

Rosa Casillo

La subordinazione “agile”*

Sommario: **1.** Il lavoro agile. **2.** Il fenomeno. **3.** La fattispecie. **3.1.** *Remote working e smart working*. **4.** La qualificazione. **5.** Subordinazione “agile”, collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c. e collaborazione ex art. 2, d.lgs. 81/15.

I. *Il lavoro agile*

Allo “scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro” è introdotta e promossa, nel nostro ordinamento, la “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” chiamata lavoro agile (l. 22 maggio 2017 n. 81, art. 18, co. 1). Liberato da vincoli di tempo e luogo di svolgimento e aperto alla logica progettuale per la definizione della prestazione, che si svolge con l’impegno di strumenti tecnologici, esso, per la durata dell’accordo che lo prevede, che può anche essere a tempo indeterminato, è attratto ad una disciplina dedicata (art. 19-23) che investe sia profili di amministrazione del rapporto (il potere direttivo, di controllo e disciplinare) sia aspetti del patrimonio garantistico del lavoratore (formazione, sicurezza, infortunio *in itinere*).

Lo sfondo socio-economico e culturale della previsione è la c.d. filosofia dell’Industria 4.0, per i cambiamenti che comporta sia nei processi produttivi, che si adeguando alle oramai sempre più pervasive nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione, sia negli stili di vita delle persone, che fanno emergere esigenze di nuova articolazione tra tempi di vita e di lavoro

* Lo scritto prende spunto dal *paper* presentato al Convegno internazionale di studio *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017.

(lo evidenziano le relazioni ai disegni di legge dai quali, in lettura congiunta, ha avuto origine la l. 81/17¹).

La dottrina giuridica, che oggi guarda col filtro della trasformazione digitale contemporanea il diritto del lavoro, la regolazione del rapporto e le inedite forme di lavoro prodotte dal *web*², si è confrontata col lavoro agile già quando ancora *in fieri*. Si è interrogata soprattutto sugli aspetti suoi più caratterizzanti rispetto alla modalità tradizionale della subordinazione – l'esercizio del potere di controllo, la formazione e il c.d. diritto alla disconnessione³ – e sui temi della sicurezza sul lavoro e della tutela in caso di infortunio *in itinere*⁴; ne ha verificato l'efficacia quale misura di *work life balance*⁵ e ha condotto un'analisi delle sperimentazioni effettuate sino ad ora, frutto dell'iniziativa contrattata presso le realtà aziendali più sensibili alle spinte innovative⁶.

Al fondo della riflessione si scorge, spesso, la convinzione che la nuova figura non sia differenziabile da quella che la contrattazione collettiva, la normativa europea e il legislatore interno – sia pure, quest'ultimo, limitatamente al lavoro pubblico – già da tempo hanno legittimato nelle diverse forme del telelavoro⁷. Quando espressa, questa convinzione induce a qualificare il lavoro

¹ Il d.d.l. 3 febbraio 2016 n. 2229 e il d.d.l. 8 febbraio 2016 n. 2233. Il precedente d.d.l. 29 gennaio 2014 n. 2104, sullo stesso tema, non è mai approdato alla discussione.

² WIESS M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 2016, p. 651 ss.; TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, 2016, I, 748 ss.; GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Cassino, 2017; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, 2017; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP C.S.D.L.E*, n. 336/2017.

³ TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., spec. p. 6 ss.; RAGUSEI, *Il lavoro agile*, in *DPL*, 2017, inserto al n. 5; DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro*, Adapt University press, 2016; STAROPOLI, *Smart working e controllo sul lavoratore tramite strumenti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 2017, p. 297 ss.; LAI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *DPL*, 2016, p. 707 ss.

⁴ PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, n. 1; ALLAM-PRESE, PASCUCCI F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *RGL*, 2016, p. 307 ss.; ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.

⁵ MALZANI, *La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e la contrattazione decentrata*, in *WP C.S.D.L.E*, n. 313/2016, p. 16 ss.

⁶ DAGNINO, TOMASETTI, TURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 75 ss.

⁷ La regolazione del telelavoro, come noto, è al d.P.R. 8 marzo 1999 n. 70 e all'Accordo

agile come una *species* del telelavoro⁸, col rilievo di inutilità della nuova regolazione o della sua finalità di eludere le rigidità normative previste, soprattutto in materia di sicurezza, per il telelavoro⁹; oppure solo ad evidenziare difetti di coordinamento tra le due discipline¹⁰.

Uno sforzo di approfondimento ulteriore sull'identità giuridica del nuovo istituto è però possibile, peraltro stimolato da una recente intuizione che dal lavoro agile trae implicazioni sistematiche importanti¹¹. Lo scopo è accettare non solo se la l. 81/17, agli artt. 18-23, davvero nulla aggiunge all'esistente in tema di telelavoro o se, al contrario, costruisce una nuova modalità di essere del lavoro subordinato a distanza con relativa fatispecie inedita e disciplina esclusiva. Ma anche, e in ogni caso, accettare se le peculiarità dello svolgimento del lavoro in modalità agile, descritte dalla nuova normativa, sono davvero tali da impattare sulla nozione di subordinazione e sull'attuale articolazione in tipi delle forme giuridiche di svolgimento del lavoro in favore di altri (art. 2094 c.c. e art. 2222 c.c. nonché, all'interno di questo, art. 409, n. 3, c.p.c. e art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81).

2. Il fenomeno

Il primo problema, l'identificazione della fatispecie, richiede un preventivo confronto con la realtà sociale, in questo caso la realtà d'impresa, con

Aran e OO.SS. del 2000 per il lavoro pubblico; per l'impiego privato, all'Ai 9 giugno 2004, che recepisce l'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002, e alle disposizioni di legge che lo considerano a diversi fini.

⁸ STAROPOLI, *op. cit.*, p. 297 ss.; LAI, *op. cit.*, p. 708; PERUZZI, *op. cit.*, p. 2 ss.; MAZZOTTA, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, in *QG*, 1 febbraio 2016; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE* n. 335/2017, p. 22 ss., che rileva l'ambiguità della distinzione (p. 15 ss.). È una forma “intermedia” tra lavoro interno e telelavoro per ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 315 e PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, p. 345 ss., p. 366.

⁹ LAI, *op. cit.*, p. 709; TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.

¹⁰ Sul profilo, in particolare: MANICASTRI, *Lavoro agile: come cambia*, DPL, 2017, p. 88 ss., spec. p. 91; PERUZZI, *op. cit.*, p. 8 ss.

¹¹ SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in trasformazione*, in *WP C.S. D.L.E.*, n. 327/2017. Sulla necessità dell'approfondimento: PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 314/2017, p. 15.

cui il legislatore ha inteso interrelarsi¹². Se con il lavoro agile la l. 81/17 si propone di intercettare il bisogno della “fabbrica intelligente”¹³ di “fluidità” del lavoro¹⁴ – e il bisogno, del lavoratore, di una flessibilità nuova essa pure perché porta i segni dello stile di vita indotto dalla contemporaneità – occorre anzitutto indagare quella realtà per capire se vi è e quale è la manifestazione nuova del lavoro subordinato che il legislatore intende disciplinare per poter verificare, nella norma, la sua avvenuta traduzione in una fattispecie inedita oppure no.

A questo fine sono preziosi gli approfondimenti degli studiosi d’impresa, di organizzazione e di sociologia del lavoro, che discutono molto, e non da ora, del mutamento dei modelli di lavoro dovuto alle nuove *Information and Communications Technology* (ICT).

Per spiegare “Il futuro del lavoro” nelle imprese proiettate verso cambiamento¹⁵ – la cui tendenza all’aumento è oramai accertata anche nel nostro paese¹⁶ – si parla di *smart working*. Si tratta del modo di organizzare il lavoro informato alla fluidità, che fa, dell’impresa, una *smart organization* in cui il processo è costruito su lavori di natura *smart (smart works)* che sostituiscono, quando e dove è possibile, il lavoro tradizionale (*hard works*)¹⁷.

Se si ragiona avendo da sfondo lo scenario di breve-medio periodo descritto dai futurologi del “La quarta rivoluzione industriale”¹⁸ e de “Il futuro senza lavoro”¹⁹, risulta più facile, per il giurista, cogliere il significato aziendale.

¹² V. qui ZOPPOLI A., *Il lavoro etero-organizzato: fattispecie e disciplina*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 296/2016, p. 5.

¹³ BERTA, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014.

¹⁴ In proposito la letteratura economica spesso impiega il termine “flessibilità” oltre che “fluidità” del lavoro. Quest’ultimo, però, nel discorso giuslavoristico sembra preferibile all’altro, il quale, quando riferito allo svolgimento del rapporto, attiene soprattutto alla variabilità del tempo di lavoro, che, tuttavia, non esaurisce la “modellabilità” interna che, per il lavoro, richiede l’innovazione tecnologica (*infra*).

¹⁵ MORGAN, *Il futuro del lavoro*, Franco Angeli, 2014; SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *RGL*, 2017, p. 175 ss.

¹⁶ ALLEVA, *L’impatto sul mercato del lavoro della quarta rivoluzione industriale*, Audizione 11a Commissione “Lavoro e previdenza sociale” del Senato della Repubblica, 12 luglio 2017.

¹⁷ V. CHIARO, PRATI, ZOCCA, Smart working: *dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *SL*, 2015, p. 69 ss.; BOTTERI, CREMONESI, Smart working & smart workers, Franco Angeli, 2016; OLIVIERI PENNESI, *Il lavoro si evolve in smart working*, Giugno-Luglio 2014, in www.lavoroconfronto.it. e gli altri Autori citati in questo paragrafo.

¹⁸ SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016.

¹⁹ FORD, *Il futuro senza lavoro*, Il Saggiatore, 2017.

dalistico di queste espressioni; e più agevole riconoscere il mutamento del lavoro quando, insieme ai sociologi e agli economisti, si entra nelle fabbriche che hanno già sperimentato i percorsi dell’innovazione 4.0²⁰.

Da questi studi si percepisce con chiarezza che per reagire alle trasformazioni che l’interazione tra *Internet of things* (IOT), *big data*, produzione additiva, realtà aumentata e intelligenza artificiale²¹ produce sull’efficacia e l’efficienza dei processi produttivi, l’impresa privilegia un procedere secondo strategie di gestione rapidamente adattabili ai mutamenti di contesto.

A tale fine, da una parte, essa rende tecnologici strumenti e modalità produttive e limita le gerarchie ridefinendo l’organizzazione (e l’organigramma) in un modo che rende più immediata la comunicazione in ogni fase del processo. Dall’altra, e proprio per questo, si dota delle tecnologie c.d. collaborative: gli strumenti dell’ICT digitale, che consentono condivisione immediata di compiti, di problemi, di soluzioni, e finanche la formazione dei lavoratori.

E’ tutto questo che impone alla fabbrica “intelligente” – di ogni tipo: industriale, commerciale, di servizi²² – di ristrutturare il modo di lavorare dei dipendenti adeguandolo al nuovo modello operativo²³.

Ciò vale per ogni posizione di lavoro, anche le più standardizzate, tipiche degli addetti agli impianti. Qui l’automazione, l’intelligenza artificiale, l’IOT, che modificano il processo produttivo, non permettono più di limitare il compito del lavoratore ad “operatore della macchina”, richiedendogli di essere consapevole di tutto il processo per poter intervenire in più parti di esso²⁴.

Per le posizioni di lavoro che non sono di produzione in senso stretto

²⁰ Si tratta delle ricerche di MAGONE, MAZALI, *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Guerini e Associati, 2016; BERTA, *op. cit.*; HARRISON, *Agile e snella. Come cambia l’impresa nell’era della flessibilità*, Edizioni Lavoro, 1999. V. anche TIRABOSCHI, SEGHEZZI, *La fine del lavoro? No, un nuovo inizio*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 8 ss.; MORI, *Rivoluzione informatica e lavoro tra XX e XXI secolo*, in GRAMOLADI, MARI (a cura di), *Il lavoro dopo il novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze University press, 2016, p. 131 ss. BELTRAMETTI, GUARNACCI, INTINI, LA FORGIA, *La fabbrica connessa. La manifattura italiana (attra)verso Industria 4.0*, Guerini, 2017.

²¹ Sono i risultati dell’innovazione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, “fondale su cui si staglia l’industria 4.0” secondo MAGONE, MAZALI, *op. cit.*, 69 ss. Di essi danno conto, in vario modo, tutti gli Autori citati sinora.

²² V. ALLEVA, *op. cit.*, p. 6 ss.

²³ In tema, e per una ricerca sul campo, v. ALESSANDRINI (a cura di), *Smart working. Nuove skill e competenze*, Pensa Multimedia, 2016.

²⁴ Cfr.: MAGONE, MAZALI, *op. cit.*, p. 89 ss., per le quali “anche la figura operaia diviene un po’ *blue collar*” (p. 89).

la trasformazione è diversa. Da una parte, l'ICT, in quanto infrastruttura dell'impresa che ne contamina ogni componente (materiale e) umana ad ogni livello, e, soprattutto, in quanto pervasiva della realtà quotidiana, permette la destrutturazione del tempo e dello spazio di lavoro mantenendo ferma la garanzia di un contatto solo essenziale con il *team* interno. Dall'altra parte, la scelta di adottare strategie di gestione più flessibili induce a costruire le posizioni di lavoro non più intorno a compiti da eseguire, all'interno e/o all'esterno della sede, secondo direttive più o meno stringenti. Il lavoro è pensato come affidamento di fasi, cicli, obiettivi, risultati, il cui conseguimento, rilevante anche ai fini di incentivi retributivi, libera le competenze e favorisce l'autoformazione: in sintesi, si personalizza il lavoro e si responsabilizza il lavoratore²⁵.

In questi termini la letteratura specialistica descrive il modo *smart* di concepire le attese di lavoro, dimostrando che le imprese lo adottano ogni qualvolta la natura delle attività lo consente, perciò non solo per le attività dirigenziali ma anche per profili minori. E molto rilievo ha il fatto che così, come testimoniano le indagini sul campo²⁶, il lavoro diviene più ricco e gratificante: ne derivano accrescimento di produttività e fidelizzazione del lavoratore, al cui “ascolto” è orientata la concezione della fabbrica intelligente. Peraltro, dicono ancora i futurologi del lavoro, la fluidità del lavoro sarà percepita come un diritto dai futuri lavoratori, i c.d. *millennials*, che riterranno inconcepibile sacrificare il tempo di vita a quello di lavoro e, all'opposto, considereranno naturale gestire il tempo del lavoro nel tempo della vita²⁷.

È difficile, allora, sostenere che il fenomeno descritto dalla cultura dell'impresa *smart* sia il lavoro dipendente svolto in modo delocalizzato secondo l'esperienza del telelavoro²⁸, anche quando è telelavoro mobile che impiega tecnologie di ultima generazione e non prevede postazione fissa²⁹. Rispetto

²⁵ V. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

²⁶ Quelle di MORGAN, *op. cit.*, p. 43 ss. e di BOTTERI, CREMONESI, *op. cit.*, p. 9 e p. 13 ss.

²⁷ Quest'ultimo aspetto, come pure quello della fidelizzazione del lavoratore, sono rilevati con particolare enfasi da MORGAN, *op. cit.*, pp. 43-56.

²⁸ V. anche LODI RIZZINI, *Lavoro “agile”: di cosa parliamo?*, 5 dicembre 2013, in www.secondowelfare.it; MANZELLA, NESPOLI, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁹ Per recenti ricognizioni delle prassi di telelavoro: nel discorso sociologico, OLIVIERI PENNESI, *op. cit.*; nel discorso giuridico: TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Tesi di dottorato, 2016, Università di Modena e Reggio Emilia, pp. 10-23.

ad esso – telelavoro degli “argonauti”³⁰, *remote working*, telelavoro evoluto³¹ – il “nomadismo” e l’impiego di ICT sembrano gli unici tratti di comunanza con lo *smart working*³², che ha, invece, un’identità propria, un *quid pluris* rappresentato dall’essere, il lavoro, concepito letteralmente come obiettivo. Ciò che, come si diceva prima, responsabilizza: a differenza del telelavoro evoluto, il lavoro *smart* individualizza azioni e strategie per l’efficacia e l’efficienza del lavoro, ed in modo molto spinto individualizza anche tempi e luoghi di svolgimento.

Lo *smart worker*, spiegano gli aziendalisti e i sociologi, in autonomia progetta le proprie azioni ed “entra ed esce” dall’azienda quando lo ritiene necessario per il miglior compimento del lavoro³³.

3. *La fattispecie*

Se il fenomeno *smart working* appena descritto è “il lavoro del futuro”³⁴ a cui la l. 81/17 intendeva dare cittadinanza nel nostro ordinamento, non si può dire che esso sia assente nella disposizione definitoria del lavoro agile, l’art. 18, co. 1, che pure non è esempio di chiarezza espositiva. È anzi ben presente, laddove lo svolgimento dell’attività con “il possibile utilizzo di strumenti tecnologici”³⁵ “in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa” ed “entro i soli limiti della durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”³⁶ (co. 1, secondo periodo) viene ri-

³⁰ GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in GAETA, PASCUCCI P. (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, p. 4.

³¹ La prima espressione si trova nella letteratura aziendalistica (ERRICIELLO, PIAENESE, *Ripensare il remote working: le opportunità degli Smart Work Center*, in *Economia dei servizi*, 2014, p. 305 ss.), la seconda in quella giuslavoristica (TULLINI, C’è lavoro sul web?, in *LLI*, 2015, p. 11).

³² Ciò che rende i *coworking* ambiente di lavoro ideale per entrambi: ERRICIELLO, PIAENESE, *op. cit.*; FELICI, MARTUCCI, OTERI, PENNA, TATÌ, *Coworking... che?*, pubblicazioni Enea, 2017, p. 6 ss.

³³ V. BOTTERI, CREMONESI, *op. cit.*, p. 13 ss., pp. 25-33.

³⁴ TIRABOSCHI, *Una regolazione agile*, *cit.*, p. 5.

³⁵ “Possibile” nel senso di probabile, non di eventuale: PERUZZI, *op. cit.*, p. 6

³⁶ La precisazione, in verità, riguarda più la disciplina che la definizione della figura, perché estende al lavoro agile i limiti massimi di orario di lavoro che, diversamente, non sarebbero applicabili perché l’art. 17, co. 5, d.lgs. 66/2003 li esclude nei casi in cui l’orario è deciso dal lavo-

ferita³⁷ al lavoro svolto “con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luoghi di lavoro” (co. 1, primo periodo)³⁸.

Ma anche all’osservazione giuridica, come all’osservazione fenomenologica, questo lavoro *smart*, ora codificato dalla l. 81/17, appare una figura diversa dal telelavoro, non riconducibile ad esso in un rapporto di *genus a species*.

La dottrina che vi ha dedicato importanti approfondimenti ha qualificato il telelavoro come una *species* di lavoro subordinato “a distanza”: la prestazione non è svolta dentro ma fuori dalla sede aziendale grazie all’impiego di tecnologie che assicurano da remoto il collegamento con essa³⁹.

La delocalizzazione e la contemporanea riconduzione del lavoro all’organizzazione, che sono i due caratteri essenziali al *genus*, possono declinarsi diversamente nella pratica, e ad essi possono aggiungersene altri, eventuali e perciò non essenziali, dando così luogo a sue *species* (le *species* di telelavoro) che la regolazione puntualmente registra – o quasi⁴⁰. Si riconoscono, ad esempio, rispetto al luogo: il telelavoro a domicilio, quello mobile o nomade che è svolto nei *coworking* o in centri satellite dell’impresa, il telelavoro alternato dentro e fuori dall’azienda e altri tipi ancora. La varietà delle tecnologie non sembra dar luogo a *species* di telelavoro, né nella prassi né nella regolazione, la quale, invece, recepisce l’emergere di un elemento eventuale del *genus*: l’autonomia del lavoratore rispetto al tempo di lavoro, ammettendo, sia pure tra le righe, la *species* di telelavoro *off line* e a collegamento alternato (*off* e *on line*).

Analoga collocazione tra gli elementi eventuali del *genus* di telelavoro, tale da dar luogo ad una sua ulteriore *species*, non sembra però possibile per

ratore – com’è, appunto, nel lavoro agile: cfr. ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 316 e, problematicamente, PERUZZI, *op. cit.*, p. 15 ss.

³⁷ “Anche”, dice la norma, ma su questa congiunzione si dirà dopo, al par. 3.1.

³⁸ Altra e diversa è, poi, la questione del se la regolazione del nuovo istituto sia tale da farne davvero uno strumento che risponde alle esigenze (di competitività) dell’impresa 4.0 – e alle esigenze di conciliazione vita-lavoro. Temi che esulano dalla riflessione che qui si compie e sui quali: CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in RGL, n. 1, 2018, in corso di stampa.

³⁹ GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, 1993, spec. p. 109 ss.; GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in GAETA, PASCUCCI P. (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, p. 4 ss.; NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in QDLRI, n. 2, 1998, p. 105 ss.; GOTTARDI, voce *Telelavoro*, in DDPComm, Aggiornamento, Utet, 2003, p. 911 ss.

⁴⁰ Se ne ha un quadro in PERUZZI, *op. cit.*, pp. 2-7; DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l’idea di lavoro agile*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 77 ss.

la coniugazione della prestazione in termini di “fasi, cicli, obiettivi”, tipica del lavoro *smart*.

Questa non è semplicemente un modo di eseguire la prestazione in modalità telelavoro come lo è una diversa articolazione del tempo, del luogo, della tecnologia. È invece, più radicalmente, un modo diverso di concepire la stessa prestazione di lavoro; diverso dal *facere* ordinariamente riferito al social tipo dell’art. 2094 c.c. anche quando in versione telelavoro. Un modo che ha sicure ricadute sul piano del concreto svolgimento del rapporto e sicuri effetti sull’esercizio dei poteri del datore e sui doveri del lavoratore che sono così importanti da apparire idonei a descrivere una fatispecie distinta dal telelavoro, anche quando “evoluto”, che di questo elemento è mancante.

Precisamente. Configurata in modo che ai fini dell’adempimento il risultato del lavoro acquisisce rilevanza significativa, ancorché non assorbente, rispetto al comportamento, l’esecuzione della prestazione, specialmente se avviene “a distanza”, richiede una peculiarissima autonomia sul tempo, sul luogo e, soprattutto, sui contenuti operativi del lavoro che influisce sulla manifestazione dei poteri del datore e della soggezione del lavoratore, che si piegano verso l’autonomia del lavoratore *smart*⁴¹. Tale circostanza è sconosciuta al *facere* subordinato caratterizzato da destrutturazione spazio-temporale resa possibile dall’ICT (il telelavoro mobile a collegamento alternato), che può convivere con una manifestazione intensa dei poteri del datore: forse non tanto su tempo e luogo del lavoro, ma senz’altro sui suoi contenuti. Non così, invece, l’organizzazione del lavoro per progetti in assenza del vincolo spazio-temporale grazie all’ICT (il lavoro *smart*), che richiede “agilità” nell’amministrazione del rapporto e, per questo, una disciplina esclusiva e dedicata, che armonizzi l’autonomia dello *smart worker* col suo *status* di subordinazione.

Questa identità anche disciplinare del lavoro *agile*/*smart* impedisce di confonderlo col telelavoro quale sua *species*, e, ciò che qui più conta, non è sconosciuta alla l. 81/17.

Già nel d.d.l. n. 2014/14, che per primo tentava una regolazione dell’istituto, così come nel d.d.l. n. 2229/16, poi approdato all’esame congiunto da cui è scaturita la l. 81/17, ne era chiarissima la distinzione dal telelavoro mediante valorizzazione della diversa modalità organizzativa della prestazione: sia nell’articolato normativo, ritagliato sui caratteri aziendalistici del

⁴¹ TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 11.

lavoro *smart*, sia nelle relazioni di accompagnamento, fedeli alla cultura della *smart organisation* – solo ad essa, in verità, perché nessun accenno veniva fatto alla finalità di conciliazione vita-lavoro tra gli scopi dell’istituto. Tradotta nella definizione del lavoro agile all’art. 18, co. 1, già richiamato, questa identità *smart* la legge ha riconosciuto, poi, anche per il profilo della regolazione: gli artt. 19–21 fanno dell’accordo sul lavoro agile la sede di adattamento (della manifestazione) dei poteri del datore alla modalità *smart* – se ne dirà dopo.

Si vuol dire che il lavoro agile/*smart* e il telelavoro aggiornato all’Industria 4.0 appaiono con identità fenomenologica e giuridica tale da configurare due distinte *species* di lavoro a distanza⁴², diversamente caratterizzate in ragione della configurazione che assume il lavoro dedotto in regime di subordinazione – il *facere* tradizionale, nel telelavoro; la declinazione per obiettivi, nel lavoro agile/*smart* – che spiega i suoi effetti in termini di diversa autonomia spazio-temporale e operativa del lavoratore e di diversa intensità della manifestazione dei poteri del datore nella gestione del rapporto.

3.1. Remote working e smart working

Questa conclusione, e il ragionamento che la precede, spiegano l’insoddisfazione per la costruzione della fattispecie “lavoro agile” compiuta dall’art. 18, co. 1, l. 81/17.

Nell’elencarne le caratteristiche, la disposizione apre l’inciso in cui ri-chiama il lavoro *smart* con la congiunzione “anche”, e, in questo modo, considera agile, e attrae alle regole dedicate, non solo lo *smart working* ma altresì la prestazione che, pure svolta con modalità fluide nel tempo e nello spazio e con l’impiego di strumenti dell’ICT, difetta del carattere di definizione del compito come risultato: la specie mobile e a collegamento alternato del telelavoro⁴³.

Sul *remote working* era in realtà ritagliata la definizione che, della modalità agile, dava il d.d.l. n. 2233/16 che pure ha concorso all’elaborazione della l. 81/17 in lettura congiunta con d.d.l. 2229/16⁴⁴. In esso mancava ogni riferi-

⁴² O di “lavoro digitale a distanza”, secondo la ricostruzione di TUFO, *op. cit.*, p. 115 ss.

⁴³ Il che non significa che si condivide l’identità che l’Accademia della Crusca ha stabilito, sul piano linguistico, tra lavoro agile e *smart working*, peraltro criticabile. Né è, piuttosto, la confutazione sul piano giuridico, perché la fattispecie “lavoro agile” ai sensi della l. 81/17 non coincide con la figura di *smart working*, ma ricomprende anche quella di *remote working*.

⁴⁴ La differenza tra le due proposte è rilevata anche da DONINI, *op. cit.*, p. 87.

mento alla configurazione *smart* del lavoro, limitandosi, la norma definitoria, a richiamare la destrutturazione spazio-temporale dello svolgimento della prestazione e, la relazione di accompagnamento, a ricondurre la nuova figura alle esigenze di conciliazione vita-lavoro.

Sembra quasi che il testo finale dell’art. 18, co. 1 sia letteralmente l’unione delle due definizioni: quella dello *smart working* (d.d.l. 2229) è incastriata, mediante un inciso, in quella del *remote working* (d.d.l. 2233).

Ne risulta, per il lavoro agile, una definizione incerta e confusa, difficile da considerare corretta sul piano sistematico e rispondente alla realtà sociale perché accomuna sotto l’etichetta “lavoro agile” sia il lavoro subordinato in modalità *smart* – che si presta a configurare un’autonoma fattispecie di lavoro digitale a distanza e tale sarebbe in assenza della congiunzione “anche” – sia il lavoro subordinato in modalità telelavoro mobile a collegamento alternato, che già il nostro ordinamento conosce come una delle *species* di telelavoro.

La *ratio legis* è certo condivisibile: è la regolazione del lavoro subordinato prestato nelle forme dell’estrema destrutturazione resa possibile dall’ICT per agevolarne la diffusione in risposta alle istanze di flessibilità dei lavoratori e delle imprese, da una parte, e, dall’altra, in opposizione alle insidie dell’innovazione di cui entrambe le figure, nelle manifestazioni più moderne, sono il risultato.

La soluzione adottata, invece, è criticabile: considerando lavoro agile sia lo *smart working* sia il *remote working*, si estende a quest’ultimo una regolazione che si giustifica solo il presenza di un requisito di cui esso difetta, e che appartiene al solo lavoro *agile/smart*.

Peraltro, così risulta accentuato il problema del coordinamento tra la regolazione del lavoro agile e quella del telelavoro. Della disciplina esistente per l’unica *species* di telelavoro attratta alle nuove disposizioni (il telelavoro aggiornato all’Industria 4.0) in ordine alla sicurezza, all’orario di lavoro e ai controlli – i profili di regolazione del lavoro subordinato che richiedono un minimo essenziale di garanzie che non si offre alla specialità del rapporto – anche il lavoro *agile/smart* risentirà, relativamente agli aspetti comuni. Rimane però, e in più, difficile concepire un accordo tra le parti che coordini la “autonomia” richiesta dal lavoro *agile/smart* in un rapporto, quello in modalità telelavoro mobile, in cui la prestazione, si ripete, non ha la caratteristica che lo giustifica⁴⁵.

⁴⁵ La conclusione è la stessa a cui giunge, partendo da diverse considerazioni, SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 16.

2. *La qualificazione*

L'accreditamento dell'idea aziendalistica di lavoro *smart* tra i modi di resa della prestazione in regime di subordinazione, che in ogni caso la l. 81/17 compie, non incide sulla qualificazione del rapporto sottraendolo dall'ambito dell'art. 2094 c.c.⁴⁶. Non perché ad escluderlo sia lo stesso legislatore, sempre all'art. 18, co. 1, al quale ancor oggi nessuno riconosce, e con ragione, la "disponibilità del tipo"⁴⁷; ma per tre diverse ragioni⁴⁸.

La prima.

Come ha ampiamente chiarito il pensiero giuridico sul lavoro a distanza⁴⁹, l'autonomia di tempo e luogo non sgretola la dipendenza, se la intende come inevitabile relazione sociale⁵⁰ che caratterizza (anche, ma non solo⁵¹) il tipo normativo *ex 2094 c.c.* Né annulla la direzione, se la intende come "sottoposizione funzionale" del lavoratore alla prerogativa anche solo potenziale, del datore, di rendere la prestazione nel suo insieme (tempo, luogo, contenuto e ogni altro aspetto ritenuto rilevante dal datore) dinamicamente idonea agli scopi dell'organizzazione⁵² – ciò che

⁴⁶ V. anche TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 23; MARESCA, Smart working, *subordinazione soft*, in IlSole24ore, 26 luglio 2017.

⁴⁷ Il tema si è posto nuovamente nella discussione sull'art. 2, co. 1, d.lgs. 81/15: SANTAGATA DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo art. 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2017, p. 397 ss.

⁴⁸ L'analisi che si propone a partire da ora sconta la parzialità del confronto con il lavoro agile, che suggerisce di selezionare, tra le tante questioni che oggi gravitano intorno alla distinzione tra autonomia e subordinazione, le sole che appaiono immediatamente rilevanti ai fini del discorso che si conduce.

⁴⁹ V. gli Autori citati in nota 39 e, tra di essi, in particolare GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., per i profili di cui di seguito nel testo: p. 63 ss., p. 143 ss., p. 157 ss.

⁵⁰ Solo sociale: TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 168 ss.; ZOPPOLI L., in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. III, Giappichelli, 2015, p. 65 s.

⁵¹ PERULLI, *Un Jobs act per il lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 235/2015.

⁵² Benché la fisionomia materiale del potere direttivo sia stata aggiornata alle molteplici sollecitazioni che nel tempo, su di essa, ha prodotto e produce il mutamento del contesto produttivo, ne rimane solida la ricostruzione compiuta – a partire dagli autori classici, che riepiloga SCIOTTI, *La subordinazione come fattispecie unitaria complessa*, Giuffrè, 2014, spec. p. 55 ss. – da: NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Giuffrè, 1995, p. 1057 ss.; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, p. 55 ss. Una visione aggiornata si legge in ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 61 ss.

non ricade, necessariamente, nella rigidità spazio-temporale della prestazione⁵³.

La seconda.

Nel lavoro agile/*smart*, “fasi, cicli e obiettivi” non sono il debito/credito dedotto in contratto. Ciò sicuramente introdurrebbe nel lavoro subordinato un elemento costitutivo del contratto d’opera (art. 2222 c.c.) – o, meglio, del vecchio lavoro a progetto⁵⁴ – con un problematico scivolamento della nuova figura nell’area dell’autonomia. Essi sono, qui, un modo di declinare il lavoro come lo è il *facere* tradizionale: sono, esattamente, una “forma di organizzazione” del lavoro subordinato (art. 18, co. 1) che recepisce la contemporanea idea di lavoro (nuova) nell’impresa (nuova essa pura)⁵⁵. E poiché, da una parte, è oramai storicizzato il dato che l’obbligazione di cui all’art. 2094 c.c. contiene sempre la tensione alla realizzazione di un risultato (utile all’impresa)⁵⁶ e, dall’altra parte, la patologia del lavoro a progetto ha dimostrato la piena compatibilità della logica dei progetti con l’agire subordinato⁵⁷, si può senz’altro affermare l’irrilevanza, ai fini della qualificazione del rapporto *ex art. 2094 c.c.*, della declinazione dell’adempimento in un modo aziendalestico, l’obiettivo, che colloca in secondo piano il tratto del comportamento⁵⁸.

È vero che, come si diceva più sopra, lo *smart working*, proprio perché presuppone un comportamento solutorio che responsabilizza al risultato, vuole la manifestazione dei poteri del datore meno pervasiva e, corrispondentemente, la soggezione del lavoratore meno intensamente manifesta, così ridefinendo anche l’inadempimento del lavoratore – profili, tutti, sui quali interviene la regolazione del lavoro agile. Ma questo non è elemento di disturbo alla nozione di subordinazione: poiché ha identità nel potere diret-

⁵³ Con riferimento al lavoro a distanza in forma “tecnologica”: GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., p. 126 ss.; con riferimento al lavoro agile: PINTO, *op. cit.*, p. 365 ss.

⁵⁴ PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in LD, 2004, p. 99 ss.

⁵⁵ Cfr.: DONINI, *op. cit.*, p. 88 ss.

⁵⁶ A partire dal notissimo studio di MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzì”*, in RDC, 1954, pp. 185-209, 280-320, 366-396.

⁵⁷ V. BORZAGA, *Lavorare per progetti*, Cedam, 2012, p. 37 e p. 229; MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel Jobs act. Il codice dei contratti*, in DRI, 2015, p. 961 ss. Se si considera che per descrivere il lavoro *smart* l’art. 18, l. 81/17 impiega la stessa definizione dell’oramai abrogato lavoro a progetto (TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, *cit.*, p. 10, nota 34), si può anzi dire che con il lavoro agile/*smart* si legittima proprio ciò che, nella passata regolazione, costituiva la degenerazione del lavoro a progetto.

⁵⁸ V. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, *cit.*, p. 13.

tivo⁵⁹, che è potere giuridico e perciò in potenza⁶⁰, essa ben conosce manifestazioni (cioè manifestazioni del potere del datore) in forma non pervasiva⁶¹. È così accoglie, nella sua area, situazioni che sono eterogenee anche e proprio per l'impatto delle nuove tecnologie sul substrato del lavoro⁶² – ma qualche dubbio c'è, se il “substrato” della prestazione coincide con la *gig economy* o con la *share economy*⁶³.

La terza ragione.

Con la fatispecie di cui all'art. 2094 c.c. agevolmente convive il fatto che la legge, per la prestazione svolta all'esterno della sede aziendale, riserva all'accordo sulla modalità agile “la disciplina delle forme di esercizio del potere direttivo” (art. 19, co. 1), dell’“esercizio del potere di controllo sulla prestazione” (art. 21, co. 1), la “individuazione delle condotte … che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari” (art. 21, co. 2). Non sembra, infatti, obbligata una lettura di queste disposizioni che vede rimessa alle parti la decisione sull'esercizio dell'identità giuridica della subordinazione, snaturando il potere del datore in un modo che “allarga o comunque modifica la nozione di subordinazione”⁶⁴.

Dando alle espressioni legislative richiamate – in verità già abbastanza chiare – un significato armonico con la natura, subordinata, del rapporto a cui ineriscono, appare che il patto anzitutto registra, “ai fini della regolarità amministrativa e della prova” (art. 19, co. 1), la comune volontà di accedere

⁵⁹ DE LUCA TAMAO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 467 ss.

⁶⁰ Questo aspetto del potere direttivo, importante più che mai per la qualificazione dei rapporti di lavoro nella realtà giuridica attuale che ci consegna figure sempre più contigue, è spiegato con chiarezza da: PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2016, p. 11 ss., spec. p. 28; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 61.

⁶¹ Cass. 26 agosto 2013 n. 19568; Cass. 23 aprile 2014 n. 9196; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024.

⁶² RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2014, p. 974 ss.

⁶³ V.: TULLINI, *Digitalizzazione*, *cit.*; AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, 2017, n. 2, p. 281 ss.; DE STEFANO, *Lavoro “su piattaforma” e lavoro no-standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, p. 241; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme*, *cit.*, p. 8 ss.

⁶⁴ Dice così, invece, SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro organizzato*, *cit.*, p. 12. Di “forma “speciale” di subordinazione” parla PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, *cit.*, per il quale “il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all'esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all'art. 2094 c.c.” (p. 14).

alla modalità agile – che, dice la legge, è “stabilità mediante accordo tra le parti” (art. 18, co. 1).

Registra, poi, la co-decisione sulla “forma di esercizio” del potere direttivo⁶⁵, di controllo e disciplinare, da modulare sull’agilità della prestazione. Ma non registra, anche, la co-decisione sul “se” dell’esercizio di questi poteri e sui loro “contenuti”: la dimensione del potere del datore (e della soggettività del lavoratore) non può essere concordata, dal momento che, nella subordinazione, essa è prerogativa del creditore del lavoro⁶⁶ – con la mediazione collettiva almeno per il potere disciplinare, qui non prevista ma, si può ritenere, di certo non vietata⁶⁷. Possono, semmai, essere concordati i “tempi di riposo e le misure necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”, come pure prevede l’art. 19, co. 1: che non attengono alla sfera delle prerogative unilaterali del datore, bensì a quella dei diritti (limitatamente disponibili) del lavoratore.

Quanto alle modalità di esecuzione della prestazione per i tempi e la loro articolazione e per i luoghi, anche con riferimento all’alternanza azienda/esterno, nonché, quando la prestazione è del tipo *smart*, il merito dei comportamenti utili – cioè la “esecuzione della prestazione svolta all’esterno dei locali aziendali” che il patto pure disciplina: art. 19, co. 1 – non sembra che la co-decisione possa estendersi oltre le indicazioni necessarie ad inserire la prestazione nell’organizzazione e all’esercizio dei poteri di direzione, di controllo e disciplinare. Né che essa (la co-decisione) possa intervenire nel corso dello svolgimento della prestazione in modalità agile, cioè durante il tempo di validità del patto se non determinandone la ridefinizione⁶⁸.

Con la stipula del patto, si vuol dire, è concordata la decisione di rendere il lavoro in agilità e le caratteristiche di esecuzione funzionali agli scopi dell’impresa, ma per tutta la sua durata i modi di esecuzione del lavoro, pure se

⁶⁵ Esattamente sul “com’è esercitato il potere direttivo”: circ. Inail 2 novembre 2017 n. 48, p. 3.

⁶⁶ Simile lettura di queste norme compie PROIA, in un scritto in corso di stampa (in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017) citato testualmente da PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 14, note 27 e 28.

⁶⁷ Sul punto, che meriterebbe un approfondimento che qui non è possibile, è molto problematico SANTORO PASSARELLI G., *op. ult. cit.*, p. 13.

⁶⁸ L’osservazione richiama una certa similitudine tra lavoro agile e collaborazione *ex art.* 409, n. 3, c.p.c.: v. il paragrafo successivo.

contenuti nelle linee concordate, sono attratti alla decisione unilaterale del lavoratore⁶⁹ perché è proprio in questo, ossia nell'autonomia del lavoratore circa i modi spazio-temporali e eventualmente operativi del lavoro, che consiste l'agilità del lavoro subordinato⁷⁰.

Ciò significa, anche, che per tutta la durata del patto, e solo per essa, è escluso l'intervento autoritativo del datore sulle modalità spazio-temporali e, eventualmente, sui contenuti della prestazione. È come se con l'accordo di lavoro agile e, si ripete, solo per la sua durata, una volta condivise le modalità che deve avere la prestazione per essere utile all'impresa, il potere del datore sull'organizzazione spazio-temporale e operativa del lavoro (il potere di organizzazione della prestazione) – sebbene non venga meno, dal momento che, come il potere direttivo, ha fonte nel contratto (*infra*) – rimane in potenza, ed il suo esercizio (la manifestazione del potere) si “sospende”, per poi riprendere allo scadere del patto o al recesso di una delle parti. Rimane invece, piena e immutata la facoltà del datore di esercitare, nelle forme concordate, il potere di intervenire controllando, ed eventualmente sanzionando, per dirigere, ad ogni suo fine produttivo, l'autonomia del lavoratore agile (il potere direttivo).

Si può dire, conclusivamente, che la modalità agile di lavoro non comporta problemi di qualificazione del rapporto a causa della presenza di elementi spuri rispetto al tipo *ex art. 2094 c.c.* o a causa dell'assenza di elementi ad esso necessari. Quando la subordinazione è “agile”, il potere di direzione non è snaturato. Solo che manca, nello svolgersi del rapporto, la decisione autoritativa sui profili spazio-temporali della prestazione e, eventualmente, sui contenuti del lavoro – impiegando le parole degli economisti, si può dire

⁶⁹ V. MARESCA, Smart working, cit.

⁷⁰ Il che senz'altro pone problemi di sicurezza sul luogo di lavoro – che, determinabile dal lavoratore sia pure secondo quanto concordato, non solo non è sempre di pertinenza del datore, ma è anche spesso fuori dal suo controllo (PERUZZI, *op. cit.*, p. 17 ss., 21 ss.; ROTA, *op. cit.*, p. 169 ss.) – e rischi di confusione tra tempo di vita e di lavoro – la cui articolazione, nel limite dell'orario massimo, è nell'autonomia del lavoratore. Temi che possono trovare soluzione, oltre che nell'informativa sulla sicurezza (art. 22, l. 81/17) e nel diritto alla disconnessione (art. 19, co. 1: ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 312 ss.), proprio nelle modalità di esecuzione della prestazione concordate alla stipula del patto, di cui si è appena detto nel testo. Ed è proprio l'autonomia del lavoratore su luoghi e tempi di lavoro a rendere necessaria la predeterminazione condivisa delle forme di esercizio delle prerogative datoriali, cioè dei canali di comunicazione delle prescrizioni in cui si estrinseca l'esercizio dei poteri del datore (v., su questo punto, il dubbio di PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 15).

che essa è una “variante del contratto di lavoro a tempo indeterminato in cui i diritti di decisione sono distribuiti in modo differente”⁷¹.

E ancor di più oggi si può sostenere che ciò nulla toglie alla natura subordinata del rapporto di lavoro, perché l’introduzione delle collaborazioni organizzate dal committente di cui all’art. 2, d.lgs. 81/15 – se e in quanto sistamate nell’area dell’autonomia, non nell’area della subordinazione⁷² – autorizza a considerare l’interferenza sulle modalità estrinseche della prestazione non più come sintomo necessario del potere direttivo, e perciò della natura subordinata del rapporto.

Questa interferenza ora permette la manifestazione del potere di organizzazione della prestazione, il quale, nel lavoro subordinato, concorre, sì, all’interesse datoriale di raccordare l’organizzazione e il lavoro nell’ambito del globale potere direttivo ed è esso pure radicato nel contratto *ex art. 2094 c.c.*⁷³; ma non è più confondibile con, o annullabile nel, potere direttivo⁷⁴.

Il ruolo che l’art. 2, d.lgs. 81/15, ad esso attribuisce quale rivelatore dell’istanza sociale di tutela⁷⁵ in una relazione di lavoro che è autonoma (di spe-

⁷¹ GRANDORI, *10 tesi sull’impresa*, Il Mulino, 2015, p. 63.

⁷² Per questa dottrina v. almeno: VOZA, *La modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 318/2017; ZOPPOLI A., *op. cit.*; PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 272/2015; PESSI R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 2/2015; MARAZZA, *Collaborazioni organizzate dal committente e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 315/2016; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 294/2016; CIUCCIOVINO, *Le “collaborazioni organizzate dal committente”*, in *RIDL*, 2016, p. 321 ss.; GIUBBONI, *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, 2016, p. 244 ss.

⁷³ V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 12 ss., p. 25.

⁷⁴ Anche su questa coincidenza si fonda la tesi che nell’art. 2, co. 1, d.lgs. 81/15, legge una norma che incide, allargandola, sulla fattispecie di subordinazione, ed in essa annulla, con diversi effetti e ricostruzioni sistematiche, la collaborazione organizzata dal committente: NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. 81/2015: alla ricerca dell’autorità del punto di vista giuridico*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 276/2015; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 266/2015; NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 280/2015; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 278/2015; TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 155 ss.; MAZZOTTA, *Lo strano caso delle “collaborazioni organizzate dal committente”*, in *Labor*, 1/2016; FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, p. 53 ss.

⁷⁵ V. qui ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 24 ss.; PERULLI, *Costanti e varianti in tema di autonomia e su-*

cie para-subordinata) e che non muta la sua natura sol perché è presente l'etero-organizzazione del committente, conferisce al potere di organizzazione un ruolo non indispensabile ai fini della qualificazione subordinata del rapporto. Per questa qualificazione rileva la sola soggezione all'autorità direttiva del datore, pure in mancanza della manifestazione dell'autorità organizzativa sulla prestazione⁷⁶.

5. *Subordinazione “agile”, collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c. e collaborazione ex art. 2, d.lgs. 81/15*

L'ingresso della subordinazione “agile” nel panorama giuridico, sebbene, per quanto detto sinora, non obblighi a rivedere gli elementi identificativi del tipo *ex art. 2094 c.c.*, arricchisce il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro sul piano concreto. Qualificazione che è già molto complicata, soprattutto per l'intreccio che esiste tra lavoro subordinato e collaborazione etero-organizzata (*art. 2, d.lgs. 81/15*), da una parte, e, dall'altra, tra quest'ultima e la collaborazione tradizionale (*art. 409, n. 3, c.p.c.*).

Ciò è dovuto anzitutto alla difficoltà di verificare, nei fatti, la soggezione al potere direttivo, tratto identitario della subordinazione, quando esso convive con l'autonomia del lavoratore su luogo, tempo e contenuti del lavoro, tratto tipico della subordinazione in modalità agile. Verifica, questa, necessaria, perché il rapporto di lavoro agile è attratto ad una disciplina esclusiva che attiene ad aspetti importanti dello statuto protettivo del lavoro subordinato (artt. 19-23, l. 81/17).

Ma è anche dovuto, l'accentuarsi del problema qualificatorio, alla contiguità che si rileva tra subordinazione “agile” e collaborazione *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, apprezzabile nel punto di contatto tra di esse: l'equilibrio tra l'autonomia del debitore (prestatore o collaboratore) e l'ingerenza del creditore (datore o committente) nella definizione dei modi spazio-temporali del lavoro e dei suoi contenuti. Per questo aspetto, le due figure si sovrappon-

bordinazione, in *LD*, 262, p. 262 s., spec. p. 271 ss. e, in un ragionamento più ampio, ID., *Un Jobs act per il lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 235/2015.

⁷⁶ V. oggi Corte cost. 15 aprile 2015 n. 76. Per una tesi opposta: TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, p. 1117 ss.; GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2/2016, p. 274 ss.

gono⁷⁷, e la distinzione, delicata sul piano teorico, sul piano concreto diviene assai faticosa.

Più precisamente. Nel lavoro subordinato in modalità agile, si è già detto più volte, il lavoratore gode di autonomia nell’organizzare tempi e luoghi della prestazione e, ove il lavoro è *smart*, di decidere i suoi contenuti. Tale autonomia egli esercita nell’ambito di linee concordate col datore nel patto *ex art. 19, co. 1, l. 81/17*, e, diversamente dal lavoratore non agile, non è soggetto all’autorità organizzativa ma solo direttiva del datore.

Nella collaborazione *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, sempre con riferimento a tempi, luoghi e contenuti del lavoro, il collaboratore pure gode di un’autonomia che svolge nell’ambito di profili di organizzazione del lavoro che, ai fini del coordinamento con l’attività d’impresa, determina in accordo col committente, come chiarisce oggi l’art. 15, co. 1, lett. a), l. 81/17⁷⁸.

Per questo aspetto le due figure si sovrappongono, e sul piano concreto di un’osservazione istantanea possono confondersi. Sul piano teorico, però, la differenza appare, evidente, nel fatto che il collaboratore *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* – il quale, come il lavoratore agile che non soggiace all’etero-organizzazione del datore, non subisce il potere organizzativo del committente per-

⁷⁷ V. SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 12; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 23.

⁷⁸ Con la precisazione legale è armonica la tesi sulla distinzione tra coordinamento ed etero-organizzazione espressa, in sede di raffronto tra collaborazioni *ex art. 409*, collaborazioni *ex art. 2* e subordinazione, da: PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 31 ss., p. 42 ss.; CIUCCIOVINO, *Le “collaborazioni”*, cit., 334 ss. L’arricchimento della tesi si legge in VOZA, *La modifica*, cit., p. 8 ss. È molto importante ai fini del discorso che si conduce sottolineare che la distinzione è qualitativa. Riflette il modo in cui la legge regola la distribuzione, tra le parti, della decisione sulle modalità della prestazione ai fini del suo inserimento nell’organizzazione (CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 333 s.); modo determinato dalla dimensione del potere sulla prestazione che, a questo fine, è riconosciuto al committente/datore di lavoro, con effetti, diversi, sulla sfera creditoria e debitoria delle parti (PERULLI, *Nuove frontiere*, cit., p. 33). Non è, invece, quantitativa. Non si compie selezionando, tra le modalità esecutive della prestazione, quelle che sono essenziali alla sua utilità per l’impresa, perciò ambito del coordinamento del committente *ex art. 409 c.p.c.*, e quelle che non lo sono, perciò escluse dal coordinamento e attratte, insieme a quelle essenziali, alla etero-organizzazione del committente *ex art. 2, d.lgs. 81/15* e del datore di lavoro (Così, invece, ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, 2016, p. 754 ss., spec. p. 772, per i quali il coordinamento *ex art. 409 c.p.c.* è una “forma attenuata dell’etero-organizzazione” e l’etero-organizzazione *ex art. 2* è “forma intermedia tra etero-organizzazione” del datore “e coordinamento”). Per la distinzione tra coordinamento ed etero-organizzazione mediante la valorizzazione della “micro-organizzazione” del collaboratore: OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, 2, p. 203 ss., p. 236 s.

ché l'organizzazione del lavoro ai fini del coordinamento è regolata da una relazione giuridica paritaria⁷⁹ – non è esposto a poteri direttivi, in ragione della natura autonoma del rapporto.

Non appaiono, invece, all'osservazione teorica, similitudini problematiche tra lavoro agile e collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. 81/15*.

Rispetto ai medesimi profili spazio-temporali se non anche ad altri profili di esecuzione del lavoro⁸⁰, ad esempio i contenuti, il collaboratore etero-organizzato, a differenza del lavoratore agile, non gode di autonomia perché la sua prestazione, quantomeno per luogo e tempo, è organizzata dal committente⁸¹.

A differenza delle collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, qui la gestione della prestazione ai fini del coordinamento è regolata da una relazione giuridica costruita su un potere rimesso al creditore del lavoro, al quale il collaboratore è sempre esposto – com'è sempre esposto al potere del datore di organizzare la prestazione il lavoratore subordinato *tout cour*. Con le collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, queste collaborazioni (*ex art. 2, d.lgs. 81/15*) condividono solo il tratto dell'assenza di un potere del committente di incidere sull'oggetto del contratto (l'opera, la prestazione) “dirigendolo”, anche mutandolo, ad ogni suo diverso fine⁸², sovrapponendosi, queste due figure, per questo aspetto.

L'assenza del potere direttivo segna la prima, fondamentale differenza tra le collaborazioni etero-organizzate e la subordinazione in modalità agile. Ad essa si aggiunge il fatto che, mentre il collaboratore sin dall'inizio subisce le prescrizioni organizzative del committente e ne è sempre soggetto, il lavoratore agile, invece, alla stipula del patto concorda col datore i modi estrinseci della prestazione necessari agli scopi d'impresa e all'esercizio dei poteri

⁷⁹ CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 334 s. La relazione giuridica è paritaria al sorgere del vincolo contrattuale ed ogni volta in cui, nel corso del rapporto, intervengono esigenze, sempre di organizzazione della prestazione, diverse da quelle inizialmente convenute: PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 44.

⁸⁰ In tema v. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 16 s. e la diversa tesi di BRONZINI, *Il punto sul futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'area della share-economy*, in RIDL, 2016, p. 75 ss.

⁸¹ Circ. min. lav. 3/2016, e Ministero del Lavoro, Interpello del 20 gennaio 2016.

⁸² Il sopraggiunto diverso fine del committente, infatti, non modifica i termini del contratto mutando l'obbligazione del collaboratore, che rimane quella originaria (PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione*, in PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, 2004, p. 650). Di “autonomia attenuata” del collaboratore etero-organizzato dice CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 336 s.

direttivo, di controllo e disciplinare, ma poi si muove in autonomia, rimanendo, per tutta la durata del patto, estraneo ad ogni manifestazione del potere di organizzazione, del datore, sulla prestazione.

Anche qui, però, benché le differenze tra i due rapporti sembrino evidenti, non si può escludere che all’osservazione concreta la distinzione possa essere assai complicata; anche se sicuramente meno complicata di quanto lo è la distinzione tra la stessa collaborazione *ex art. 2* e la subordinazione tradizionale, che si intrecciano profondamente per il profilo dell’etero-organizzazione⁸³.

Il confronto tra le tre figure, pure se qui è stato compiuto per linee (decisamente) essenziali, aiuta ad evidenziare la tensione di cui, nel nuovo scenario, si arricchisce l’attività dell’operatore del diritto, chiamato ad affinare gli indici rivelatori del potere direttivo e, anche, del potere organizzativo che ora sono rilevanti per distinguere due codificate manifestazioni della subordinazione e due codificate manifestazioni della para-subordinazione.

Aiuta inoltre ad evidenziare il più stretto intreccio che oggi sussiste tra subordinazione ed autonomia di specie para-subordinazione. Da una parte, la subordinazione in modalità agile contiene in sé un po’ di para-subordinazione: per l’assenza di etero-organizzazione e la presenza di decisione condivisa (col datore) sulle generali modalità esecutive della prestazione al sorgere del vincolo contrattuale (l’accordo di lavoro agile), che sono entrambi tratti tipici delle collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* Dall’altra, la para-subordinazione contiene in sé un po’ di subordinazione: per la presenza nelle collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. 81/15* dell’etero-organizzazione, che è tratto tipico del lavoro subordinato in modalità tradizionale⁸⁴.

Tutto ciò, seppure non altera la struttura dicotomica dei modi giuridici di prestare lavoro in favore di altri⁸⁵, ancor di più accentua la contiguità tra

⁸³ La distinzione è complicata soprattutto per la difficoltà di differenziare l’etero-organizzazione del committente e del datore di lavoro, da una parte, e, dall’altra, l’etero-organizzazione e il coordinamento (v. nota 78). Ciò che, in fondo, dipende dall’idea che si ha del potere direttivo (MAGNANI, *Autonomia*, cit., p. 11, p. 13 s.) e di organizzazione della prestazione.

⁸⁴ Che le forme di lavoro a distanza rese possibili dalle tecnologie informatiche realizzassero una contaminazione tra subordinazione e para-subordinazione si rilevava già ai primi anni ’90, molto prima che il legislatore traducesse in norme, con il lavoro agile, ciò che l’evoluzione tecnologica già allora faceva presagire: v. GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., p. 196 s.

⁸⁵ Tesi che si può sostenere solo se si esclude che la collaborazione etero-organizzata configuri un *tertium genus* (per la complessità della questione v. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 20 ss.), e che non è inquinata dalla valutazione, di queste collaborazioni, come sottotipo di lavoro autonomo

autonomia e subordinazione, perché con il lavoro agile ancor di più i due tipi si confondono a tratti, pur senza snaturarsi.

Oggi non solo la subordinazione contamina *ex lege* l'autonomia: con le collaborazioni tradizionali ed etero-organizzate, il debitore dell'opera ai sensi dell'art. 2222 c.c. non è indifferente ad un potere del creditore che, sebbene non generi soggezione come nel tipo *ex art.* 2094 c.c., ne condiziona anche intensamente la libertà nei modi di adempimento – tant'è che, nell'ultimo caso, il legislatore prende atto della “sfasatura tra fattispecie ed effetti”⁸⁶. Con il lavoro agile anche l'autonomia contamina *ex lege* la subordinazione, perché la soggezione convive con un arretramento del potere del creditore sui modi e i contenuti della prestazione il quale, innaturale nel tipo *ex art.* 2094 c.c., è invece proprio del tipo *ex art.* 2222 c.c.

Si conferma, così, quell'effetto dell'evoluzione tecnologica sul rapporto *ex art.* 2094 c.c. che già si intuiva negli anni '80. Essa modifica non la sostanza ma le modalità della subordinazione, introducendo, nel rapporto di lavoro, forme di “auto-organizzazione e di auto-disciplina” necessarie all'adempimento di una prestazione che è “meno ‘passiva’ e più ‘attiva’”. Ciò che si traduce in “meno ‘soggezione’ e più ‘cooperazione’”⁸⁷: com'è, appunto, nel lavoro subordinato in modalità agile.

(qui v. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 326 ss.) descrittivo di una “soglia” tra autonomia e subordinazione (PERULLI, *Costanti e varianti*, cit., p. 271).

⁸⁶ Per le collaborazioni etero-organizzate lo dice CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 324.

⁸⁷ CARINCI F, *Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 1985, p. 221 ss.

Abstract

L'autore svolge una riflessione sul lavoro agile introdotto dalla l. 81/17, allo scopo di accertare se esso costituisce una forma di telelavoro oppure una nuova fattispecie di lavoro subordinato a distanza, confrontandolo, a tale fine, col fenomeno dello *smart working*. Verifica, poi, se la nuova modalità di svolgimento del rapporto di lavoro impatta sulla nozione di subordinazione e sull'articolazione delle forme giuridiche di svolgimento del lavoro in favore di altri (subordinazione e autonomia di specie para-subordinazione)..

The author focuses on analysing the agile work introduced by l. 81/2017, in order to ascertain whether it constitutes a kind of telework or a new case of subordinate work at a distance, by comparing it, for that purpose, with the smart working. It then verifies whether the agile work impacts on the notion of subordination and the current articulation of legal forms of work in favor of others (subordination, autonomy, para-subordination).

Key words

Lavoro agile, telelavoro, *smart working*, autonomia, subordinazione, para-subordinazione.

Agile work, teleworking, smart working, autonomy, subordination, para-subordination.

