

L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione

Antonio Riccio

1. Gli spazi dell'autonomia individuale nell'accordo di lavoro agile.	37
2. La funzione primaria della certificazione e l'(in?)efficacia della procedura.	39
3. Il ruolo centrale dell'attività di supporto alle parti affidato alle Commissioni e le possibili utilità in materia di lavoro agile.	40
3.1 Il come, il dove e il quando della prestazione e il loro impatto sulla questione qualificatoria.	42
3.2 Le previsioni specifiche in materia di poteri datoriali e il rispetto delle norme inderogabili applicabili.	44
3.3 Le misure tecniche e organizzative per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore e la tutela dell'infortunio in itinere.	44

1. Gli spazi dell'autonomia individuale nell'accordo di lavoro agile.

Con la legge n. 81 del 2017, il legislatore, perseguendo il dichiarato obiettivo di incentivare l'incremento della capacità competitiva delle imprese e, al tempo stesso, di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, ha voluto regolare e promuovere il cosiddetto "lavoro agile".

Pur non avendo in questo scritto - il cui focus resta necessariamente limitato all'ampio ruolo assegnato all'autonomia individuale e alle possibili utilità dell'istituto della certificazione lavoristica - l'ambizione di sviluppare tutte le varie implicazioni dell'istituto, è il caso di sottolineare che l'espressa ratio legislativa sembra disegnare un istituto (e un accordo) dalla necessaria doppia anima, pro-mercato e pro-labour. Ciò non può che costituire sia uno dei principali strumenti interpretativi di una disciplina in molti tratti non sufficientemente precisa sia una valida chiave di verifica della riconducibilità dei singoli accordi nell'alveo dello *smart work* così come delineato dal legislatore.

Come è ormai noto, per lavoro agile la legge intende la peculiare modalità di esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato, strettamente connessa con l'utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa, stabilita mediante la conclusione di un accordo tra le parti. Nonostante le numerose incertezze poste dal dato legislativo, ciò che appare sufficientemente chiaro è il ruolo di primo piano affidato all'autonomia privata individuale nella definizione dell'accordo, tanto da indurre taluno a parlare di vera e propria *revanche* dell'autonomia individuale.

In primo luogo, è appena il caso di precisarlo, nessuna delle disposizioni della l. n. 81/2017 sembra tale da legittimare deroghe alla disciplina legale della subordinazione da parte dell'autonomia individuale. Piuttosto, le parti, nell'accordo, avranno la possibilità di intervenire in senso specificativo-gestionale su molti degli elementi e istituti tipici del rapporto di lavoro subordinato, al fine di calibrarne la determinazione e disciplina alle peculiari modalità organizzative del lavoro agile.

Nonostante ciò, è evidente come la cornice della l. n. 81/2017 abiliti le parti individuali a realizzare nell'accordo, che può essere a termine o a tempo indeterminato, operazioni specifiche nient'affatto irrilevanti sia per le conseguenze determinate sulla disciplina complessiva del rapporto sia per i risvolti in termini di certezza del diritto.

Rinviandone l'approfondimento ai paragrafi che seguiranno, può essere utile qui ricordare schematicamente i principali tratti legali che rinviano, in maniera diretta o indiretta, all'autonomia individuale. Sono tali le disposizioni che:

- a) prevedono la possibilità di adottare forme di organizzazione della prestazione per fasi, cicli e obiettivi;
- b) stabiliscono che l'attività venga svolta senza precisi vincoli di luogo e però obbligano, in via del tutto generica e senza offrire criteri interpretativi sulle sue proporzioni, all'alternanza del luogo di svolgimento, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa;
- c) stabiliscono che l'attività venga svolta senza precisi vincoli di orario entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva;

d) assegnano all'accordo relativo alla modalità di lavoro agile il compito di disciplinare l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro.

e) attribuiscono all'accordo la disciplina dell'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali e l'individuazione delle condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

f) assegnano all'accordo l'individuazione dei tempi di riposo del lavoratore nonché, in particolare, delle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche adoperate per rendere la prestazione.

Il particolare peso attribuito all'autonomia individuale emerge in maniera ancora più evidente se si considera che il legislatore, a dispetto delle stesse origini dell'istituto, omette qualunque riferimento al contratto collettivo e non affida, dunque, alcun ruolo privilegiato alla mediazione collettivo-sindacale. Né come chiave di accesso generale per l'utilizzo dell'istituto, né condizionando la possibilità delle parti di agire su aspetti piuttosto critici della disciplina del rapporto- e tradizionalmente affidati all'autonomia collettiva, pensiamo al tema delle condotte rilevanti disciplinarmente- a un preventivo intervento dell'accordo sindacale. Naturalmente, come è stato già osservato, la mancanza di un espresso rinvio legale non impedisce alle parti collettive di intervenire autonomamente adottando una propria disciplina integrativa del dato normativo legale.

Per valutare quanto inciderà l'assenza del rinvio legale sulla propensione delle parti collettive a intervenire in materia, soprattutto a livello aziendale, bisognerà attendere i primi sviluppi empirici determinati dalla l. n. 81/2017. Quel che resta, ciononostante, un dato acquisito, è la non indispensabilità, con riguardo ad ogni profilo dell'accordo di lavoro agile, della disciplina collettiva.

Tale scelta, condivisibile o meno, è determinata, principalmente, dalla evidente volontà di predisporre uno strumento di organizzazione flessibile della prestazione dalla natura fortemente individualizzata che mal riuscirebbe a conciliarsi con una disciplina collettiva eccessivamente pervasiva e, forse, rigida. Quasi certamente, poi, sulla scelta del legislatore ha inciso anche la persuasione che in materia di telelavoro i contratti collettivi abbiano contribuito, sovraccaricandone le regole, alla scarsa diffusione dell'istituto.

Dato l'ampio spazio di manovra concesso alle parti nell'accordo, e anche in ragione dell'assenza di competenze specifiche assegnate alla mediazione del contratto collettivo, di più difficile comprensione appare, al contrario, l'esclusione di ogni riferimento nel testo legale all'unico strumento di assistenza all'autonomia individuale previsto dall'ordinamento lavoristico italiano, ossia la certificazione dei contratti di lavoro di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003.

Anche in questo caso, ovviamente, ciò non impedisce la possibilità che le parti si rivolgano alle commissioni di certificazione in occasione della stipulazione dell'accordo di lavoro agile. Non può non segnalarsi, tuttavia, come il legislatore, che pure ha dimostrato nel tempo l'intenzione di valorizzare l'istituto- da ultimo con i numerosi richiami contenuti nel d.lgs. n. 81/2015- abbia forse perso l'occasione di farlo in quello che potrebbe essere definito come un esempio paradigmatico delle concrete, seppur potenziali, utilità della procedura di certificazione.

2. La funzione primaria della certificazione e l'(in?)efficacia della procedura.

Prima di passare all'analisi dei possibili profili di utilità della certificazione in tema di lavoro agile, è forse opportuno riepilogare sinteticamente il quadro delle funzioni dell'istituto e interrogarsi sulla efficacia o inefficacia, in termini generali, dello stesso. La certificazione dei contratti di lavoro rappresenta, infatti, fin dai suoi esordi, uno degli istituti più controversi del diritto del lavoro italiano, in primo luogo, proprio in ragione dell'affermarsi, in larga parte della dottrina, dell'idea della sostanziale scarsa utilità dello strumento nella realizzazione degli obiettivi perseguiti.

La seconda ragione di problematicità è legata, invece, alla frequente sovrapposizione di analisi tra la certificazione e il tema della derogabilità individuale assistita, tanto che le considerazioni espresse sulla seconda rischiano di mettere in ombra l'esame scrupoloso di ogni autonomo rilievo della prima.

Non vi è dubbio che, naturalmente, nella sua fase gestazionale, la certificazione rappresentasse, nell'idea dei suoi promotori, uno strumento volto- anche- alla rivisitazione del rapporto tra le fonti regolative del diritto del lavoro, con l'apertura di spazi di agibilità più o meno marcati all'autonomia individuale, purché assistita. Scorrendo la l. n. 30/2003 e il successivo d.lgs n. 276/2003, però, appare chiaro che a trovare accoglimento sul piano legislativo sia stata, principalmente- le ipotesi di derogabilità individuale assistita sono tuttora molto limitate- una procedura priva di necessarie implicazioni derogatorie e con funzione primaria qualificatorio-deflattiva. Tale funzione, come è noto, è svolta attraverso la possibilità offerta alle parti di ricorrere alla certificazione di tutti i contratti in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro ed è, in tutta evidenza, quella che qui ci riguarda da vicino.

Per quanto attiene, invece, la diffusione dell'istituto, i dati annuali relativi alle attività di tutte le commissioni attive tenute presso il Ministero del lavoro, mostrano valori ancora abbastanza contenuti ma in costante e progressiva crescita. Dalle circa 14.000 istanze del periodo 2003-2007, si è passati alle circa 38.000 del periodo 2010-2015, di cui 12.878 nel solo 2015.

Con riguardo a questi dati, tuttavia, si può osservare che, a quanto consta scorrendo le sezioni dedicate ai casi giurisprudenziali nelle riviste di settore e le più rilevanti banche dati, sulle circa 52.000 istanze complessive, si è formata, nel corso dei quindici anni di vita dell'istituto, una giurisprudenza, almeno nota, limitatissima.

È opportuno, dunque, considerare separatamente i dati relativi alla diffusione da quelli concernenti l'efficacia delle certificazioni effettuate. Se non vi è dubbio, infatti, che la scarsa diffusione della procedura di certificazione incida in maniera sensibilmente negativa sul generale obiettivo di stemperare i livelli complessivi del contenzioso giudiziale che caratterizzano il nostro mercato del lavoro, allo stesso tempo le poche sentenze reperibili in materia lasciano legittimamente presumere che laddove vi si faccia ricorso la certificazione abbia la capacità d'incidere positivamente sulla litigiosità delle parti.

Ad avviso di chi scrive, poi, i giudizi negativi espressi con riguardo all'efficacia dell'istituto derivano anche dalla tendenza dei commentatori a concentrare eccessivamente l'attenzione sugli effetti legali derivanti dal provvedimento di certificazione e questa impostazione rende ardua la possibilità di cogliere appieno le potenzialità dell'istituto legate agli effetti intrinseci all'esperimento della procedura.

Come è noto, il provvedimento di certificazione produce conseguenze giuridiche sia tra le parti del contratto sia verso i terzi, ossia le autorità pubbliche e i loro organi ispettivi. L'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che gli effetti legati all'accertamento- come, ad esempio, quelli derivanti dalla qualificazione – “permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili”.

Mentre l'estensione degli effetti anche verso i terzi determina una serie di conseguenze tutt'altro che irrilevanti, nei confronti delle parti, al contrario, e in particolare del lavoratore, la conseguenza principale è rappresentata dall'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione dinanzi all'organo certificante prima di proporre un eventuale giudizio che implichi la messa in discussione dell'accertamento contenuto nel provvedimento amministrativo. A parte il previo assolvimento di quest'onere, il lavoratore avrà la facoltà- e non potrebbe essere il contrario, in ossequio ai consolidati e condivisibili orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di indisponibilità del tipo contrattuale- di proporre ricorso per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Così come avrà il diritto d'invocare uno dei vizi del consenso, ipotesi che dovrebbe essere del tutto residuale, laddove le commissioni abbiano effettivamente svolto il loro ruolo di assistenza. Il lavoratore avrà anche la possibilità, inoltre, d'invocare in giudizio l'erronea qualificazione del rapporto da parte del certificatore.

A ciò bisogna aggiungere, infine, la possibile attivazione, per violazione del procedimento e per eccesso di potere, del contenzioso amministrativo.

Pur senza trascurare l'eventuale apporto in tal senso del tentativo obbligatorio di conciliazione, è abbastanza evidente che il contributo alla deflazione del contenzioso offerto dagli effetti legali prodotti tra le parti, derivanti dall'adozione del provvedimento, sia alquanto limitato.

Quindi, se è vero che i livelli di litigiosità riscontrabili sui contratti certificati si sono rivelati finora tanto trascurabili, le ragioni non possono che essere ricercate tra gli effetti intrinseci all'esperimento della procedura delineata dal legislatore che, come sottolineato nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003, rappresenta "un meccanismo finalizzato a dare alle parti ausilio nella più precisa definizione del testo contrattuale, potendo contare sul supporto fornito" dal soggetto terzo "in una logica di assistenza".

3. Il ruolo centrale dell'attività di supporto alle parti affidato alle Commissioni e le possibili utilità in materia di lavoro agile.

Se è vero, dunque, che alla certificazione possiamo riferirci anche come ad una procedura di verifica e controllo preventivo della corrispondenza tra fattispecie astratta e regolamento contrattuale - e/o del rispetto della normativa applicabile -, è altrettanto vero che questa procedura non può mai presentarsi nei termini di uno sterile esame formale. Anzi, come si è altrove cercato di argomentare in maniera ampia, il fine deflattivo appare strettamente connesso alle funzioni di assistenza alle parti individuali affidate alle Commissioni.

Tanto che, ad avviso di chi scrive, acquista un rilievo sistematico centrale nell'analisi dell'istituto l'art. 81, d.lgs. n. 276/2003, nel quale è stabilito che "le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle

modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

Sebbene ponga una serie di distinte questioni interpretative, la norma pare affermare con chiarezza che, nell'ambito della procedura, le Commissioni non svolgono soltanto la funzione formal-burocratica di attestazione della conformità del regolamento contrattuale al tipo astratto ma anche quella di supporto effettivo alle parti.

Una conferma a questa lettura viene dal d.m. del 21 luglio 2004, che ha istituito e regolamentato le procedure di certificazione presso le direzioni provinciali del lavoro- oggi divenute Ispettorati Territoriali - e presso le province. Sia dal tenore letterale dell'art. 4, per cui "nel corso del procedimento (...), la commissione presta attività di consulenza e assistenza", sia dall'ulteriore previsione che consente in maniera esplicita alle commissioni, ove si renda necessario, di proporre "eventuali modifiche e integrazioni".

Lo stesso d.m., poi, prevede lo strumento della necessaria audizione personale delle parti che risponde proprio all'esigenza di assicurare termini minimi di effettività dell'assistenza. Come rammentato dal Ministero del lavoro, quest'ultima, infatti, non potrà mai "esplicarsi in un'attività meramente burocratica" ma dovrà essere effettiva e "finalizzata ad evidenziare sia l'esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili". L'audizione, perciò, come occasione di diretto contatto con le parti, offre l'opportunità al certificatore di approfondire gli obiettivi negoziali delle stesse, ponendosi come strumento di base per garantire un certo grado di effettività della consulenza, oltre a costituire uno dei mezzi attraverso i quali le commissioni dovranno poi svolgere il compito ultimo di certificare il contratto. Questa è la ragione per la quale, pur essendo imposta legalmente soltanto ad alcune delle sedi di certificazione, l'audizione personale è stata comunque introiettata da quasi tutti i regolamenti delle commissioni.

Se, dunque, la certificazione può essere intesa come un vero e proprio strumento di ausilio alle parti per giungere a una corretta e consapevole costruzione e qualificazione della fattispecie contrattuale, ciò induce a rivedere il tema dei principali compiti delle commissioni.

La certificazione, come procedimento volto ad accertare la corretta riconduzione della fattispecie negoziale concreta a quella legale, - sia essa riconducibile ad un atto amministrativo di certazione, o ad una forma peculiare di iuris-dictio - rappresenta sicuramente il "fine precipuo del procedimento", ma è un fine del tutto incerto, potendo giungersi a un provvedimento di rigetto e non avendo il certificatore alcun potere di attribuire una diversa qualificazione rispetto a quella proposta dalle parti.

Da questo angolo prospettico, se più che sull'atto conclusivo si presta attenzione alla procedura, affiora come siano proprio l'assistenza e la consulenza a rappresentare il nucleo essenziale dell'attività. Come il supporto alle parti non sia, cioè, mai eventuale.

Tanto che, soprattutto per il lavoratore, il valore aggiunto assicurato dal ricorso alla certificazione risiede, ad avviso di chi scrive, nella possibilità di conseguire un grado maggiore di consapevolezza sulle conseguenze, in termini di diritti e obblighi, derivanti dalla sottoscrizione di un determinato regolamento contrattuale con l'assistenza del certificatore. Nel fornirgli, quindi, un adeguato

strumento di lettura del rapporto concreto che ne scaturirà e che gli potrà consentire di valutare con più cognizione di causa anche gli eventuali scostamenti tra il pattuito e il realizzato.

Almeno con riferimento alla funzione primaria della certificazione, e tenendo conto dell'essenzialità del sostegno alle parti nel disegno complessivo dell'istituto, si può dare una definizione della certificazione come procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte di esso) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile.

Date le considerazioni circa l'inadeguatezza degli effetti legali del provvedimento tra le parti a perseguire l'obiettivo deflattivo, ci sembra evidente che le possibilità di contribuire a stemperare il contenzioso giudiziario tra i contraenti siano quasi totalmente affidate al complessivo buon funzionamento della procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale. La certificazione, pertanto, potrà rappresentare davvero un filtro deflattivo soltanto laddove abbia garantito la conclusione consapevole del negozio attraverso un percorso trasparente e realmente assistito.

Se così intesa, a ben vedere, la certificazione potrebbe in qualche modo incidere in maniera positiva- anche se in via indiretta- perfino in materia di difformità tra programma negoziale e successiva attuazione- causa principale di contenzioso-, sconsigliando il datore/committente dal tenere comportamenti contrari a quanto pattuito, dinanzi a un soggetto terzo e imparziale, con un lavoratore informato anche sugli eventuali diritti che ne scaturirebbero e a cui il provvedimento offre l'indicazione diretta dei termini e dell'autorità a cui potrà rivolgersi.

La lettura della certificazione come strumento innovativo di riduzione dell'incertezza nella fase genetica dei regolamenti negoziali lavoristici, per il tramite di un'attività di supporto svolta dalle commissioni in favore di entrambe le parti dell'accordo, ci consente di cogliere appieno il ruolo potenziale che l'istituto può rivestire in tema di lavoro agile anche e soprattutto in ragione dei molti profili d'indeterminatezza contenuti nella l. n. 81/2017. Tali profili, elencati in apertura, riguardano tre aree problematiche principali, alle quali sono dedicate le riflessioni che seguono.

3.1 Il come, il dove e il quando della prestazione e il loro impatto sulla questione qualificatoria.

La prima area problematica posta dalla disciplina del lavoro agile contenuta nella l. n. 81/2017 e sulla quale la certificazione ha la possibilità di essere utilmente impiegata riguarda la questione qualificatoria.

Sebbene il lavoro agile sia soltanto una particolare modalità organizzativa di una normale prestazione di lavoro subordinato, infatti, non vi è dubbio che le sue caratteristiche peculiari entrino, da un lato, in evidente sovrapposizione con la nozione e la disciplina del telelavoro e, dall'altro, in tensione con quella classica di lavoro subordinato.

Di non facile soluzione appare la distinzione tra lavoro agile e telelavoro. In primo luogo, come è noto, anche quest'ultimo "costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro in cui l'attività lavorativa" viene svolta al di fuori dei locali dell'impresa. Negli accordi quadro in materia di telelavoro tale attività viene descritta, poi, come regolarmente svolta in luoghi diversi da quelli del datore, mentre nel lavoro agile, come abbiamo visto, non vi è nessun cenno a tale regolarità ed è, anzi, prevista come necessaria l'alternanza tra la sede aziendale e la sede altra. In

realtà, tuttavia, anche questo elemento sembra insufficiente a tracciare una linea di confine. Nelle esperienze di telelavoro, pur molto limitate, non mancano, infatti, casi di telelavoro alternato (o parziale) volti principalmente a limitare i pericoli di alienazione dalla comunità aziendale del telelavoratore.

Allo stesso modo, di scarso valore differenziale risulta essere anche l'elemento dell'orario di lavoro. L'espressione "senza precisi vincoli di orario" utilizzata dalla legge n. 81/2017 non sembra incompatibile con le acquisizioni in tema di telelavoro off-line. Così come appare compatibile con il lavoro agile l'eventuale indicazione nell'accordo, come è avvenuto anche in alcuni casi di telelavoro, sia di un orario ordinario da rispettare - fatta salva la possibilità di derogarvi in presenza di esigenze di conciliazione vita-lavoro del prestatore - sia di fasce di disponibilità in orari considerati core.

Probabilmente, con una serie di problematiche non irrilevanti, l'unico elemento utile ai fini della distinzione è rappresentato dal luogo di svolgimento dell'attività inteso come postazione fissa di lavoro. Anzi, per meglio dire, nel lavoro agile la postazione, intesa come precisa collocazione spaziale, resta sempre variabile in quanto affidata alla scelta del lavoratore. Pur non avendo qui occasione di approfondire l'argomento, ciò sembra determinare la più rilevante delle conseguenze della distinzione lavoro agile- telelavoro. Mentre in quest'ultimo, infatti, qualunque sia il luogo, lo spazio materiale di svolgimento della prestazione dovrebbe essere considerato una postazione fissa di lavoro con tutto quel che ne consegue, soprattutto in materia di tutela della salute e sicurezza, nel lavoro agile ciò non avviene perché la libera e mutabile scelta del lavoratore preclude la stessa concreta possibilità che il datore possa adempiere a molti dei tradizionali obblighi di sicurezza legati al luogo e alla postazione di lavoro.

Tuttavia, proprio perché a dover essere assente è solo la postazione di lavoro classicamente intesa, ci sembra compatibile con il lavoro agile anche l'indicazione in termini generali di un luogo abituale di svolgimento della prestazione all'esterno dell'impresa e ciò, come è evidente, potrà determinare non poche incertezze nelle parti in fase di stipulazione dell'accordo.

Su di un piano più teorico-sistematico che pratico - le parti che vorranno far ricorso al lavoro agile, infatti, dovranno sempre concludere, prima o contestualmente all'accordo, un contratto di lavoro dipendente - si pone la tensione con la nozione di lavoro subordinato, nell'ambito del quale pure il lavoro agile si colloca.

Tale tensione appare evidente laddove solo si consideri che la l. n. 81/2017 rende irrilevanti i principali indici classici della subordinazione e persino i nuovi indici del lavoro etero-organizzato, la cui nozione dà rilievo particolare ai legami di luogo e di tempo del collaboratore con l'organizzazione d'impresa, che in questo caso mancano. Anzi, come è stato già osservato in dottrina, se consideriamo che l'art. 409 n. 3 c.p.c, così come modificato dall'art. 15 della stessa legge n. 81, stabilisce che "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo tra le parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa", nel "concreto svolgimento del rapporto sarà difficile distinguere tra lavoro agile in cui le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate dalle parti e le collaborazioni coordinate in cui parimenti le modalità di esecuzione della prestazione sono concordate tra le parti".

3.2 Le previsioni specifiche in materia di poteri datoriali e il rispetto delle norme inderogabili applicabili.

La seconda area di particolare criticità posta dalla disciplina del lavoro agile è rappresentata dalla possibilità di inserire nell'accordo una regolazione specifica, legata alle peculiari modalità organizzative, dei poteri datoriali.

Non tanto con riferimento alle possibili ricadute sulla fattispecie del lavoro subordinato, ancora in termini sistematici, determinate dalla attrazione del potere direttivo, tradizionalmente inteso come unilaterale, alla sfera negoziale, quanto piuttosto per la complessa verifica del rispetto, da parte dei contraenti, delle norme inderogabili applicabili alla disciplina pattizia del potere di controllo e disciplinare.

Sul potere di controllo, vale la pena segnalare la stretta relazione tra le modalità e gli eventuali strumenti tecnologici usati per lo svolgimento dell'attività lavorativa e le principali modifiche apportate dal legislatore all'art. 4 St. Lav. Le commissioni di certificazione, in questo caso, potrebbero svolgere un ruolo di non poco conto, in termini di certezza, sia per quel che riguarda la riconduzione dei vari strumenti utilizzabili alla nozione di "strumento per rendere la prestazione", che esonera il datore, ai sensi del comma 2, dal preventivo accordo sindacale per l'adozione di strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Sia per la verifica di adeguatezza delle informazioni date al lavoratore circa le modalità d'uso degli strumenti, il sistema di effettuazione dei controlli e, più in generale, sul rispetto delle regole previste dal d.lgs. n. 196/2003. La carenza anche solo di uno di questi elementi determinerebbe, infatti, la totale inutilizzabilità di ogni dato e informazione raccolti.

Sul potere disciplinare, invece, le commissioni potrebbero rappresentare un utile supporto in fase di previsione delle specifiche condotte disciplinarmente rilevanti, potendo fornire indicazioni qualificate sul rispetto del principio di proporzionalità e dei suoi parametri desumibili dalla tipizzazione delle infrazioni contenuta nel contratto collettivo eventualmente applicabile.

Ancora in tema di potere disciplinare, va sottolineato, tuttavia, come lo spazio offerto dal legislatore all'autonomia individuale sia da considerarsi limitato alle sole condotte la cui violazione determini la possibilità di irrogare sanzioni conservative. Qualora intendano concordare l'individuazione di condotte la cui violazione possa configurare ipotesi di licenziamento disciplinare, infatti, le parti dovranno comunque far ricorso alla certificazione. Il comma 3, art. 30, l. n. 183/2010, invero, già prevede che, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice possa tener conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti individuali di lavoro solo ove questi siano stati stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione.

3.3 Le misure tecniche e organizzative per assicurare il diritto alla disconnessione del lavoratore e la tutela dell'infortunio in itinere.

Nel complesso delle garanzie a tutela del prestatore di lavoro agile un ruolo centrale riveste la previsione dell'innovativo diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Se è vero, infatti, che lo svolgimento a distanza della prestazione, la sua possibile articolazione in obiettivi e risultati e l'assenza di precisi vincoli di orario sembrano delineare una figura molto lontana dai tratti 'alienanti' dell'archetipo lavoristico, è altrettanto vero che la subordinazione, cacciata dalla porta, rischia di poter facilmente rientrare dalla finestra del controllo.

Come è stato condivisibilmente sottolineato, "non sempre le moderne tecnologie agevolano un migliore work-life balance" posto che "modelli organizzativi dove il lavoro è possibile in ogni luogo e a ogni ora portano inevitabilmente a intrecciare e anche a confondere i confini tra vita privata e lavoro alimentando nuovi rischi psicosociali e con essi anche nuove patologie". Anzi, proprio l'utilizzo delle più moderne strumentazioni moltiplica i rischi di un controllo costante e invasivo.

Nonostante la sua evidente centralità, tuttavia, anche la garanzia del diritto alla disconnessione è stata affidata all'accordo individuale, nel quale le parti devono indicare, a norma dell'art. 19, d.lgs. n. 81/2017, le misure tecniche e organizzative che lo rendano effettivo, piuttosto che prevedere l'opportuno intervento della contrattazione collettiva. In questo caso, dunque, le commissioni potrebbero svolgere la funzione di supporto proprio ai fini di una prima verifica di adeguatezza delle misure immaginate dalle parti individuali.

La medesima funzione, poi, ci sembra ipotizzabile anche in riferimento alle norme in tema di infortunio in itinere. Il comma 3 dell'art. 23, l. n. 87/2017, prevede, infatti, che al lavoratore agile spetti non solo la tutela contro gli infortuni sul lavoro dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali, ma anche quella contro gli infortuni in itinere occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali.

In quest'ultimo caso la tutela è limitata alle ipotesi in cui la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o di conciliazione vita-lavoro e risponda a criteri di ragionevolezza. Come è evidente, "l'ambiguità di questa ultima condizione", soprattutto con riferimento alla caratterizzazione soggettiva delle esigenze del lavoratore, "è probabilmente destinata a creare contenzioso e rischia di ingenerare una elevata incertezza in mancanza di parametri oggettivi volti a limitare la discrezionalità del giudice". Sebbene la norma non richiami in maniera diretta la possibilità di introdurre previsioni specifiche nell'accordo, potrebbe essere utile che le parti, con l'assistenza qualificata delle commissioni, specificassero già in quella sede una serie di parametri di ragionevolezza della scelta del luogo.