

Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile

Fabrizio Ferraro

1. Le ragioni di una disciplina legale del lavoro agile.	84
2. Il rilievo centrale dell'autonomia individuale.	85
3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione.	86
4. La disciplina dell'esecuzione con riguardo alle «forme di esercizio» del potere direttivo	87
5. Il potere direttivo nel lavoro agile e i mutamenti dell'impresa.	88
6. La ricostruzione della fattispecie attraverso i requisiti dell'accordo.	89
7. La disciplina delle modalità esecutive e delle «forme di esercizio» del potere direttivo.	89
8. Possibili interferenze sistematiche nel dualismo tra autonomia e subordinazione.	91
9. Incidenza del regime del recesso sull'assetto di interessi del lavoro agile.	92
10. Il significato della disciplina e i vantaggi per i contraenti.	93

1. Le ragioni di una disciplina legale del lavoro agile.

La legge n. 81/2017 introduce agli artt. 18 e seguenti il lavoro agile «quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti».

L'istituto sembra incentivare il lavoro fuori dalle mura dell'azienda quando l'attività sia caratterizzata da autonomia decisionale del prestatore in relazione a tempi e luoghi di lavoro («anche ... senza vincoli di orario e di luogo»). Ciò che accade soprattutto allorché la prestazione possa o debba svolgersi “a distanza”, tramite l'uso di tecnologie di connessione e di lavoro, ovvero si integri in cicli o si misuri per obiettivi.

Non si può sottacere il fatto che il datore avrebbe potuto organizzare analoghe modalità smart del rapporto modellando la prestazione con i poteri, senza un accordo specifico. Viene allora naturale domandarsi per quale ragione il legislatore abbia introdotto un'apposita disciplina imperniata sull'accordo tra datore e lavoratore. Ritengo che alla base dell'impulso legislativo si collochino valutazioni di ordine principalmente sociologico ed economico.

In primo luogo, il titolare dell'organizzazione produttiva contemporanea, di fronte alle opportunità offerte dalle nuove tecnologie e metodologie organizzative, potrebbe temere prestazioni che sfuggano al proprio controllo in assenza di una piattaforma regolativa chiara. E, per non addentrarsi nel “ginepraio” del lavoro a distanza “fai-da-te” o regolato da accordi collettivi, preferisce ricorrere al lavoro coordinato.

In secondo luogo, l'istituto del tele-lavoro, che concorre oggi con il lavoro agile, ha mostrato con il tempo molti limiti operativi e non gode della fiducia degli operatori per i molti, forse troppi, interrogativi sul suo funzionamento e perché non esiste nel settore privato una disciplina uniforme.

In terzo luogo, gli interventi collettivi degli ultimi anni non hanno offerto tutte le soluzioni necessarie, né incoraggiato o assecondato processi di frammentazione organizzativa su larga scala, in grado di mediare in modo soddisfacente tra esigenze delle imprese e dei lavoratori.

Infine, il cosiddetto work-life balance costituisce nei moderni ordinamenti una tematica centrale e un'esigenza sempre più sentita. La valorizzazione delle tecnologie di comunicazione nel rapporto di lavoro (soprattutto pubblico) rappresenta un'occasione per sperimentare innovative tecniche di bilanciamento ad opera dell'autonomia individuale (v. oltre).

La legge in esame, rispondendo a esigenze socio-economiche preesistenti, non “istituisce” il lavoro agile bensì lo «promuove, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro», come se la nozione di «lavoro agile», filtrata dalle multiformi realtà delle organizzazioni di lavoro dove era rimasta all'ombra del contratto di lavoro standard e dei suoi meccanismi di funzionamento, fosse stata trasferita intatta sul piano dell'ordinamento normativo al fine di distinguere quella modalità da altri fenomeni (lavoro a domicilio, tele-lavoro, etc) e, soprattutto, di potenziarla.

Sottesa all'intervento v'è, dunque, la convinzione che il lavoro “agile” deve essere collocato sul volano di una legge capace di valorizzarne le potenzialità insite, tradotte negli scopi prefigurati dall'art. 18 comma 1, ovvero sia l'incremento della competitività e della produttività nell'interesse dell'impresa – che costituisce a mio avviso la leva principale – e il migliore bilanciamento tra tempi di lavoro e di non lavoro.

Resta fermo che le finalità esplicitate dalla legge giustificano in senso politico il nuovo istituto e potrebbero orientare l'interpretazione di singole norme, ma non formano parte integrante della fattispecie.

2. Il rilievo centrale dell'autonomia individuale.

Il legislatore affida il raggiungimento degli scopi prefissati al primo comma dell'art. 18 a un accordo individuale capace di "normare" molteplici aspetti del rapporto di lavoro, incluso l'esercizio dei tipici poteri datoriali. Ciò rappresenta una rilevante novità di sistema.

La scelta del legislatore di regolare una "modalità lavorativa" con un patto individuale nell'alveo del rapporto di lavoro subordinato non è scontata e, al contrario, porta l'interprete a domandarsi se e come questa disciplina disarticoli o de-tipizzi il "normale" rapporto di lavoro ex art. 2094 c.c. In effetti, quando la legge parla di «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti» (art. 18 comma 1), utilizza un'espressione «sicuramente poco felice», poiché nel lavoro subordinato tradizionale il potere direttivo determina in senso unilaterale le modalità esecutive. Ci si deve chiedere, alla luce di ciò, se il patto possa impedire l'esercizio unilaterale del potere direttivo e, in caso affermativo, se tale circostanza impatti indirettamente sulla fattispecie dell'art. 2094 c.c. Per provare a fornire qualche utile indicazione, occorre per prima cosa scrutinare le norme che fanno riferimento all'accordo o alla prestazione che ne costituisce l'oggetto principale (v. par. succ.).

La nuova disciplina pone al centro l'autonomia individuale non solo nella scelta del tipo negoziale, ma nell'esercizio di un potere normativo, adottando una tecnica sensibile al bisogno di adeguare il grado di regolazione alle metamorfosi dei moduli organizzativi delle prestazioni di lavoro. La volontà delle parti non viene però costretta entro forme richieste per la validità dell'atto. La forma scritta è infatti ad probationem tantum e per la regolarità amministrativa.

Non contribuisce invece ad articolare la fattispecie la contrattazione collettiva, che pure era stata protagonista a livello sia nazionale sia aziendale di alcuni "esperimenti" di *smart working* anticipatori della legge. Ciò non toglie che il contratto collettivo possa definire il trattamento economico e normativo dei lavoratori agili, differenziandolo in senso migliorativo rispetto a quello complessivamente applicato agli altri (art. 20) ovvero regolando in modo alternativo alcuni istituti.

Il patto potrebbe essere stipulato sia al momento della nascita del rapporto di lavoro sia in un momento successivo, nel qual caso il datore di lavoro non condiziona il sorgere del rapporto all'accettazione della modalità agile e quindi dovrà "convincere" il lavoratore in altro modo. Non è escluso che sia il lavoratore a proporre la modalità agile rappresentando all'azienda reciproche convenienze.

La legge n. 81 prende sicuramente le distanze dal modello regolativo imperniato sulla norma inderogabile di legge e contratto collettivo. Neppure aderisce, tuttavia, al modello alternativo della "derogabilità assistita" nel quale l'autonomia individuale può destrutturare le tutele se il lavoratore riceva un'effettiva assistenza. Il lavoratore agile non riceve alcuna assistenza ma, nell'ottica offerta da questa legge, si confronta in modo teoricamente paritario con il datore di lavoro.

La disciplina del lavoro agile corrisponde pertanto a un terzo modello. In questa veste arricchisce un lento percorso di legittimazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro. È una strada non ancora battuta, e per questo disseminata di insidie e nuovi interrogativi.

3. Cenni sui requisiti del patto e della prestazione.

Per comprendere come si articola la fattispecie generale della clausola di lavoro agile, è imprescindibile riflettere in prima istanza su orario di lavoro e luogo della prestazione, riferimenti questi che compaiono tanto al primo comma dell'art. 18, secondo periodo, che delinea le caratteristiche della prestazione lavorativa agile quanto all'art. 19, che prescrive i contenuti indispensabili del patto.

In via rappresentativa e non prescrittiva l'art. 18 conferma che la modalità agile ricorre «anche... senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro». Quindi, se ne deduce, può essere vincolata sia nel tempo di lavoro sia nel luogo – con i limiti che vedremo – ancorché in modo “non preciso”, mentre l'accordo non potrà reintrodurre vincoli rigidi che privino il lavoratore di ogni facoltà di manovra se non voglia contraddire la ratio del nuovo istituto.

Per quanto riguarda il luogo, la prestazione di lavoro agile è svolta in parte all'interno – si presuppone quindi che l'impresa non sia del tutto smaterializzata – e in parte «all'esterno dei locali aziendali» e «senza una postazione fissa» (artt. 18 e 19, l. n. 81/2017). Tali requisiti sono indispensabili affinché si configuri la fattispecie e si producano gli effetti tipici di legge.

Lo si deduce innanzitutto dalla norma dell'art. 20 comma 1 che, quando dispone un divieto di trattamenti dispari, compara i lavoratori agili a quelli «che svolgono le medesime mansioni esclusivamente all'interno dell'azienda», presupponendo quindi che i lavoratori agili svolgano quelle stesse mansioni almeno in parte all'esterno dell'azienda.

Inoltre nella necessaria collocazione fuori dall'azienda della prestazione e nella sua intrinseca mobilità va ricercata la ragione dell'introduzione di norme che onerano l'accordo del compito di adattare i poteri tipici al particolare contesto del lavoro smart, come l'art. 21 sul potere di controllo e sulle infrazioni disciplinari di fonte individuale e l'art. 22 sulla informativa speciale e sulla cooperazione rafforzata del lavoratore in materia di sicurezza. Queste disposizioni sottintendono con ogni evidenza una prestazione che si connette alle infrastrutture dell'impresa in modo smaterializzato e che quindi esige la predisposizione specifica di regole operative e canali tecnici di collegamento.

Per “assenza di una postazione fissa” di lavoro deve intendersi a mio avviso, con approccio sostanziale, l'insussistenza di un obbligo del lavoratore di non “sottrarsi” alla collocazione statica assegnata dal datore di lavoro. Non v'è postazione fissa, quindi, se il luogo ove la prestazione si esegue è statico ma scelto autonomamente dal prestatore. Parimenti il patto potrebbe prevedere che la prestazione “esterna” si svolga in diversi luoghi o in un determinato ambito geografico sempre a scelta del prestatore di lavoro, ma non anche in uno o più singoli luoghi appositamente attrezzati dal datore di lavoro pur al di fuori dei locali aziendali.

L'agilità può riguardare poi l'orario di lavoro. Ai sensi dell'art. 18 comma 1, la prestazione “regolata” dall'accordo deve essere eseguita «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale» stabiliti dalle fonti sovraordinate al contratto individuale,

contratto collettivo e legge. Le previsioni relative all'eventuale collocazione oraria o ai giorni di lavoro sono rimesse nel contenuto alle parti.

Confluiscono poi nel patto altri profili di disciplina che testimoniano la ricerca di un difficile equilibrio nell'etero-determinazione dei contenuti di una prestazione che sfugge al rapporto diretto delle relazioni individuali dentro l'azienda e, anche per questo, è osservata dal datore nella sua "obiettività" nel senso che diviene più "calcolabile"; di qui il richiamo alle «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» e la possibilità che nel prisma del lavoro agile si consacrino l'istituto dello scarso rendimento.

Si deve considerare anche che la distanza geografica dall'azienda del prestatore agile rende, più che «possibile», quasi inevitabile l'adozione degli strumenti tecnologici di lavoro che assicurino la connessione all'organizzazione datoriale. Se presenti, debbono essere previsti dal patto (art. 19), sia che si tratti di strumenti dati in dotazione dal datore di lavoro, sia che siano mezzi di proprietà del lavoratore sui quali siano però installati applicativi dell'impresa o pendano un vincolo di destinazione d'uso. Nelle regole inerenti agli strumenti di lavoro tecnologici è insito il riferimento alla regolazione dell'esercizio del potere di controllo, che implica una dettagliata informativa privacy, e alla informativa di sicurezza.

Perseguono sempre una funzione di adattamento le norme che delegano le parti dell'accordo alla individuazione dei tempi di riposo del lavoratore – ciò che potrebbe bastare per dare forma a una regolazione a contrario del tempo di lavoro da eseguire in modalità agile – e delle misure per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro, misure che sono sia «tecniche», riferite all'accensione e allo spegnimento degli apparecchi che veicolano l'utilità della prestazione, sia «organizzative». La previsione delle misure è funzionale a una disconnessione effettiva che è tale se tronca di netto ogni canale connettivo senza permettere al datore l'adozione di "rogge alternative" o di riattivare il collegamento a distanza.

Il problema della disconnessione è all'ordine del giorno in molti ordinamenti e in diversi ambiti della riflessione giuridica. Dista perplessità però il fatto che la legge n. 81 non fissi alcuna regola eteronoma, ma affidi una difficilissima opera di mediazione all'accordo che, sul punto, difficilmente potrà interpretarla in modo equilibrato.

Osservando la disciplina legale, la valenza dell'istituto si risolve, da una parte, negli effetti derogatori in materia orario di lavoro, dall'altra nell'investitura dell'autonomia individuale che sostituisce quella collettiva all'interno di «un assetto normativo del rapporto di lavoro, più adattabile agli interessi e ai bisogni del lavoratore in carne ed ossa», almeno in potenza; ma sicuramente adattabile a esigenze di flessibilizzazione interna molto sentite da alcune imprese.

4. La disciplina dell'esecuzione con riguardo alle «forme di esercizio» del potere direttivo

Prima di verificare se e come questa disciplina impatti sulla nozione di subordinazione, occorre precisare che il patto verte sulle modalità "esecutive" – rectius di svolgimento – del rapporto e, pertanto, in primo luogo sulle caratteristiche modali dell'obbligazione di lavoro.

Infatti, come precisa meglio l'art. 19 comma 1, l'accordo «disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali». La legge, quando accenna alla "disciplina dell'esecuzione", fa un ambiguo riferimento alle «forme di esercizio» del potere direttivo e agli strumenti in uso.

Le parti del patto di lavoro agile possono muoversi solo all'interno dell'essenziale cornice di legge per sommi capi delineata. È però dubbio se l'intervento del patto incida sul potere direttivo al punto da determinare una modificazione indiretta dell'art. 2094 c.c. A mio avviso – e cercherò di spiegare il perché – l'intervento dell'accordo tipico di lavoro agile opera ai sensi dell'art. 1322 comma 1 c.c., nel senso che le parti determinano meglio il contenuto del contratto, nei limiti della fattispecie contratto di lavoro subordinato "integrata" o meglio "contestualizzata" dalla legge n. 81.

5. Il potere direttivo nel lavoro agile e i mutamenti dell'impresa.

Viene spontaneo chiedersi come la dimensione individuale del lavoro agile si coniughi con il rapporto di lavoro subordinato. Nello schema ordinario della subordinazione la tecnica della norma inderogabile e la correlata compressione dell'autonomia individuale – il modello da cui il lavoro agile sembra prendere le distanze – dipendono dalla trasfigurazione dell'autorità privata del datore in posizioni giuridiche attive di potere che confluiscono nella fattispecie legale. La disparità di forza contrattuale, infatti, ha tratto dalla continuativa soggezione tecnica derivante da un, presupposto, inserimento funzionale nell'organizzazione e dal, conseguente, "coordinamento" della prestazione ai fini perseguiti dall'impresa.

Non è questa la sede per ripercorre un ampio dibattito dominato dalla ricostruzione di Mattia Persiani che ha offerto l'equilibrata visione di una organizzazione di lavoro vertebrata dall'esercizio del potere direttivo riconosciuto al datore col contratto. Basti riferire che, da questa convincente prospettiva, l'etero-direzione definisce il modo di essere della relazione contrattuale e, per tale ragione, con varie sfumature di intensità e non senza incertezze, il potere direttivo, quale architrave del contratto, orienta le operazioni di qualificazione e la conseguente distribuzione delle tutele.

La prestazione di lavoro subordinato è dunque utile in quanto governata dal potere direttivo, quale formula di compendio che riassume la pretesa di disimpegnare un facere contrattualmente dovuto e conformabile alle esigenze dell'organizzazione produttiva. Nell'idea del potere contrattuale è insita, in una parola, la coordinabilità della prestazione rispetto a qualsiasi obiettivo l'imprenditore valuti di raggiungere nello spazio dell'art. 41 Cost..

La traiettoria dei mutamenti del potere direttivo – cifra della naturale elasticità della fattispecie dell'art. 2094 c.c. – ricalca quella delle metamorfosi dell'impresa per via dello stretto collegamento esistente tra assetto della produzione e modi espressivi della principale prerogativa contrattuale di governo, gestione e coordinamento delle prestazioni lavorative.

Per questo, specialmente nei nuovi contesti e con riferimento ai "nuovi lavori", quel potere si presenta proteiforme e si estrinseca in vincoli programmatici e impliciti più che in ordini specifici ed espliciti. Specularmente il prestatore di lavoro subordinato, involto nei processi di trasformazione, appare sempre più "autonomo" nel gestire obiettivi e tempi, ciò che fa da corollario all'aumento del valore delle risorse umane nelle organizzazioni produttive.

Di questi processi evolutivi il legislatore sembrerebbe voler dare conto nel capo II della legge n. 81 del 2017.

6. La ricostruzione della fattispecie attraverso i requisiti dell'accordo.

Al di là della lettura aggiornata della subordinazione, il rinvio all'autonomia individuale nella declinazione delle modalità esecutive della prestazione e delle «forme di esercizio del potere direttivo» sembrerebbe mettere in discussione la funzione primaria del potere direttivo. Autorevole dottrina ha rimarcato una contraddizione, non solo verbale, nell'accordo sulle modalità esecutive riferito a un rapporto di lavoro subordinato.

Secondo una tesi, il patto sull'esercizio dei poteri avrebbe dato vita a una "forma speciale di subordinazione" regolata da una scarna disciplina di sostegno. Questa ricostruzione ha sicuramente il merito di mettere in evidenza il carattere liminale del lavoro agile, al confine tra coordinamento e subordinazione (v. supra), ma porta alle estreme conseguenze il contenuto di una clausola solo "aggiuntiva" e che, secondo la configurazione legale, non riguarda in ogni caso la prestazione svolta all'interno dell'azienda.

Una diversa tesi, in modo più convincente, sostiene che l'art. 19, quando affida all'accordo la disciplina dell'esecuzione e le forme di esercizio del potere direttivo, attribuisce all'autonomia individuale la previsione dei modi attraverso i quali le direttive sono veicolate, dovendo raggiungere – e rendere utile (v. supra) – una prestazione che per sua stessa caratteristica naturale non può essere governata con gli stessi strumenti di comunicazione e le medesime tecniche utilizzate per coordinare la prestazione svolta all'interno dei locali aziendali.

7. La disciplina delle modalità esecutive e delle «forme di esercizio» del potere direttivo.

A me sembra, in linea con quest'ultima ricostruzione, che il lavoro agile non alteri la fattispecie lavoro subordinato né per via dell'abilitazione dell'accordo a disciplinare le modalità di esecuzione, né per via della delimitazione delle "forme di esercizio" del potere direttivo.

Per quanto concerne il primo punto, soccorre la ricostruzione della fattispecie nel lavoro subordinato in cui è possibile l'accordo sull'ambito della prestazione dovuta. Anche l'orario è elemento consensuale in quanto è necessario il consenso del lavoratore per modificarlo, come per la collocazione oraria nella disciplina del tempo parziale (art. 6 comma 4, d.lgs. 81/2015). La disciplina contrattuale della "esecuzione" della prestazione di lavoro agile non cambia il significato del potere direttivo quale asse portante della fattispecie dell'art. 2094 c.c. Quella prerogativa datoriale ha sempre natura contrattuale e, quindi, da una parte deve esercitarsi secondo buona fede e correttezza (art. 1375 c.c.) e, d'altra parte, il suo esercizio, spaziando all'interno del voluto negoziale, è delimitato dall'obbligazione assunta e dalle modalità eventualmente pattuite.

È evidente poi, sul piano della negoziazione delle condizioni di una clausola di lavoro agile, che il datore imprimerà la propria "supremazia contrattuale" nell'accordo, determinando i contenuti del patto secondo le proprie esigenze; e in un momento successivo, se volesse far valere le "ragioni dell'organizzazione" non più soddisfatte dal patto, recederà senza troppi affanni (v. oltre).

Per ciò che non attiene alle particolari modalità di esecuzione regolate dall'accordo, il rapporto giuridico resta immutato. Ne segue che il datore durante le fasi di lavoro agile non perde lo ius variandi e quindi in caso di modifiche a norma dell'art. 2103 c.c., alla cessazione dell'accordo stipulato ai sensi dell'art. 18 o in ogni caso nelle fasi della prestazione eseguita all'interno dell'azienda, il lavoratore sarà tenuto a presentarsi nella nuova sede e a eseguire i compiti

corrispondenti alle nuove mansioni (ciò che potrebbe condurre le parti a valutare un aggiornamento dell'accordo).

Inoltre il datore di lavoro potrà trasmettere indicazioni direttive sullo svolgimento della prestazione interna anche durante gli orari della prestazione esterna. Ciò che, con approccio pragmatico, aiuta a comprendere come in concreto, e salvo verificare se il potere risponda ai canoni contrattuali di buona fede e correttezza, il datore di lavoro conservi ampi margini di intervento.

Va considerato poi che l'accordo di lavoro agile potrebbe non richiedere un eccessivo dettaglio in ordine al "cosa" o al "come" della prestazione da svolgere, atteso che l'agilità implica normalmente maggiore autonomia operativa del prestatore, senza bisogno di ordini dettagliati. Anzi, si coniuga bene con programmi generici.

La seconda questione, attinente alla previsione nel patto di forme di esercizio del potere direttivo, si risolve alla luce della prima.

Lo schema negoziale tipico offerto dalla legge n. 81/2017 permette alle parti individuali di modulare non l'ampiezza o l'intensità, bensì la funzionalità tipica del potere direttivo, sulla base delle "caratteristiche naturali" del lavoro agile. Giova sottolineare ancora che la prestazione di lavoro agile è svolta all'esterno dei locali dell'impresa e implica, verosimilmente, l'utilizzo di strumenti tecnologici per realizzare il contatto "a distanza". A ciò si aggiunga che l'esigenza di modulazione individuale dei poteri si amplifica laddove l'organizzazione del lavoro avvenga per fasi, cicli e obiettivi (art. 18 comma 1).

In altri termini, con la formula secondo cui il patto prevede le «forme di esercizio del potere direttivo» non si intende che il potere sia propriamente "disciplinato" da un accordo individuale. La regolazione attiene non all'an e nemmeno al quantum bensì, in senso più limitato, al quomodo delle direttive.

Nei contesti contrassegnati da "agilità" serve un potere direttivo che si espliciti in forme chiare e serve essere certi che gli ordini giungano a destinazione, considerato che il datore dovrà "raggiungere" il lavoratore senza sapere in quale luogo stia svolgendo la prestazione. Non a caso la norma sull'esercizio del potere direttivo è seguita dal richiamo all'utilizzo degli strumenti la cui regolamentazione nel patto rappresenta, anche ai fini dell'esercizio del potere di controllo e disciplinare, nonché dell'adempimento degli obblighi di sicurezza, uno snodo fondamentale.

Quindi la previsione negoziale potrà attenere all'utilizzo della email o della chat aziendale o al contenuto delle comunicazioni ovvero chiarirà l'interazione tra direttive e reperibilità nelle fasi di connessione. L'istituzione di particolari "forme" determina in altre parole una sorta di procedimentalizzazione del potere direttivo, che può costituire il piano di verifica della ragionevolezza dell'esercizio della prerogativa contrattuale secondo buona fede e correttezza, da valutare anche alla luce delle esigenze di vita del lavoratore.

Una volta chiarito come debba intendersi il dettato legale, le opzioni legislative in esame si apprezzano nell'interazione sostanziale tra la definizione pattizia delle modalità esecutive e un potere direttivo esercitabile in determinate "forme": l'opportunità di rimettere al patto la regolazione delle modalità esecutive deriva dal fatto che la prestazione si concretizza "distante" dal centro dell'organizzazione e, se indefinita nelle modalità di estrinsecazione, rischia di sfuggire al radar del datore di lavoro.

Si può quindi dire che la disciplina degli articoli 18 ss., l. 81/2017, non ha alcuna valenza tipologica specializzante. Realizza semplicemente il bisogno di individuare nell'accordo un "centro di gestione" del tempo e del luogo (ma anche degli strumenti e delle tecniche di coordinamento operativo), alla stregua di un ideale piano di verifica consensuale dell'utilità di una prestazione in forma agile.

Da questo punto di vista, la compromissione del lavoratore nella costruzione negoziale della prestazione di lavoro – sebbene la legge sembri assegnargli solo il personale interesse di conciliare vita e lavoro – costituisce un nuovo tassello del mosaico dell'autonomia individuale nel rapporto di lavoro subordinato, da leggere in chiave "partecipativa".

8. Possibili interferenze sistematiche nel dualismo tra autonomia e subordinazione.

Chiarito che il potere direttivo si "attenua" di fatto ma non scompare, si può verificare come il lavoro agile si inserisca all'interno della delicata relazione tra lavoro subordinato etero-diretto, collaborazioni etero-organizzate ex art. 2 d.lgs. 81/2015 e lavoro autonomo coordinato all'esito dell'operazione definitoria compiuta dal legislatore con l'integrazione dell'articolo 409 n. 3 c.p.c.

Ritengo che l'introduzione della disciplina in esame non determini una sovrapposizione in astratto tra il tipo ex art. 2094 c.c. nella modalità agile e il lavoro coordinato definito di recente dall'art. 15 della l. 81/2017.

Non si può negare che la previsione del lavoro agile configuri un'ipotesi di notevole – e sempre volontaria – attenuazione della tradizionale supremazia gerarchica del datore di lavoro. Al pari di ogni altra forma di subordinazione e a differenza delle forme di coordinamento orizzontale, corregge sempre la logica paritaria del contratto, ma lo fa in modo meno penetrante.

La positivizzazione di questa peculiare forma "attenuata" di subordinazione potrebbe, da una parte, apportare un chiarimento al persistente dualismo tra autonomia e subordinazione, messo in crisi secondo alcuni autori dagli ultimi interventi del legislatore; d'altra parte, potrebbe orientare diversamente le decisioni della giurisprudenza.

Sotto il primo profilo, il lavoro agile incentiva l'utilizzo della subordinazione senza modificare l'art. 2094 c.c., in quei contesti prestatori caratterizzati dall'autonomia del lavoratore nei tempi e, soprattutto, nei luoghi. Sembrerebbe interpretare idealmente una tendenza espansiva della subordinazione con riferimento a quelle situazioni in cui orari e luoghi non siano organizzati unilateralmente (e le prestazioni del lavoratore subordinato non siano "esclusivamente personali", quantomeno nell'accezione più rigorosa), fermo che l'attività lavorativa può essere per gli altri profili etero-diretta.

Se la subordinazione occupa persino l'area della "organizzazione" pattizia, dopo l'entrata in vigore della legge n. 81 risulterà ancor più difficile dimostrare la ricorrenza di "lavoro autonomo" quando la prestazione sia etero-organizzata nelle modalità di svolgimento (anche) con riferimento a tempo e luogo ai sensi dell'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015. La disposizione richiamata, infatti, non postula a mio avviso l'estensione delle tutele della subordinazione ai rapporti di lavoro autonomo in condizione di dipendenza economico-organizzativa, ma, al contrario, offre all'interprete un indice che, da una parte, stemperi le tradizionali difficoltà di utilizzo come indice della etero-direzione, dall'altra contribuisca a ricostruire la fattispecie del lavoro subordinato nei contesti organizzativi dubbiosi in cui il potere direttivo si dissolve nel quadro programmatico dell'attività produttiva.

Contribuisce a tracciare il confine anche la norma che, aggiungendo un periodo all'art. 409 n. 3 c.p.c., definisce il coordinamento come auto-organizzazione dell'attività lavorativa nel rispetto delle modalità di coordinamento pattuite, creando una contrapposizione tra l'attività lavorativa etero-organizzata che confluisce, almeno *quoad effectum*, nell'area della subordinazione e attività auto-organizzata che implica un coordinamento orizzontale poiché le relative modalità sono concordate.

Non v'è però sovrapposizione tra lavoratore coordinato e agile, dacché le prestazioni del secondo sono auto-organizzate solo in senso lato, quale riflesso dell'esigenza (etero-)organizzativa trasfusa nell'accordo. Peraltro nel lavoro agile, che resta subordinato, il datore potrebbe sempre "determinare" o "specificare" in via unilaterale le modalità esecutive non contemplate dal patto e la prestazione che si svolge all'interno con eventuali riflessi anche sulla prestazione esterna. Invece le «modalità di coordinamento», ai sensi dell'art. 409 n. 3 c.p.c. sono pattuite e non ulteriormente specificabili in un momento successivo tramite richieste unilaterali e l'attività esecutiva è organizzata autonomamente dal collaboratore; il committente può solamente pretendere l'aderenza della prestazione al contenuto dell'accordo.

Con riferimento al secondo profilo, si intende che la nuova disciplina potrebbe condurre la giurisprudenza a estendere il perimetro delle operazioni di qualificazione, riconoscendo la natura subordinata del rapporto anche a fronte di prestazioni svolte senza precisi vincoli di orario o di luogo. Contestualmente perderebbe di peso, a seconda del contesto organizzativo di riferimento, un rilevante indice (a mio avviso normativizzato dall'art. 2 comma 1, d.lgs. 81/2015). A tal riguardo, ben difficilmente il lavoro agile senza precisi vincoli spazio-temporali potrà assurgere a nuovo modello della subordinazione in quanto attivabile solo a fronte di specifiche esigenze e sul fondamento di una dettagliata contrattazione individuale che fissi la base operativa della relazione contrattuale quando la prestazione è eseguita "all'esterno". Per la stessa ragione appare assai improbabile, se non impossibile, la riqualificazione giudiziale in lavoro agile.

9. Incidenza del regime del recesso sull'assetto di interessi del lavoro agile.

Nella lettura dell'assetto di interessi complessivo, al fine di verificare l'incidenza sulla fattispecie fondamentale, non è affatto irrilevante che l'accordo non sia stabile, considerata la possibilità piuttosto ampia di disallineare rapporto di lavoro sottostante e modalità agili, sia prevedendo clausole a tempo determinato, sia esercitando la facoltà di recesso (art. 19 comma 2), con conseguente riattivazione dei "normali" poteri datoriali.

Infatti, sia nel patto a tempo indeterminato – laddove il recesso è libero con preavviso di 30 giorni che diventano 90 per i disabili della l. 68/1999 – sia in quello a tempo determinato, il riscontro di nuove esigenze produttive giustifica il recesso senza preavviso ai sensi dell'art. 19 comma 2.

La precarietà del patto che si desume da questa configurazione del recesso potrebbe rendere il dubbio sull'incidenza "tipologica" del lavoro agile privo di conseguenze pratiche rilevanti. Il recesso libero, infatti, elimina con un colpo di spugna l'obbligazione di eseguire la prestazione all'esterno e, con essa, ogni ipotetica criticità di ordine tipologico argomentata a partire dall'eccessiva attenuazione dei poteri (in specie del potere direttivo).

Peraltro, è facile immaginare che il lavoratore, tanto più quando sussista un effettivo interesse a preservare la modalità agile per conciliare meglio vita e lavoro, si adeguerà a successive revisioni dell'accordo, conscio della "scura" del recesso.

Vero è che anche il lavoratore può decidere di porre fine all'accordo in via unilaterale, ma è scontato rimarcare come tale facoltà sia sicuramente condizionata, al contrario che nel caso di dimissioni ex art. 2118 c.c., dal timore delle conseguenze di un recesso non desiderato dall'impresa, viceversa interessata a ricevere prestazioni agili allo scopo di incrementare la competitività.

10. Il significato della disciplina e i vantaggi per i contraenti.

Per riassumere si può dire che il lavoro agile introduce nella disciplina della subordinazione una "variabile" che non modifica la struttura dell'art. 2094 c.c., bensì interferisce nell'equilibrio interno alla fattispecie solo in alcuni, delimitati, frangenti del rapporto – la parte di prestazione svolta all'esterno – quando per via delle peculiari modalità di esecuzione di una parte della prestazione, nella valutazione condivisa da lavoratore e datore ed eventualmente quando ricorrano una o più caratteristiche tra quelle che emergono dall'art. 18 comma 1, si renda necessario sia chiarire come la prestazione vada resa sia adattare i poteri da esercitare per rendere quella prestazione "inseribile" e "coordinabile".

Nella legge n. 81 il potere direttivo risulta "formattabile" in base ai connotati della prestazione da eseguire all'esterno, alla distanza fisica dall'organizzazione dell'impresa e al grado effettivo di indipendenza operativa del prestatore. Quindi non viene affatto cancellato, semmai decifrato in relazione a modalità agili del lavoro e confermato quale perno della fattispecie.

Una volta esaminata la disciplina, ci si potrebbe domandare perché l'imprenditore o un altro datore di lavoro dovrebbe "moderare" i propri poteri o comunque affidare la regolazione delle coordinate dimensionali della prestazione a un accordo individuale. La risposta è da ricercare negli effetti dell'accordo di lavoro agile.

Innanzitutto, si deroga alla quasi totalità delle norme in materia di orario – salvi i limiti massimi giornaliero e settimanale – anche al di fuori delle prestazioni con le caratteristiche dell'art. 17 comma 5, d.lgs. 66/2003. A ciò si collegano opportunità in tema di retribuzione, in linea con una prospettiva di responsabilizzazione del lavoratore incentivato a raggiungere più elevati livelli qualitativi o di efficienza. Inoltre, de jure condendo, questa piattaforma regolativa si presta a fungere da base normativa cui "agganciare" nuovi, e più convincenti, incentivi.

Il vantaggio per i datori è sia organizzativo sia economico. Le aziende possono essere interessate, da un lato, perché il lavoratore agile gestore del proprio tempo-lavoro, tende a ridurre permessi e assenze per malattia. D'altra parte, potrebbe ingenerarsi un risparmio dei costi legati all'attivazione costante di una postazione fissa all'interno o, in caso di utilizzo massiccio del lavoro agile, anche di intere unità produttive o comparti. Un vantaggio, questo, che si apprezza anche nel confronto col tele-lavoro perché in questo caso il datore deve organizzare una postazione fissa e ne sopporta i costi.

Chioso con una breve riflessione sullo scopo di conciliazione vita-lavoro. Se pare coerente con la costruzione giuridica del lavoro agile consegnare una funzione centrale all'autonomia individuale, sembrerebbe poco proficuo l'affidamento integrale alla regolazione concordataria di quelle parti dell'accordo che attengono all'interesse (anche) del lavoratore al riposo e alla disconnessione, in quanto ingranaggi – non gli unici – della buona riuscita della conciliazione vita-lavoro (che si può realizzare anche per il solo fatto di poter "lavorare dove si vuole" o nel "lavorare meno-lavorare meglio" quando esistano obiettivi).

Ad ogni modo non ci si può nascondere, con un po' di sano realismo, che nessuna impresa organizzerà il lavoro agile per assecondare un mero interesse del lavoratore, ma prenderà in primaria considerazione, com'è normale che sia, l'interesse dell'organizzazione datoriale e il suo buon funzionamento.

Se si osservano gli equilibri sottesi alla fattispecie, la finalità del bilanciamento vita-lavoro sembra non solo eventuale ma anche secondaria, giacché, subordinandosi alla valutazione di praticabilità che riguarda le caratteristiche dell'attività lavorativa e la sua concreta fruibilità (v. supra), sarà in effetti perseguita solo se e in quanto compatibile con l'interesse datoriale a ricevere una prestazione utile.

Ciò non toglie che il coinvolgimento della persona del lavoratore nella selezione delle modalità esecutive si giustifica anche alla luce dello scopo di conciliare vita e lavoro, consentendo in qualche caso al prestatore di collaborare nella ponderazione quantitativa e qualitativa del tempo dedicato alle fasi di lavoro e di non lavoro.