vincoli orari determinati comunque unilateralmente dal datore di lavoro⁴⁵. Nella prospettiva opposta, poi, non sono mancati accordi che hanno valorizzato il vincolo fiduciario, affidando libertà di scelta della collocazione oraria delle attività lavorative, pur nel rispetto del limite massimo orario stabilito dalla legge e dalla contrattazione: senza prevedere, dunque, un limite di giorni settimanali in cui dover essere in sede⁴⁶.

Un aspetto importante da porre in luce, in ogni caso, è che nella determinazione delle regole dello smart working tutti i livelli hanno un proprio ruolo e una propria collocazione. Pertanto, come indicato nel Patto nazionale per l'innovazione, alla contrattazione integrativa sarà affidato il ruolo di puntare sulla valutazione oggettiva della produttività e la sua valorizzazione economica e professionale, investendo sul suo potenziamento: al fine di garantire maggiore prossimità ad un rinnovato sistema di relazioni sindacali capace di dare valore alle specificità di contesto che sono presenti nella complessità di attività di lavoro e nelle eterogeneità delle pp.aa.⁴⁷. “L'ampiezza di tali competenze è significativa: valorizzando il contratto integrativo, si offre alle amministrazioni uno strumento massimamente idoneo a rendere il tessuto organizzativo recettivo delle nuove tecnologie”⁴⁸.

3.1. La valutazione della produttività individuale e la sua valorizzazione economica e professionale ad opera della contrattazione

Il tema della valutazione della produttività e della sua valorizzazione economica è, per la verità, uno snodo fondamentale nell'ambito dello smart working.

In un rapporto in cui l'orario di lavoro e la presenza fisica non rappresentano la modalità ordinaria di esecuzione della prestazione, basandosi esso su autonomia, risultato e performance, è indubbia l'esigenza di ottimizzare i meccanismi premiali ed incentivare il raggiungimento degli obiettivi⁴⁹. Sarebbe auspicabile “intrecciare tutte le nuove modalità organizzative di attività e lavoro con i più moderni sistemi di gestione delle amministrazioni non per atti, ma per risultati... per far funzionare al meglio gli strumenti di

⁴⁵ V. il punto II.II. dell'accordo sindacale per la regolamentazione delle condizioni di applicazione del lavoro agile o smart working, stipulato da IBM e oo.ss. del 6 aprile 2021.

⁴⁶ Accordo WoW! siglato da Bayer S.p.a., Bayer CropScience S.r.l. e le oo.ss. il 19 febbraio 2021.

⁴⁷ Sul ruolo della contrattazione integrativa U. GARGIULO, *La contrattazione integrativa nella c.d. riforma Madia: continuità, discontinuità, opportunità, contraddizioni*, in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la riforma Madia... cit.*, p. 111.

⁴⁸ L. ZOPPOLI, P. MONDA, *op. cit.*, p. 312. I contratti nazionali dell'ultima tornata rimettono ai contratti integrativi nazionali o di sede unica il compito di regolamentare i “riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle innovazioni tecnologiche inerenti all'organizzazione di servizi”, cui si aggiunge, nel solo comparto istruzione e ricerca, la determinazione dei “criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio, al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare” (diritto alla disconnessione). P. MONDA, *Lavoro pubblico e trasformazione digitale*, in Sinappsi, 2020, X, 1, p. 121.

⁴⁹ Su questo tema anche E. DE MARCO, *Retribuzione e premialità nel lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 121.

programmazione e gestione già emersi negli ultimi dieci anni: piani di digitalizzazione e sistema delle performance devono essere calati in ogni realtà amministrativa, arricchendo gli indicatori di risultato con elementi che consentano di far emergere le ricadute positive sull'utenza... Dunque, ci si deve allontanare dai tradizionali meccanismi di valutazione dell'adempimento, concretantisi in relazioni giornaliere (sebbene nulla escluda che siano richieste relazioni giornaliere sull'attività svolta per lo smart working), per poter considerare la vera e propria misurazione degli obiettivi raggiunti. Ovviamente, questi obiettivi saranno diversi a seconda delle mansioni”⁵⁰.

Del resto, anche nel settore privato si avverte molto di più questa percezione: basti pensare che, ad esempio, l'accordo siglato il 25 marzo 2021 da SNAM S.p.a. e le oo.ss. prevede, in chiusura, la possibilità che le parti inseriscano, nella struttura del premio di partecipazione 2021-2022, “uno specifico parametro utile a misurare le conseguenze derivanti dall'applicazione dello smart working in termini di produttività”.

3.2. La ridefinizione “in chiave moderna” dei trattamenti accessori e del welfare integrativo

Oltre alla necessità di rivisitare i meccanismi premiali, la contrattazione collettiva dovrebbe accogliere anche la sfida di modernizzare i tradizionali schemi dei trattamenti accessori e di welfare integrativo.

È palese l'esigenza di introdurre istituti *ad hoc*, che adeguino alle peculiarità del lavoro agile le retribuzioni, le voci accessorie, nonché le misure di welfare integrativo, al fine di garantire il diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello applicato nei confronti dei lavoratori che svolgono le proprie mansioni all'interno dell'azienda⁵¹. Invero, va rilevato che non tutti i benefit riconosciuti a questi ultimi - per le loro caratteristiche strutturali - sono fruibili dallo smart worker. Emblematica è proprio la vicenda dell'agevolazione dei buoni pasto⁵², che ha condotto all'ormai più che noto giudizio sulla repressione della condotta antisindacale, a causa del mancato coinvolgimento delle oo.ss. al momento della decisione sulla loro fruibilità in caso di smart working⁵³.

Nei casi di inadeguatezza delle prestazioni in ragione della loro particolare natura, sarebbe in effetti opportuno riconvertire le risorse economiche in benefit strutturalmente diversi, o alternativi, a garanzia

⁵⁰ L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia... cit.*, p. 15. Sulla necessità di definire le mansioni per le quali è possibile ricorrere a smart working v. anche M. LEONARDI, *Il valore strategico del lavoro da remoto nel pubblico impiego*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 211.

⁵¹ Sul tema v. anche P. MONDA, *Il lavoro agile “emergenziale” tra identità giuridica e problemi applicativi*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute... cit.*, p. 285.

⁵² Da tempo risalente la Suprema Corte è intervenuta a chiarire la natura dei buoni pasto, escludendo che essi costituiscano elemento “normale” della retribuzione: il valore dei pasti, di cui il lavoratore può fruire in una mensa aziendale o presso esercizi convenzionati, rappresenta una agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale (Cass. n. 12168 del 1998, [Cass. n. 11212 del 2003](#), [Cass. n. 14290 del 2012](#), [Cass. n. 16135 del 2020](#)), non rientrante dunque nel trattamento retributivo in senso stretto ([Cass. n. 10354 del 2016](#), [Cass. n. 23303 del 2019](#), [Cass. n. 16135 del 2020](#)).

⁵³ M. ROSSI DORIA, *Ai dipendenti della Pubblica Amministrazione collocati in smart working non spettano i buoni pasto: la decisione del Tribunale di Venezia*, *Igiuslavorista.it*, fasc., 30 ottobre 2020.

del principio di non discriminazione. È evidente che solo la contrattazione collettiva potrebbe intervenire proficuamente attraverso i trattamenti accessori o istituti di welfare integrativo. Invero, va precisato che, sebbene le voci accessorie delle retribuzioni ed il welfare integrativo siano aspetti ben distinti, entrambi potrebbero essere “plasmati” per raggiungere le finalità appena dette. Ad esempio, nell’area dei trattamenti accessori potrebbero certamente essere annoverati i benefit concretantisi in ristori per le maggiori spese eventualmente sostenute per il proprio collegamento internet e per le utenze casalinghe. In questo ambito la contrattazione integrativa avrebbe competenza, seppur nei limiti della legge e della contrattazione collettiva nazionale. Oltretutto, la valorizzazione e la “strutturazione” di fringe benefits adeguati alla modalità dello smart working incentiverebbero la crescita della performance individuale e, di riflesso, anche della performance organizzativa: così da valorizzare un più efficace collegamento fra la retribuzione accessoria ed il miglioramento dei servizi a beneficio dei cittadini e delle imprese. In tale prospettiva, va accolta con favore la disposizione di riforma dell’art. 23 comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75⁵⁴, là dove prevede la possibilità di superare i limiti di spesa relativi al trattamento economico accessorio, compatibilmente con il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica e secondo criteri e modalità da definire nei contratti collettivi nazionali.

Per quel che riguarda il welfare integrativo, invece, a mero titolo esemplificativo potrebbero essere annoverati i benefit per la predisposizione di una postazione di lavoro all’interno dell’abitazione, con apposite dotazioni e complementi d’arredo. Tuttavia va rilevato che in questo ambito sino ad oggi “l’attribuzione alla contrattazione di secondo livello di competenze generali, risente della scarsa attuazione di questi strumenti nel settore pubblico: in parte per la cronica carenza di risorse economiche adeguate, necessarie al finanziamento o co-finanziamento delle iniziative riconducibili al secondo welfare; per altro verso perché quest’ambito risente particolarmente delle caratteristiche dimensionali delle organizzazioni interessate”⁵⁵.

Questo discorso, dunque, è ancora piuttosto taciuto nell’ambito pubblico, differentemente dal privato in cui - come noto - è lo stesso legislatore ad investire per il potenziamento degli istituti dei premi di produttività erogati tramite i contratti collettivi integrativi, così come sui benefici per l’utilizzo e lo sviluppo del welfare contrattuale, in special modo attraverso il regime delle agevolazioni fiscali⁵⁶.

⁵⁴ Ad opera dell’art. 3 d.l. 80/2021, conv. in l. 113/2021.

⁵⁵ U. GARGIULO, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁶ Per il settore privato gli incentivi economici e fiscali emergono già dalla lettura combinata delle norme contenute nel DM 25/03/2016, art. 2, di attuazione della legge n. 208/2015, art. 1 comma 182 ss. L’art. 18, comma 4, della legge n. 81/2017, dispone che gli incentivi di carattere fiscale e contributivo eventualmente riconosciuti in relazione agli incrementi di produttività ed efficienza del lavoro subordinato sono applicabili anche quando l’attività lavorativa sia prestata in modalità di lavoro agile. Dunque, sulla base di tale premessa, il lavoro agile, contrattato con le oo.ss., potrebbe comportare l’accesso alla tassazione agevolata laddove fosse correlata a parametri oggettivamente misurabili ed economicamente rilevanti che consentono di ottenere incrementi di produttività ed efficienza.

In ogni caso, quella indicata potrebbe essere la strada ottimale per coniugare le istanze sindacali⁵⁷ e per avviare un processo spontaneo di risposta degli attori del sistema di relazioni industriali alle profonde trasformazioni del mondo del lavoro⁵⁸, specialmente nelle dinamiche dello smart working incentrato sullo schema del *bring own your device*⁵⁹. Del resto, già per la differente fattispecie del telelavoro è stato riconosciuto un rimborso forfettario delle spese energetiche e telefoniche che i lavoratori sopportano lavorando dal proprio domicilio⁶⁰.

4. Gli spazi residuali dell'autonomia individuale

Dall'inquadramento sino ad ora descritto, emerge che gli spazi riservati all'autonomia individuale sono solamente residuali e, dunque, la loro rilevanza nel pubblico impiego, malgrado il disegno della l. 81/17 è piuttosto affievolita. Anzitutto, non esiste una vera e propria possibilità di negoziare il ricorso allo smart working ma, al contrario, sin dal momento genetico vi è la mera facoltà per il lavoratore di richiedere di essere collocato tra i lavoratori smartabili e di aderire a condizioni prestabilite. Pertanto, il consenso del lavoratore assume valore semplicemente ai fini del perfezionamento di un accordo, il cui contenuto è già predeterminato in gran parte dalla legge, dagli atti organizzativi della p.a. e, ancora, dalla contrattazione collettiva nazionale e integrativa. D'altro canto, sarà comunque il Pola a definire i contenuti minimi dell'accordo individuale ex articolo 19, legge 22 maggio 2017, n. 81, cui aderiranno i dipendenti interessati. In ogni caso, quanto meno, sembra vi sia un timido coinvolgimento dei lavoratori nella definizione degli obiettivi della performance individuale. In effetti, stando alle linee guida Pola, essi hanno il diritto di essere coinvolti, fidelizzati e di essere presi in considerazione proprio per assicurare il benessere organizzativo e il livello di engagement e motivazione del personale⁶¹. Invero, lo smart working è considerato un "patto fiduciario" tra l'amministrazione e il lavoratore, basato sul principio guida "*far but close*": è necessaria quindi la collaborazione tra l'amministrazione e i lavoratori per la creazione di valore pubblico, a prescindere dal luogo, dal tempo e dalle modalità che questi ultimi scelgono per raggiungere gli obiettivi perseguiti dall'amministrazione⁶². Pertanto, se per un verso la p.a. dovrà individuare in

⁵⁷ D. COMANDE', *L'erogazione dei buoni pasto in regime di smartworking: ratio e ragionevolezza di un'esclusione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2020, p. 651.

⁵⁸ C. MURENA, *Il welfare aziendale e la recente normativa sui flexible benefits*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 4, 2019, p. 1235 citando M. TIRABOSCHI (a cura di), *Welfare for people. Primo rapporto su Il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, ADAPT University Press, 2018.

⁵⁹ Sul regime fiscale di eventuali rimborsi forfettari v. la Risposta dell'Agenzia delle Entrate 24 maggio 2021, n. 371 all'interpello dell'11 maggio 2021, n. 328.

⁶⁰ E. DE MARCO, *Retribuzione e premialità nel lavoro da remoto*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 121.

⁶¹ G. NICOSIA, *Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e management umanistico nello smart working post-emergenziale*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 259.

⁶² Come evidenzia E. ALES, in *I benefici dello smartworking*, [9 giugno 2020](#), la fase emergenziale dovrebbe aver evidenziato i benefici di una interpretazione del concetto di subordinazione in termini di "autonomizzazione" e responsabilizzazione, tale da consentire di utilizzare il lavoro agile sia in modalità *blended* che esclusiva, di modo da potersi adattare a fenomeni

maniera puntuale i risultati attesi, sia in relazione all'attività svolta che ai comportamenti tenuti⁶³, per l'altro gli obiettivi individuali non potranno confluire nel Pola. Questi ultimi dovranno essere “il più possibile” frutto di un confronto *ex ante* tra dirigente/funziionario responsabile e dipendente, o quantomeno sarà necessario comunicarli con adeguato anticipo in modo da favorire la responsabilizzazione di tutto il team in ordine al raggiungimento degli obiettivi, con particolare riferimento a quelli connessi all'erogazione di servizi agli utenti. I risultati e i comportamenti attesi devono essere inseriti anche in allegato all'accordo individuale. La locuzione “il più possibile”, a dire il vero, induce a ritenere che in caso di esito negativo del confronto, l'amministrazione avrà comunque potere decisionale in merito, a prescindere dalla volontà del dipendente: confermando così, ancora una volta, la rilevanza del consenso ai soli fini della mera accettazione, quasi passiva, delle condizioni contrattuali già predeterminate.

D'altronde, considerate le peculiarità degli assetti del pubblico impiego, verosimilmente l'accordo individuale dovrà limitarsi a regolamentare quegli aspetti strettamente correlati, ad esempio, all'eventuale meccanismo “*bring your own device*” o alle esigenze “operative” della conciliazione vita-lavoro. Più concretamente esso dovrà determinare gli aspetti relativi all'esecuzione della prestazione in riferimento alle fasce di reperibilità ed al diritto alla disconnessione, sempre nel rispetto di quanto previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva ai sensi del già citato art. 2 l. 61/2021, nonché le modalità di esercizio del potere di controllo e le modalità di recesso. A tal proposito, stando alla proposta presentata dall'ARAN nel mese di settembre, sembra che gli accordi sugli orari di lavoro debbano comunque riguardare tre fasce di “operatività, contattabilità e inoperabilità”. In quest'ultima il dipendente avrà diritto alla disconnessione completa. Certo, va rilevato che se la vera essenza dello smart working si basa su obiettivi, autonomia e responsabilità, la predeterminazione di tali fasce non deve comportare automaticamente un obbligo di essere collegato al dispositivo, ad una postazione fissa e per un determinato orario di lavoro. In questo ultimo caso, infatti, si creerebbe nuovamente confusione tra l'home working e lo smart working.

estremi, come la pandemia, senza dover rallentare o bloccare la propria operatività, affidando allo Stato la propria sopravvivenza. Solo in questo modo si potrà evitare che il lavoro agile diventi una prigione per il lavoratore, una chimera per l'impresa e una finzione per l'amministrazione.

⁶³ Anche perché il sistema di misurazione e valutazione è unico e prescinde dal fatto che la prestazione sia resa in ufficio, in luogo diverso o in modalità mista. Sul sistema di valutazione delle performance è ampia la bibliografia. Si rinvia a P. SARACINI, *Organizzazione, gestione e valutazione delle performance nella riforma Madia: una chiosa introduttiva*; G. VECCHI, *La valutazione delle performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*; F. BORGOGELLI, *Le ragioni giuridiche della valutazione nelle pubbliche amministrazioni e le aporie del sistema*; G. MANGIA, *Formare per l'esercizio della valutazione: esperienze e riflessioni teoriche*, tutti in AA. VV., *Il lavoro pubblico e la Riforma Madia*, cit., rispettivamente a pp. 31, 77, 93, 123. V. A. ZOPPOLI, *La dirigenza pubblica tra mancata riforma e persistenti equivoci*; G. NICOSIA, *I soggetti della valutazione (percorsi di apprendimento organizzativo)*; A. BALDASSARRE, *Customer Satisfaction e riforme del lavoro pubblico*; P. MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiali*, tutti in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente pp. 319, 331, 358, 372; P. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

Quanto alla scelta del luogo, poi, come già previsto dalla Dir. 3/2017, essa non può essere rimessa alla completa discrezionalità del lavoratore, in quanto bisogna tener conto degli obblighi di sicurezza sul lavoro. Per tale ragione già la Circolare INAIL n. 48 del 2017 suggeriva, come opzione preferenziale, che il luogo venisse concordato, proprio in sede di accordo, con ciascun dipendente, per rendere più agevole l'individuazione dei presupposti delle tutele antinfortunistiche⁶⁴. Allo stato, secondo quanto dichiarato all'esito dei confronti in atto per il rinnovo contrattuale della contrattazione per le Funzioni Centrali, sembra che la contrattazione collettiva voglia predeterminare dei limiti in tale ambito⁶⁵. Se così fosse, a seguito della stipula dei contratti collettivi anche la scelta del luogo dovrà avvenire nei margini di quanto prestabilito.

Relativamente al profilo disciplinare, poi, nel pubblico impiego deve necessariamente escludersi l'applicabilità dell'art. 21 l. 81/2017, che rimette all'accordo individuale la tipizzazione delle condotte che daranno luogo al potere disciplinare. Esso deve lasciare il passo al d.lgs. 165/2001, ai codici di comportamento e alle norme collettive. Diversamente interpretando, si creerebbero dei problemi interpretativi e di "coerenza sistemica" tra la disciplina del lavoro agile e le regole sottese al rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. di cui al d.lgs. n. 165/2001⁶⁶.

In conclusione, alla luce di quanto sino ad ora ricostruito, sembra potersi affermare che l'area della negoziazione individuale resti, adesso e in prospettiva, piuttosto limitata. Di conseguenza, nel settore pubblico quel binomio "legge-contratto individuale" disegnato dalla legge 81/2017 assume tratti di specificità tali da rendere piuttosto macchinoso il raggiungimento delle finalità per le quali l'istituto stesso nasce. Effettivamente, quel binomio è predisposto proprio per consentire di ampliare o restringere l'area della flessibilità e modellare lo smart working tanto in base alle esigenze di efficienza del datore di lavoro/amministrazione quanto a quelle di conciliazione vita-lavoro del singolo lavoratore. Pertanto, occorre scongiurare il rischio che un'interpretazione basata su un'eccessiva enfasi del potere di predisposizione unilaterale delle regole dello smart working da parte della p.a., seppur in un'ottica organizzativa, renda totalmente inesistente il ruolo dell'autonomia negoziale, così da ridurre il patto sul lavoro agile a mero "contratto per adesione", eccetto che per alcuni aspetti di dettaglio; quanto detto, viepiù se nella prassi fosse svalutato il ruolo delle relazioni sindacali.

⁶⁴ V. A. RICCIO, *op. cit.*

⁶⁵ Al momento in cui si scrive sembra si voglia prevedere l'introduzione del limite del confine nazionale.

⁶⁶ In questi termini A. TOPO, G. PENSABENE LIONTI, *Smart working ai tempi del coronavirus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull'università*, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 2, 2021, p. 295. V. anche S. MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO-PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 214.



Per questa ragione è imprescindibile, ai fini del riequilibrio sociale, che l'autonomia collettiva intervenga concretamente per adattare, conformare la legge e supportare l'autonomia individuale⁶⁷: introducendo limiti e prerogative invalicabili per il lavoratore pubblico. In tale prospettiva, potrebbe essere utile anche l'accoglimento dei desiderata palesati dalle parti sociali durante le trattative per la contrattazione di comparto delle Funzioni Centrali. I sindacati, infatti, sembrano rivendicare spazio per la contrattazione collettiva integrativa al fine di definire gli schemi di accordo individuale attivabili, in modo da assicurare la coerente applicazione degli istituti normativi e normo – economici del rapporto di lavoro previsti dalla contrattazione collettiva.

Il percorso delle trattative per la futura stagione contrattuale dovrebbe chiudersi entro qualche mese⁶⁸. Solo al termine di questo periodo potremo avere maggiore certezza e comprendere se i testi definitivi concretamente riusciranno a dare adeguata attuazione all'istituto: l'auspicio è che essi valorizzino le potenzialità dello smart working, nel raggio d'azione delineato e preservandone la natura "multitasking".

⁶⁷ Ancora B. CARUSO, *Statuto, conflitti, relazioni...cit.*, p. 308.

⁶⁸ V. [il Punto sulle trattative alla data del 23 settembre](#).