

Flessibilità e lavoro agile nel settore pubblico tra pari opportunità e produttività: un equilibrio complesso

Irene Tricomi

1. Sulla G.U. n. 165 del 17 luglio 2017 è stata pubblicata la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3 del 2017, che ha ad oggetto indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2 dell'articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti.

2. La direttiva si rivolge alle Amministrazioni pubbliche, ed interviene a completamento di quanto previsto dalla legge n. 124 del 2015, cd. legge Madia, che al citato art. 14, comma 1, ha previsto l'adozione di misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali per l'attuazione del telelavoro, e per la sperimentazione - anche al fine di tutelare le cure parentali - di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che consentano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano, di avvalersi di tali modalità, garantendo a coloro che se ne avvalgono di non essere penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera.

Al successivo comma 2, il medesimo art. 14 ha previsto la possibilità di procedere alla stipula di convenzioni con asili nido e scuole dell'infanzia e ad organizzare, anche attraverso accordi con altre Amministrazioni pubbliche, servizi di supporto alla genitorialità, aperti durante i periodi di chiusura scolastica.

3. La direttiva si allinea ai principi enunciati nella risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2016 sulla creazione di condizioni

del mercato del lavoro favorevoli all'equilibrio tra vita privata e vita professionale.

Quest'ultima è stata adottata tenuto conto che la conciliazione tra vita professionale e vita privata dipende in gran parte dall'organizzazione dell'orario di lavoro sul luogo di lavoro e sul presupposto che la parità tra uomini e donne costituisce un principio fondamentale dell'Unione, e che gli articoli 21 e 23 della Carta di Nizza vietano qualsiasi discriminazione basata sul genere e prevedono che sia garantita l'uguaglianza tra uomini e donne in tutti i settori, anche nel conseguimento dell'equilibrio tra vita privata e vita professionale.

La risoluzione europea, tra l'altro, ha posto in evidenza da un lato, l'opportunità che l'equilibrio tra vita privata e vita professionale si basi sui diritti e sulla sicurezza dei lavoratori nel mercato del lavoro; dall'altro, che, in ragione delle differenze nella situazione personale e familiare di ciascun lavoratore, i dipendenti dovrebbero disporre della possibilità di avvalersi di un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da adattarlo alle circostanze specifiche delle varie fasi della vita.

Nella risoluzione si è messo in luce che la parità di genere nel mercato del lavoro va non solo a vantaggio delle donne ma anche dell'economia e della società in generale.

4. Occorre considerare, infatti, sotto il profilo dell'uguaglianza di genere, che una più ampia flessibilità nella gestione dell'orario di lavoro, nel contribuire alla conciliazione tra gli impegni professionali e quelli personali, può concorrere a favorire la crescita della partecipazione femminile al mercato del lavoro, così contribuendo a promuovere un livello di occupazione femminile più elevato.

Politiche del lavoro di conciliazione tra vita lavorativa e vita privata, che tengano conto del cambiamento della società, possono migliorare le condizioni di impiego e il benessere a livello sociale e professionale, concorrendo a favorire la partecipazione al mondo del lavoro, la parità di genere e la solidarietà tra le generazioni.

5. Sono necessari, naturalmente, meccanismi adeguati che non sacrificino il percorso professionale e di formazione della lavoratrice, così come del lavoratore, e che, pur nell'ambito delle risorse di bilancio disponibili, evitino che istituti, quali quelli che regolano i rapporti di

lavoro flessibile, si trasformino, nei fatti, venendo meno alla loro missione, da meccanismi di promozione dell'occupazione, della parità di genere e di pari opportunità nel mondo del lavoro, sia con riguardo all'accesso che alla progressione, in meri strumenti di incremento della produttività o di risparmio di spesa, che si limitino ad offrire un ingresso limitato nel mercato del lavoro, non funzionale ad arricchire la professionalità del lavoratore al fine di una prospettiva duratura di occupazione o di avanzamento.

6. Si può considerare che il diritto trasversale alle pari opportunità, costituisce anche in ragione degli artt. 3, 51 e 117, settimo comma, Cost., nonché della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2003, un principio che appartiene al nucleo essenziale dei principi enunciati dalle disposizioni costituzionali, e in tal senso va tutelato e reso effettivo.

Ciò assume valore nella comparazione tra i diversi interessi costituzionalmente garantiti che possono venire in rilievo, con la conseguenza che l'attuazione del diritto alle pari opportunità, quale declinazione del principio di uguaglianza, deve essere salvaguardato da condizionamenti finanziari, atteso che deve essere la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sulle politiche di spesa e di equilibrio dei bilanci e non viceversa.

7. In relazione al rilevante profilo del rapporto tra le politiche economiche che sottendono alla allocazione della spesa pubblica e la promozione della parità di genere, si può positivamente osservare come le misure adottate in applicazione dell'art. 14 della legge n. 124 del 2015, cui attiene la direttiva n. 3/2017, sono ritenute utili al fine del monitoraggio delle politiche di genere da evidenziare nell'ambito del bilancio di genere dello Stato, previsto dall'art. 38-septies della legge n. 196 del 2009, introdotto dal d.lgs. n. 90 del 2016. Tale disposizione, infatti, ha avviato in via di sperimentazione l'adozione di un bilancio di genere, per la valutazione del diverso impatto della politica di bilancio sulle donne e sugli uomini, in termini di denaro, servizi, tempo e lavoro non retribuito.

8. Il bilancio di genere è strumento che mira a realizzare una maggiore trasparenza sulla destinazione delle risorse di bilancio e sulla loro ricaduta su uomini e donne, considerato che questi ultimi, sono

influenzati diversamente dalle decisioni di bilancio non solo in relazione alle peculiari politiche adottate, ma anche per le loro diverse situazioni socio-economiche, i bisogni individuali e i comportamenti sociali.

Anche in questo caso non può tacersi un accenno all'Europa, atteso che già dalla risoluzione del Parlamento europeo sul *gender budgeting* ("la costruzione dei bilanci pubblici secondo la prospettiva di genere 2002/2198(INI)", quale applicazione del principio di *gender mainstreaming* nella procedura di bilancio, si valorizzava l'adozione del bilancio di genere poiché lo stesso, nel porre l'accento sull'analisi dell'impatto delle politiche pubbliche sulle donne e sugli uomini, «inserisce la prospettiva di genere a tutti i livelli del processo di costruzione dei bilanci pubblici e mira a ristrutturare le entrate e le uscite al fine di promuovere l'uguaglianza tra i sessi».

9. La direttiva n. 3 del 2017, quindi, costituisce un ulteriore tassello, da verificare alla luce dell'attuazione che ne daranno le Amministrazioni pubbliche, volto a comporre l'insieme di misure adottate dal legislatore per rendere effettiva la parità di genere nel lavoro pubblico contrattualizzato, ed evitare discriminazioni, come peraltro si evidenzia nell'espresso richiamo al rispetto del principio della non discriminazione tra lavoratori subordinati e lavoratori subordinati a tempo determinato previsto dalla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio, che sancisce che i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive.

10. Sullo status quo europeo delle misure in materia di flessibilità si segnala la ricerca comparata "*Flexible working time arrangements and gender equality*", fatta svolgere dalla Commissione europea, Direzione generale occupazione, affari sociali e pari opportunità, che esamina, con riguardo ai diversi Paesi UE, da un lato, il lavoro part-time e quello straordinario e, dall'altro, la flessibilità dell'orario di lavoro, il telelavoro e gli orari di lavoro cosiddetti atipici.

11. Nel nostro ordinamento, si può ricordare, anche per contestualizzare la direttiva in questione, che già con il collegato lavoro (art. 21 della legge n. 183 del 2010), noto, tra l'altro, per le novità apportate all'impugnativa del licenziamento, erano state introdotte significative modifiche al Testo Unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165 del 2001), rispetto alle quali si pongono in una linea di continuità le disposizioni dell'art. 14 della legge n. 124 del 2015 e la direttiva di attuazione in esame.

L' art. 1 del T.U., nel testo modificato dalla legge n. 183 del 2010, così ha già espressamente indicato quale finalità della disciplina dell'organizzazione degli uffici e dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, la realizzazione della migliore utilizzazione delle risorse umane nella PA, assicurando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori nonché l'assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza morale o psichica.

Tali principi sono stati ribaditi con riguardo alla gestione del personale, laddove l'art. 7 del T.U., anch'esso modificato dal cd. collegato lavoro, ha affermato esplicitamente che le pubbliche Amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro.

Infine, si deve ricondurre alla novella del 2010 anche la istituzione del Comitato Unico di Garanzia (CUG) per le pari opportunità, per la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, in relazione al quale veniva adottata la direttiva 4 marzo 2011 recante "Linee guida sulle modalità di funzionamento dei Comitati Unici di Garanzia".

12. Proprio i CUG sono investiti di un rilevante ruolo nell'attuazione della direttiva n. 3 del 2017, tenuto conto che gli stessi devono operare per garantire un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei principi di pari opportunità, di benessere organizzativo e di contrasto qualsiasi forma di discriminazione.

Altre modifiche al T.U. sul pubblico impiego (art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001) sono state introdotte di recente dal d.lgs. n. 75 del 25 maggio 2017, di attuazione della delega conferita dalla cd. legge Madia, che ha richiamato il rispetto del principio di pari opportunità con riguardo alle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro.

13. La direttiva n. 3 del 2017, come si è accennato, riguarda l'attuazione di diversi istituti: il telelavoro, il lavoro agile o *smart-working*, i servizi di supporto alla genitorialità.

Il telelavoro, storicamente, già trova disciplina normativa con riguardo alle pubbliche Amministrazioni nella cd. legge Bassanini-*ter* (legge n. 191 del 1998, art. 4), nel d.P.R. n. 70 del 1999, e nell'accordo quadro nazionale sul telelavoro del 23 marzo 2000.

Senza voler ripercorrere il testo della direttiva, si ritiene di rilevante interesse segnalare il vaglio di compatibilità in concreto (in astratto vi è la lettera della legge, art. 18, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2017) cui sono chiamate le pubbliche Amministrazione nell'applicare nell'ambito del pubblico impiego, ai rapporti di lavoro pubblico contrattualizzato, un istituto funzionalmente riferibile al lavoro privato quale il "lavoro agile".

Tale forma di lavoro flessibile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», infatti, rinviene la propria disciplina nel citato art. 18 del d.lgs. n. 81 del 2017.

La direttiva afferma che la prestazione dell'attività lavorativa in lavoro agile, che viene a costituire quindi una nuova modalità spazio-temporale di svolgimento della prestazione lavorativa di cui all'art. 14 della legge n. 124 del 2015, non muta la natura giuridica del rapporto di lavoro subordinato, la posizione del lavoratore all'interno dell'Amministrazione e non modifica la relativa sede di assegnazione.

Tuttavia le peculiarità del lavoro pubblico, invitano l'interprete a una riflessione - questa volta non sotto il profilo dell'adeguatezza dello strumento a favorire pari opportunità, ma sotto quello dell'inquadramento lavoristico di sistema - sulle ricadute dell'introduzione del lavoro flessibile nella ricostruzione dogmatica dell'assetto degli equilibri tra aspetti

pubblicistici e privatistici del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato.

14. Il lavoro pubblico contrattualizzato e il lavoro privato non possono essere totalmente assimilati (cfr., Corte cost., sentenze n. 120 del 2012 e n. 146 del 2008; Cass., sentenza n. 11595 del 2016). Le differenze, pur attenuate, permangono anche in séguito all'estensione della contrattazione collettiva a una vasta area del lavoro prestato alle dipendenze delle pubbliche Amministrazioni, e la medesima eterogeneità dei termini posti a raffronto caratterizza l'area del lavoro pubblico contrattualizzato e l'area del lavoro pubblico estraneo alla regolamentazione contrattuale (cfr., Corte cost., sentenza n. 178 del 2015).

In particolare, i principi costituzionali di legalità ed imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., concorrono comunque a conformare la condotta della Pubblica amministrazione e l'esercizio delle facoltà riconosciutele, anche quale datore di lavoro pubblico in regime contrattualizzato.

Proprio in ragione di tali principi, trovano applicazione i criteri generali di correttezza e buona fede anche per le determinazioni negoziali della PA.

Va considerato, altresì, che la peculiarità del rapporto di lavoro pubblico, rinviene la sua origine storica, non solo nella natura pubblica del datore di lavoro, ma nella relazione che sussiste tra la prestazione lavorativa del dipendente pubblico e l'interesse generale, tuttora persistente anche in regime contrattualizzato.

Non meraviglia quindi, l'articolato e complesso iter tracciato dalle linee guida allegate alla direttiva n. 3 del 2017, in particolare, per l'attivazione del lavoro agile, articolato su diversi piani: misure operative quali analisi del contesto, definizione degli obiettivi, avvio della sperimentazione, confronto preventivo con i sindacati; formazione e sensibilizzazione; *iter* in esito al quale sarà possibile effettuare una valutazione in termini di *gender mainstreaming* delle previste misure di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nonché, in particolare, delle ricadute del lavoro agile sulla ricostruzione dei profili pubblicistici del rapporto di lavoro contrattualizzato.