

Priorità per l'accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*

di Emanuele Dagnino

Abstract – Il contributo si concentra sull'introduzione di nuovi diritti di priorità in materia di lavoro agile e di altre forme di lavoro flessibile. In particolare, dopo aver ricostruito il quadro normativo euro-unitario e l'intervento normativo operato con il d.lgs. n. 105/2022 con riferimento alle modalità di lavoro flessibili, l'Autore si interroga sulla idoneità della disciplina interna di assolvere agli obblighi di attuazione della Direttiva 2019/1158, considerando i rilevanti disallineamenti rispetto alle previsioni in materia di diritto di richiesta di cui all'art. 9 della Direttiva stessa, per poi sviluppare alcuni primi ragionamenti sul piano della conseguenze applicative di quanto rilevato.

Abstract –The contribution focuses on the introduction of new priority rights with regard to "lavoro agile" and other flexible working arrangements. In particular, after an overview of the EU-level regulatory framework and of the contents of the Italian transposition operated with Legislative Decree no. 105/2022 with reference to flexible working arrangements, the Author questions the suitability of the domestic discipline to fulfil the implementation obligations of Directive 2019/1158, considering the relevant misalignments with respect to the provision on the right of request under Article 9 of the Directive itself, and then develops some initial reasoning on the applicative consequences of the critical aspects noted.

Sommario: 1. Dal *right to request* euro-unitario al diritto di priorità italiano. – 2. Destinatari e oggetto dei diritti di priorità. – 3. Le criticità di una attuazione *sui generis*. – 3.1. In particolare: la natura del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili. – 4. Primi rilievi applicativi.

1. Dal *right to request* euro-unitario al diritto di priorità italiano

Con l'art. 9 della Direttiva 2019/1158, il legislatore euro-unitario – sulla scorta di alcune esperienze normative già presenti nel panorama europeo ⁽¹⁾ – impone agli Stati membri dell'Unione Europea di adottare misure idonee a garantire che a genitori e

* Questo contributo è stato realizzato nell'ambito del progetto "LIVEABLE – LABOUR AS A DRIVER OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT", CUP E93C21000350001, finanziato dal programma PRIN 2020.

⁽¹⁾ In particolare, nel Regno Unito (*Employment Rights Act* del 1996, come modificato dapprima dal *Employment Act* 2002 e poi, in senso estensivo, negli anni successivi) e nei Paesi Bassi (*Wet Flexibel Werken*, a partire dal 2016). Per una analisi di tali precedenti normativi si vedano L. WADDINGTON, M. BELL, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive – A comparative perspective*, in ELLJ, 2021, 4, pp. 508-528.

prestatori di assistenza ⁽²⁾ sia riconosciuto il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili ⁽³⁾, con l'obiettivo di contribuire unitamente alle altre misure della Direttiva a migliorare la conciliazione tra lavoro e vita familiare e, conseguentemente, a promuovere la parità tra donne e uomini ⁽⁴⁾. Nell'economia della Direttiva, la misura si configura come un rilevante passo in avanti rispetto all'affermazione di modelli di flessibilità del lavoro in favore dei lavoratori secondo una logica non inedita al legislatore interno che già nel primo decennio degli anni Duemila aveva avuto modo di promuovere la flessibilità del lavoro con finalità conciliative ⁽⁵⁾.

Nell'ambito della Direttiva, le modalità di lavoro flessibili sono definite, con accezione quanto mai ampia e generale, come «la possibilità per i lavoratori di adattare l'organizzazione della vita professionale, anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari (*recte* orari, *n.d.r.*) ⁽⁶⁾ di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro» ⁽⁷⁾.

Quanto alla natura di tale diritto, ai sensi della direttiva esso consiste non soltanto nella possibilità di presentare una richiesta di modifica delle condizioni di lavoro – richiesta che, anche al di fuori dell'ambito soggettivo previsto dalla Direttiva deve comunque ritenersi azionabile da parte del lavoratore – ma anche nella definizione di specifici obblighi di presa in carico della richiesta, di risposta in tempi ragionevoli e di motivazione dell'eventuale rigetto ⁽⁸⁾. Dopo aver specificato i limiti minimi di età dei figli entro i quali debba essere riconosciuto il diritto (non meno di 8 anni) e che sono consentite eventuali limitazioni (ragionevoli) rispetto ai periodi di svolgimento del lavoro tramite modalità di lavoro flessibili ⁽⁹⁾, l'articolo 9 della Direttiva si preoccupa, infatti, di stabilire che i datori di lavoro debbano prendere in considerazione le richieste e rispondere «entro un periodo di tempo ragionevole» definito con riferimento alle esigenze proprie e del lavoratore e siano tenuti a motivare l'eventuale rigetto della richiesta o il rinvio a un tempo successivo dell'adibizione alle modalità di lavoro flessibili ⁽¹⁰⁾. Proprio questo, in effetti, sembra essere il *proprium* di tale disposizione (*amplius infra* § 3.1)), corredata, poi, da ulteriori specificazioni in tema di ritorno alle

⁽²⁾ Cfr. INGRAVALLO, in questo volume, tomo I, parte I.

⁽³⁾ Invero, per un errore di traduzione nel testo pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 12 luglio 2019, L 188/79, nel testo it-aliano della Direttiva si legge “orari di lavoro flessibile” che, all'evidenza, non rappresenta la traduzione del più ampio *flexible working arrangements* e degli altri equivalenti che si riscontrano nelle diverse traduzioni (per esempio, l'espressione francese *formules souples de travail* o quella spagnola *formulas de trabajo flexible*) e che, peraltro, risulta disallineato rispetto alle definizioni adottate dalla Direttiva stessa.

⁽⁴⁾ Art. 1, par. 1, e considerando 16, Direttiva 2019/1158. Sulla funzionalizzazione della conciliazione rispetto alla finalità della parità tra uomo e donna nell'ambito della Direttiva, si veda condivisibilmente M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, 36-37.

⁽⁵⁾ Si pensi, per esempio, alle incentivazioni di tipo economico di cui all'art. 9, comma 1, l. n. 53/2000, su cui, tra tutti, A.R. TINTI, *Conciliazione e misure di sostegno. Sulle azioni positive di cui all'art. 9 della legge 53/2000*, in LD, 2009, 2, pp. 173-200.

⁽⁶⁾ L'espressione “calendari di lavoro flessibile” adottata dalla Direttiva per rendere la nozione di “*flexible working schedules*” non trova particolare diffusione nell'ordinamento italiano dove, quando ci si riferisce a finalità conciliative, si tende a far riferimento al concetto di flessibilità oraria (es. “forme di flessibilità dell'orario”, art. 9, l. n. 53/2000).

⁽⁷⁾ Art. 1, par. 1, lett. f), Direttiva 2019/1158.

⁽⁸⁾ Sul punto, in termini, S. SCARPONI, “*Work life balance*” fra diritto UE e diritto interno, WP CSDL “Massimo D'Antona”.INT – 156/2021, p. 12.

⁽⁹⁾ Art. 9, par. 1, Direttiva 2019/1158.

⁽¹⁰⁾ Art. 9, par. 2, Direttiva 2019/1158.

normali modalità di lavoro – al termine del periodo eventualmente convenuto, se l'adibizione è a termine, o a seguito di richiesta motivata del lavoratore in base ad un cambiamento delle circostanze, da valutare negli stessi termini della richiesta di accesso ⁽¹¹⁾ – e di anzianità minima per il riconoscimento del diritto, comunque non superiore a 6 mesi anche come cumulo di più contratti a tempo determinato con il medesimo datore di lavoro ⁽¹²⁾.

A fronte di tale quadro di riferimento, la scelta del legislatore interno per l'attuazione di tali previsioni della Direttiva, comune in realtà a tutto il decreto legislativo 30 giugno 2022 n. 105, adottato ai sensi della legge-delega 22 aprile 2021 n. 53, è stata quella di provvedere con interventi chirurgici di modifica e integrazione delle discipline previgenti. In questo caso specifico, in assenza di precedenti normativi relativi al diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, il legislatore ha scelto di operare tramite la tecnica normativa del diritto di priorità già utilizzato nel contesto delle modalità di lavoro flessibili con finalità conciliative per rispondere a specifiche esigenze di cura. Ciò era avvenuto, in un primo momento, con riferimento al diritto di priorità alla trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale riconosciuto a familiari di pazienti oncologici, a conviventi di persone con inabilità lavorativa permanente con necessità di assistenza continua e a genitori con figli conviventi sotto i 13 anni o portatori di handicap ⁽¹³⁾ e successivamente esteso a familiari di persone affette da «gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti» nella riformulazione della disciplina del part-time ad opera del Jobs Act ⁽¹⁴⁾. In un secondo momento, analoghe finalità sono state perseguite con l'introduzione ad opera della legge di bilancio per il 2019 ⁽¹⁵⁾ del diritto di priorità all'accesso al lavoro agile in favore delle lavoratrici nei tre anni successivi al termine del congedo di maternità e a lavoratori con figli in condizioni di disabilità.

2. Destinatari e oggetto dei diritti di priorità

Proprio il lavoro agile risulta essere al centro della disciplina di attuazione della direttiva da parte del d.lgs. n. 105/2022. Da un lato, infatti, tale normativa interviene direttamente sull'art. 18, comma 3-bis, della l. n. 81/2017 sostituendone il testo ⁽¹⁶⁾. Dall'altro, è ancora il lavoro agile l'unico riferimento esplicito allorché il legislatore interviene in modifica della l. n. 104/1992, per riconoscere i diritti di priorità a tale modalità di lavoro e alle «altre forme di lavoro flessibile» in favore di alcune specifiche categorie di lavoratori ⁽¹⁷⁾.

⁽¹¹⁾ Art. 9, par. 3, Direttiva 2019/1158.

⁽¹²⁾ Art. 9, par. 4, Direttiva 2019/1158.

⁽¹³⁾ Art. 12-bis, l. n. 61/2000, come sostituito dall'art. 1, comma 44, lett. d), l. n. 247/2007.

⁽¹⁴⁾ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 81/2015. In tema, *inter alios*, S. BRUZZONE, F. ROMANO, *Patologie oncologiche, patologie cronico-degenerative e diritto al part-time*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 616 e ss.

⁽¹⁵⁾ Art. 1, comma 486, l. n. 145/2018, che introduce l'art. 18, comma 3-bis, della l. n. 81/2017 su cui M. MENEGOTTO, *Legge di bilancio: (nuovi) diritti di precedenza sul lavoro agile. Prime riflessioni*, in Boll. ADAPT 8 gennaio 2019, n. 1.

⁽¹⁶⁾ Art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 105/2022.

⁽¹⁷⁾ Art. 3, comma 1, lett. b), n. 4, d.lgs. n. 105/2022.

Ad esito di tali interventi normativi, il quadro normativo in materia di diritti di priorità risulta essere particolarmente articolato sia sul fronte dei destinatari che dello specifico oggetto del diritto di priorità, con una platea di destinatari cui è riconosciuto tale diritto con riferimento a tutte le diverse modalità di lavoro flessibili (art. 33, comma 6-bis, l. n. 104/1992), una cui è riconosciuto il diritto di priorità con specifico riferimento al lavoro agile (art. 18, comma 3-bis, nel nuovo testo), cui si aggiunge la platea di destinatari, parzialmente ridefinita dallo stesso d.lgs. n. 105/2022⁽¹⁸⁾, cui è riconosciuto il diritto alla trasformazione del contratto da full-time a part-time.

Quanto al diritto di priorità relativo a tutte le forme di lavoro flessibile – nozione da leggersi coerentemente alla definizione euro-unitaria e, quindi, comprensiva di telelavoro⁽¹⁹⁾, flessibilità oraria della prestazione in senso ampio⁽²⁰⁾ e trasformazione in part-time⁽²¹⁾, oltre che del lavoro agile – esso risulta applicabile ai lavoratori che ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 33, l. n. 104/1992 risultano beneficiari dei permessi retribuiti giornalieri di due ore in sostituzione del congedo parentale e dei tre giorni di permesso mensile retribuito⁽²²⁾. Si tratta, rispettivamente, della lavoratrice madre o del lavoratore padre, anche adottivi, «di minore con disabilità in situazione di gravità» entro il terzo anno di vita⁽²³⁾ e di lavoratori con oneri di assistenza di un familiare in condizioni di disabilità grave⁽²⁴⁾.

Quanto al diritto al lavoro agile, superando la visione di genere della misura⁽²⁵⁾, il nuovo art. 18, comma 3-bis, ridefinisce le categorie di destinatari in ossequio alle previsioni della Direttiva. Esso è riconosciuto a «lavoratrici e [...] lavoratori con figli fino

⁽¹⁸⁾ Art. 5, comma 1, lett a), d.lgs n. 105/2022.

⁽¹⁹⁾ Che con l’espressione lavoro a distanza (*remote working arrangements*) la Direttiva volesse richiamare il telelavoro e le altre eventuali forme di lavoro da remoto disciplinate nei singoli contesti nazionali è posizione pressoché unanime tra i commentatori, anche considerando che il lavoro agile rappresenta una peculiarità normativa dell’ordinamento interno. In Italia, tra gli altri, M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., 182; G. CALVELLINI, *Flessibilità e work-life balance: un percorso tra realtà e retorica*, in *Rivista Labor*, 2021, n. 4, *passim*.

⁽²⁰⁾ In assenza di una specifica definizione di “calendari di lavoro flessibili” all’interno della Direttiva e coerentemente con la *ratio* della stessa pare ragionevole una interpretazione ampia rispetto alle misure di flessibilità oraria già conosciute nell’ordinamento, anche considerando che si tratta di un mero diritto di richiedere tali modalità di lavoro.

⁽²¹⁾ Nei termini di una trasformazione temporanea da tempo pieno a part-time – similmente a quanto previsto dall’art. 9, comma 1, l. n. 53/2000, deve essere, infatti, interpretato il riferimento alla riduzione dell’orario di lavoro.

⁽²²⁾ Occorre segnalare che gli stessi commi 2 e 3 sono stati oggetto di modifica da parte del d.lgs. n. 105/2022, che con l’art. 3, comma 1, lett. b), n. 1 e 2 ha disposto la riscrittura dei due commi. Nel primo caso si è trattato di una riscrittura dovuta all’esigenza di risolvere l’incongruenza derivante dal riferimento al comma 1, abrogato, per la definizione dei beneficiari. Nel secondo caso, l’intervento di riscrittura è stato più incisivo: oltre ad ampliare la platea dei destinatari per includere i rapporti nell’ambito delle unioni civili e delle convivenze di fatto, si apre alla possibilità di riconoscere il congedo a più di un destinatario, ferma restando il limite dei tre giorni e la fruizione alternata tra i beneficiari.

⁽²³⁾ Art. 33, comma 2, l. n. 104/1992.

⁽²⁴⁾ Ai sensi dell’art. 33, comma 3, l. n. 104/1992, il riferimento è a «una persona con disabilità in situazione di gravità, che non sia ricoverata a tempo pieno, rispetto alla quale il lavoratore sia coniuge, parte di un’unione civile [...] convivente di fatto [...], parente o affine entro il secondo grado», con estensione al terzo grado di parentela o affinità in caso di assenza delle precedenti categorie.

⁽²⁵⁾ In tema, L. CASANO, *Lavoro agile e conciliazione: una prima verifica alla luce delle soluzioni contrattuali nelle aziende del credito e assicurative*, in *LG*, 2021, 7, pp. 710-711.

a dodici anni di età o senza alcun limite di età nel caso di figli in condizioni di disabilità» nonché a «lavoratori con disabilità in situazione di gravità» e ai caregivers ⁽²⁶⁾, per come definiti dall'articolo 1, comma 255, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 ⁽²⁷⁾.

Infine, con riferimento al diritto alla trasformazione del contratto di lavoro da full-time a part-time, la platea di destinatari sopra richiamata (*supra*, § 1) è stata integrata dal riferimento alla parte dell'unione civile e al convivente di fatto.

Per tutte le diverse ipotesi, il legislatore si è premurato, coerentemente con l'art. 11 della Direttiva, di introdurre un sistema di sanzioni atto a garantire che chi richiede di fruire di una delle modalità di lavoro flessibili ai sensi delle discipline sopra richiamate non sia oggetto di trattamenti discriminatori e ritorsivi, sancendo la nullità di eventuali sanzioni, demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti e di altre misure organizzative che producano effetti negativi sulle condizioni di lavoro che si motivino su tale richiesta. In aggiunta, ha previsto che condotte ostative o oppostive rispetto all'esercizio del diritto di priorità producano un effetto preclusivo per due anni rispetto all'accesso alla certificazione di parità e ai relativi trattamenti premiali ⁽²⁸⁾.

3. Le criticità di una attuazione *sui generis*

L'articolato e frammentario quadro normativo sopra ricostruito con riferimento ai diritti di priorità in materia di modalità di lavoro flessibili mostra, oltre ad un elevato livello di complessità destinato ad incidere sulla vita di imprese e lavoratori chiamati a differenziazioni di trattamento sofisticate (se non proprio sofistiche), anche un rilevante disallineamento rispetto alla disciplina euro-unitaria tanto con riferimento alle modalità di lavoro oggetto di promozione legislativa quanto, in maniera ancor più rilevante, con riferimento al tipo di diritto riconosciuto.

Concentrandosi sulle modalità di lavoro e sulle diverse platee di destinatari previste dalla normativa, non soltanto risultano di difficile intelligibilità *ratio* e giustificatezza della disparità di trattamento previste tra le diverse categorie – se non attraverso la riconduzione ad un percorso di attuazione della delega accidentato ⁽²⁹⁾ – ma non si riscontra alcuna base normativa all'interno della disciplina euro-unitaria per operare tale differenziazione.

⁽²⁶⁾ Art. 18, comma 3-bis, l n. 81/2017.

⁽²⁷⁾ Ai sensi di tale disposizione il caregiver familiare è «la persona che assiste e si prende cura del coniuge, dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso o del convivente di fatto [...], di un familiare o di un affine entro il secondo grado, ovvero, nei soli casi indicati dall'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, di un familiare entro il terzo grado che, a causa di malattia, infermità o disabilità, anche croniche o degenerative, non sia autosufficiente e in grado di prendersi cura di sé, sia riconosciuto invalido in quanto bisognoso di assistenza globale e continua di lunga durata [...], o sia titolare di indennità di accompagnamento [...].»

⁽²⁸⁾ Per una ricostruzione dei profili sanzionatori, G. PICCO, in questo volume, tomo II, parte I, sez. IV.

⁽²⁹⁾ Occorre rilevare, a questo proposito, come lo schema di decreto presentato dal Governo limitasse i propri interventi al solo lavoro agile e che solamente a seguito dei rilievi della Commissione Lavoro del Senato, cui il testo era stato sottoposto per consultazione, in sede di approvazione definitiva si è aggiunto il riferimento alle altre forme di lavoro flessibile, senza alcuna specificazione. Cfr. *Parere approvato dalla commissione sull'atto del governo n. 378, allegato al resoconto n. 322 del 17 maggio 2022*

Se è pur vero che il disposto dell'art. 9 della Direttiva, che si è avuto modo di illustrare in apertura di questo contributo (*supra* § 1), riconosce agli Stati membri alcuni rilevanti spazi regolativi con riferimento alla definizione della platea dei destinatari, lo fa limitatamente a specifiche condizioni individuate (età dei figli; anzianità di servizio) e, in ogni caso, con riferimento alla nozione di modalità di lavoro flessibili nel suo complesso che include – non solo, ma anche – lavoro a distanza, orari flessibili e la riduzione dell'orario di lavoro.

Nonostante la Direttiva non manchi di rilevare possibili effetti negativi di alcune modalità di lavoro flessibile (in particolare, la riduzione dell'orario di lavoro), cui pone un correttivo abilitando la possibilità di definire una durata predeterminata di tali misure⁽³⁰⁾, non si prevedono forme di limitazione dell'una o dell'altra modalità di lavoro rispetto alla platea dei destinatari individuati dalla Direttiva stessa. Al più, si invitano gli Stati membri – in un'ottica incrementale e con riferimento alla totalità delle misure previste – «a valutare se le condizioni di accesso e le modalità di esercizio dei diritti [...] debbano essere adattate a esigenze particolari, per esempio dei genitori soli, dei genitori adottivi, dei genitori di figli con disabilità o malattie a lungo decorso o dei genitori in circostanze particolari, tra cui quelle relative a parti multipli e parti prematuri»⁽³¹⁾.

Occorre, peraltro, rilevare come a rimanere al di fuori di una specifica attenzione del legislatore delegato sia, oltre al telelavoro (vittima dei pregiudizi sulla sua onerosità economica e normativa)⁽³²⁾, sia l'aspetto relativo alla flessibilità temporale della prestazione che la dottrina ha avuto modo di identificare come nodo particolarmente critico nella definizione di un sistema di garanzie della conciliazione tra vita e lavoro⁽³³⁾.

3.1 In particolare: la natura del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili

Se l'attuazione della Direttiva con riferimento all'articolazione di diverse posizioni rispetto alle modalità di lavoro flessibili presenta alcune criticità, di ancora maggior rilievo risulta essere la difformità tra direttiva e disciplina interna con riguardo alla scelta di declinare il *right to request* per il tramite del diritto di priorità di accesso a tali modalità di lavoro.

⁽³⁰⁾ Sul rilievo e sulla funzionalizzazione della apposizione di una limitazione della durata temporale delle modalità di lavoro flessibili anche al contrasto degli eventuali effetti negativi si veda il considerando 35 della Direttiva 2019/1158.

⁽³¹⁾ Considerando 37, Direttiva 2019/1158.

⁽³²⁾ Sugli equivoci in materia di disciplina del telelavoro nel raffronto con le discipline del lavoro agile si veda, in particolare, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 4, pp. 921-977. Da notare, peraltro, fino all'introduzione del lavoro agile nell'ordinamento italiano il telelavoro sia stato destinatario di specifiche misure di sostegno nell'ottica della conciliazione, da ultimo con l'art. 23, d.lgs. n. 80/2015 (su cui, M.L. VALLAURI, *Il telelavoro come strumento di conciliazione*, in D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, Giappichelli, 2016, 311-318.

⁽³³⁾ Sul punto, tra i molti, M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., *passim*.

Premesso che la scelta del legislatore euro-unitario è stata, all'evidenza, quella di promuovere i modelli di flessibilità *pro* lavoratore per il tramite di una misura non particolarmente incisiva sulle prerogative datoriali ⁽³⁴⁾ – quale sarebbe, invece, stata l'introduzione di un vero e proprio diritto a modalità di lavoro flessibile ⁽³⁵⁾ – non pare, infatti, revocabile in dubbio che si tratti del riconoscimento di posizioni soggettive dei lavoratori qualitativamente diverse. Mentre il primo è destinato ad avviare un processo decisionale che dovrà articolarsi secondo specifiche condizioni a tutela degli interessi del lavoratore (tempistiche di risposta; motivazione), il diritto di priorità non soltanto subentra a processo decisionale in corso, ma la sua efficacia è meramente eventuale dal momento che la sua operatività presuppone che il datore di lavoro abbia una politica di apertura rispetto alle modalità di lavoro flessibili ⁽³⁶⁾ e che siano presenti più richieste per posizioni lavorative comparabili. Non è un caso, allora, che il diritto di priorità sia stato preso in considerazione dai primi commentatori della Direttiva non quale strumento normativo per la sua attuazione, quanto piuttosto – coerentemente con il considerando sopra richiamato – quale strumento di gradazione delle tutele «in correlazione alle condizioni di fragilità dei lavoratori» ⁽³⁷⁾.

Il diritto di priorità si muove, quindi, in un orizzonte funzionale differente rispetto al diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili con la conseguenza che, seppur l'intervento normativo sia idoneo a riconoscere una posizione soggettiva maggiormente tutelata rispetto alle esigenze di cura dei destinatari individuati, lo stesso non può

⁽³⁴⁾ Rispetto a tale profilo le valutazioni della scelta del legislatore europeo non sono univoche: se, in generale, se ne sottolineano le debolezze rispetto alla portata precettiva (tra gli altri, G. CALVELLINI, *Flessibilità e work-life balance*, cit., 412-413, da altra prospettiva è stato rilevato come «un vero e proprio diritto soggettivo a carattere potestativo potrebbe comportare un irrigidimento eccessivo con il rischio di porre le posizioni individuali in ottica conflittuale, provocando l'effetto opposto, mentre un approccio collaborativo potrebbe essere più utile al superamento condiviso anche dei persistenti blocchi socio-culturali» (R. ZUCARO, *Conciliazione vita-lavoro e gender gap nella cura. L'evoluzione legislativa nel prisma del quadro normativo europeo*, in *RGL*, 2022, 2, p. 316).

⁽³⁵⁾ Specifici diritti relativamente alle modalità di lavoro flessibili sono già presenti nell'ordinamento: oltre a quelli temporaneamente introdotti all'interno della disciplina emergenziale con riferimento al lavoro agile (in tema, *ex multis*, M. BROLLO, *Lavoro agile per i lavoratori fragili: lezioni dalla pandemia*, in *ADL*, 2022, 3, pp. 405-429), più risalenti sono i diritti relativi alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a part-time. Nel privato tale diritto è stato riconosciuto per la prima volta dall'46, comma 1, lettera t) del d.lgs. n. 276/2003 (su cui, M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *DRI*, 2006, pp. 527-529). Attualmente tale diritto è riconosciuto con riferimento a lavoratori affetti da patologie croniche o oncologiche (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) e, in alternativa alla fruizione del congedo parentale (art. 8, comma 7); in tema, oltre a S. BRUZZONE, F. ROMANO, *Patologie oncologiche, patologie cronico-degenerative e diritto al part-time*, cit., 613 ss., A. Cimarosti, *Il part-time dopo il Jobs Act*, in *LG*, 2015, 10, p. 892 ss.

⁽³⁶⁾ Significativo in questo senso è che proprio l'art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017, definisca il proprio ambito di applicazione con riferimento ai «datori di lavoro pubblici e privati che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile». Sulla diversità ontologica tra i due diritti, proprio con riferimento al lavoro agile già A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 419/2020, 28, dove l'Autrice ha anche modo di sottolineare che «la priorità qui stabilita lascia l'iniziativa nelle mani del datore di lavoro essendo rivendicabile solo se il datore decide di attivare qualche (almeno uno) accordo di lavoro agile».

⁽³⁷⁾ C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della Direttiva n. 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, 1, p. 117.

ritenersi quale misura adeguata ai sensi dell'art. 9 della Direttiva 2019/1158 a «garantire «il diritto di richiedere» modalità di lavoro flessibili. Anche laddove trovi applicazione, la disciplina del diritto di priorità non fornisce alcuna indicazione rispetto ai profili procedurali in materia di presa in carico della richiesta, tempistiche della risposta e relative motivazioni.

Ne consegue che i lavoratori rimangono così privi di una disciplina di favore che fornisca quegli strumenti necessari a garantire che il datore di lavoro prenda in considerazione in tempi utili e secondo canoni di ragionevolezza della giustificazione della propria decisione. In questo modo, non soltanto non si è in grado di superare la logica unilaterale che caratterizza in molti casi l'accesso alle modalità di lavoro flessibili in azienda, ma si incide in negativo anche sulla possibilità di accertamento di condotte illegittime da parte del datore di lavoro ⁽³⁸⁾. Da quest'ultimo punto di vista, peraltro, occorre rilevare come la scelta del legislatore abbia comportato una deviazione anche rispetto allo specifico regime sanzionatorio introdotto a tutela dell'esercizio dei diritti: a fronte dell'assenza di un regime sanzionatorio con riferimento alla mancata o ritardata risposta o all'assenza di motivazione, il doppio sistema di sanzioni (quello relativo a condotte ritorsive e discriminatorie e quello, che incide sulle premialità della certificazione di genere, quale sanzione di condotte ostative) risulta anch'esso tarato sulla violazione del diritto di priorità, ponendo ulteriori criticità in punto di corretta attuazione della Direttiva.

4. Primi rilievi applicativi

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento dei nuovi diritti di priorità introdotti dal d.lgs. n. 105/2022 e le relative criticità, occorre conclusivamente esprimere qualche considerazione rispetto alle conseguenze applicative, con riferimento tanto all'esercizio del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili quanto a quelli di priorità.

Con riferimento al primo, occorre domandarsi se in una prospettiva *de iure condito*, il lavoratore che fa richiesta di modalità di lavoro flessibili possa eccepire la violazione del proprio diritto nei confronti del datore di lavoro che non la consideri secondo i canoni dell'art. 9 della Direttiva 2019/1158. In questo senso, di difficile praticabilità risulta essere la strada dell'applicazione dell'obbligo di motivazione e di risposta in tempi ragionevoli e coerenti con le esigenze delle parti per il tramite delle clausole generali di buona fede e correttezza ⁽³⁹⁾, come dimostra il limitato utilizzo che se ne è fatto con riferimento al precedente normativo più prossimo al diritto di richiesta delle modalità di lavoro flessibili: quello relativo al diritto di informazione sulle posizioni part-time aperte e all'obbligo di considerare le richieste provenienti dai dipendenti di

⁽³⁸⁾ Cfr. S. SCARPONI, "Work life balance" fra diritto UE e diritto interno, cit., p. 13; A.R. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., 28.

⁽³⁹⁾ M.G. MILITELLO, *Conciliazione vita e lavoro*, cit., 175.

trasformazione del part-time, dove pure un più solido appiglio normativo è presente⁽⁴⁰⁾.

Si può allora considerare una diversa strada, ovvero quella dell'applicazione diretta dell'art. 9 della Direttiva. A fronte della mancata attuazione, per come sopra descritta, invece di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la valutazione di conformità della disciplina interna – giudizio che potrebbe derivare anche dall'esercizio delle funzioni di monitoraggio dell'attuazione delle direttive da parte della Commissione⁽⁴¹⁾ – il giudice potrebbe fare diretta applicazione dei commi 1 e 2 dell'art. 9, dal momento che il relativo testo «è formulato in modo chiaro, preciso e incondizionato nello stabilire i soggetti titolari (genitori con figli fino a 8 anni e prestatori di assistenza) e nello specificare gli obblighi in capo ai datori di lavoro»⁽⁴²⁾.

Quanto, invece, all'esercizio dei diritti di priorità, il problema principale sul fronte applicativo riguarda le complesse differenziazioni introdotte dal legislatore in termini di platea dei destinatari e di modalità di lavoro flessibili oggetto del diritto, non senza parziali sovrapposizioni tra i diversi ambiti applicativi individuati. Oltre a questo problema, che si era già avuto modo di rilevare, rimane impregiudicata un'altra criticità da tempo rilevata rispetto alla tecnica normativa della priorità di accesso: quello della convivenza tra normative legali e la prassi contrattual-collettiva, che su questi temi ha una consolidata tradizione⁽⁴³⁾.

In questo senso, l'unica previsione introdotta dal d.lgs. n. 105/2022 si riferisce al diritto di priorità di accesso al lavoro agile e alle altre forme di lavoro flessibile stabilita dalla l. n. 104/92, laddove si statuisce che «restano ferme le eventuali previsioni più favorevoli previste dalla contrattazione collettiva nel settore pubblico e privato»⁽⁴⁴⁾. La disposizione, in sé probabilmente pleonastica, si riferisce espressamente a più incisivi diritti – come il diritto al lavoro flessibile – che la contrattazione collettiva potrebbe aver previsto, specificando che l'intervento normativo non si riflette su tali condizioni migliorative, ma non aiuta ad affrontare il nodo della convivenza di diritti di priorità alcuni legali e altri negoziati all'interno della contrattazione. Se è pur vero che la contrattazione rimane libera di integrare i diritti di priorità previsti dalla legislazione con ulteriori destinatari, anche considerando le caratteristiche della forza lavoro del settore o, a livello di contrattazione decentrata, della compagine aziendale, occorre, infatti, interrogarsi sui criteri con cui affrontare l'eventuale scelta tra lavoratori per cui

⁽⁴⁰⁾ Art. 8, comma 8, d.lgs. n. 81/2015. In precedenza, con formulazione in parte diversa, si veda art. 5, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 (su cui M. BROLLO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo II, Utet, 2009, 1209-1212.

⁽⁴¹⁾ A questo fine, ai sensi dell'art. 20, par. 3, gli Stati Membri sono tenuti a comunicare le misure adottate in attuazione della Direttiva.

⁽⁴²⁾ S. SCARPONI, *“Work life balance” fra diritto UE e diritto interno*, cit., 16, cui si rinvia anche per le ulteriori considerazioni rispetto al quadro normativo sopra-nazionale.

⁽⁴³⁾ Prima ancora dell'introduzione di diritti o criteri di priorità relativamente all'accesso al lavoro agile (su cui AA. VV., *La contrattazione collettiva in Italia, VII Rapporto*, ADAPT University Press, 2021, sezione II, Capitolo I, *Dieci anni di lavoro agile*, pp. 315-396), la contrattazione collettiva si era sviluppata, forte anche del rinvio di cui all'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 rispetto alle priorità di accesso al part-time (su cui, a scopo esemplificativo, M. DELFINO, *La contrattazione collettiva sul part time dopo il d.lgs. n. 276/2003: profili teorici e applicativi*, in RGL, 2006, 1, pp. 133-169. In generale, sul ruolo della contrattazione collettiva rispetto alla promozione di modalità di lavoro flessibili S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, 212-214

⁽⁴⁴⁾ Art. 33, comma 6-bis, l. n. 104/1992.

è previsto il diritto di priorità da fonte legale e quelli per cui è previsto per il tramite della fonte contrattual-collettiva. Al di là di tale possibile motivo di contenzioso, si conferma una disattenzione del legislatore verso l'attivismo dei soggetti che più vicini sono alle esigenze dei lavoratori nei singoli contesti aziendali e al bilanciamento con le esigenze produttive delle imprese ⁽⁴⁵⁾.

In attesa di un possibile intervento correttivo del legislatore rispetto alle incongruenze e criticità sopra rilevate, è proprio alla contrattazione collettiva, invece, che è rimesso un possibile ruolo suppletivo di definizione di un vero e proprio diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, intervenendo con discipline procedurali con riferimento alle tempistiche di risposta e all'obbligo di motivazione, con un effetto di maggiore sicurezza per entrambe le parti del rapporto. In un'ottica evolutiva, peraltro, la contrattazione potrebbe andare oltre la lettera della Direttiva, attraverso la definizione di uno specifico regime giustificativo con riferimento a esigenze organizzative o produttive, che molto agevolerebbe possibili azioni di accertamento di condotte illegittime da parte dei datori di lavoro, sulla falsariga di quanto già avviene in altri ordinamenti ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto già A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, cit., 26, con riferimento alla previgente versione dell'art. 18, comma 3-bis, l. n. 81/2017.

⁽⁴⁶⁾ Si veda, in particolare, il già richiamato *Wet Flexibel Werken* olandese, dove si è introdotto uno stringente regime giustificativo rispetto a rilevanti interessi commerciali o relativi al servizio che depongano in senso contrario.