

Il potere di controllo nella prestazione di lavoro agile. brevi osservazioni

Stefano Bini

1. Premessa.	47
2. Il lavoro agile e il suo impatto sul Diritto del lavoro.	47
3. Il potere datoriale di controllo e le nuove tecnologie. Una prima approssimazione.	48
4. Lavoro agile e dubbi sull'attualità dell'impianto dualistico ex art. 4, St. lav.	48
5. Tra potere e contratto, un nuovo bilanciamento di interessi?	51

1. Premessa.

Molteplici sono le questioni interpretative suscitate dall'entrata in vigore della l. 22 maggio 2017, n. 81, recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro subordinato".

Tra tutte, quelle afferenti all'atteggiarsi del potere di controllo nella prestazione di lavoro agile paiono, in specie, meritevoli di attenta considerazione ed è attorno ad esse che si intende focalizzare l'attenzione nel presente studio.

E invero, limitando a dei brevi cenni un inquadramento introduttivo della fattispecie di riferimento, ovvero quella del lavoro agile, indispensabile al solo fine di sistemare le coordinate ermeneutiche funzionali al prosieguo della trattazione, si intende entrare, in medias res, nel cuore della questione.

E ciò attraverso un approccio "problematico", teso a considerare miratamente alcuni degli interrogativi suscitati dalla nuova disciplina del lavoro agile, al fine di indagare, in specie, possibili profili di criticità in corrispondenza dei "punti di intersezione" tra la disciplina ex art. 21, l. n. 81/2017 e quella di cui all'art. 4, l. n. 300/1970, anch'essa interessata da recenti interventi riformatori.

2. Il lavoro agile e il suo impatto sul Diritto del lavoro.

Il c.d. "lavoro agile" – traduzione francamente poco evocativa del più pregnante lessema anglofono di "*smart work*", espressivo di una "brillantezza", di un "dinamismo" e di un'"intelligenza" non automaticamente rinvenibili nella mera "agilità" – può ben essere inteso quale «lavoro totalmente delocalizzato, in quanto effettuabile, ovviamente grazie alle risorse della tecnologia informatica e telematica, da casa o da qualunque luogo, nonché svincolato dal concetto di orario normale di lavoro, e sottoposto ai soli limiti dell'orario massimo giornaliero e settimanale».

Nel definire il lavoro agile nei termini di una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», il legislatore ancora tale peculiare modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nell'ambito del tipo "lavoro subordinato", valorizzando altresì l'autonomia privata individuale, cui è rimessa la definizione della disciplina del lavoro agile medesimo.

Orbene, pur essendo solo recentemente entrata in vigore, la normativa sul lavoro agile pone già numerosi interrogativi, ai quali andranno certamente ad aggiungersene altri, derivanti dalla sua applicazione.

In termini generali, e come meglio si dirà in appresso, può riconoscersi come anche il lavoro agile rappresenti una delle molteplici manifestazioni dell'impatto della digitalizzazione sul rapporto di lavoro, per effetto del quale «costruzioni teoriche in apparenza definitive e immutabili, nozioni appartenenti alla teoria generale del contratto, sembrano rimesse in discussione».

3. Il potere datoriale di controllo e le nuove tecnologie. Una prima approssimazione.

Tra i molteplici istituti lavoristici ab imis interessati dal dilagante fenomeno di digitalizzazione del lavoro, il potere di controllo – quale profilo consustanziale al potere datoriale, lato sensu inteso – pare essere tra quelli che presentano un interesse del tutto peculiare.

E ciò per effetto, anzitutto, di un dato di cruciale rilievo: lo stesso modello di lavoro “digitale” – nell’ambito del quale, può a ragione inserirsi anche il lavoro agile, in quanto espressivo del fenomeno dei cc.dd. “lavoratori nomadi” o “ICT-based mobile workers” – si fonda ed è reso possibile proprio grazie all’utilizzo di dispositivi elettronici che, com’è nel caso dello *smart working*, consentono lo svolgimento “delocalizzato” della prestazione lavorativa.

Ebbene, molteplici di tali dispositivi (sia hardware che software) assommano in sé la duplice funzione di consentire l’espletamento delle mansioni cui è adibito il prestatore e, insieme, di rendere possibile un controllo datoriale oggettivamente particolarmente pervasivo.

Il lavoratore che riceve in dotazione tali strumenti può, così, divenire destinatario di un controllo – in potenza anche continuativo – che potrebbe rispondere anche a finalità tra loro molteplici ed eterogenee, e che pone dunque una serie di questioni applicative di significativo rilievo.

A mero titolo d’esemplificazione, si pensi, in primo luogo, al sensibile tema del monitoraggio del rendimento del lavoratore (in termini sia assoluti, che relativi, in comparazione con altri prestatori), con la connessa questione della delicata gestione di ingenti flussi di cc.dd. big data, ovvero alla problematicità propria dell’uso promiscuo di dispositivi funzionali allo svolgimento della prestazione di lavoro da remoto.

Così, nel fisiologico ampliamento della portata del potere datoriale di controllo, scaturente (anche e soprattutto) dalla digitalizzazione del lavoro, parte della dottrina ha scorto il profilo di un complessivo e generalizzato «rafforzamento delle prerogative datoriali nella gestione dei rapporti di lavoro».

E invero, proprio in ciò è possibile apprezzare l’indissolubile e funzionalistica unitarietà che avvince il potere di controllo a quello direttivo (di cui costituisce un corollario) e al potere disciplinare (di cui rappresenta un essenziale prodromo) del datore di lavoro.

4. Lavoro agile e dubbi sull’attualità dell’impianto dualistico ex art. 4, St. lav.

Svolte tali preliminari considerazioni e volgendo lo sguardo più miratamente al lavoro agile, non può non evidenziarsi come esso risulti intrinsecamente concepito attorno a ciò, che il lavoratore sia dotato di dispositivi tecnologici.

Ebbene, gli stessi strumenti che consentono al lavoratore di poter svolgere la prestazione “da remoto”, ovverosia fuori dei locali aziendali, sono per larga parte – come sopra accennato – intrinsecamente e (pare) insuperabilmente funzionali oltreché all’adempimento dell’obbligazione lavorativa, anche all’esercizio di una più o meno pervasiva forma di controllo.

Ne deriva dunque che un primo quesito attorno al quale merita ragionare attiene alla conciliabilità del sistema di funzionamento del modello di lavoro agile con il paradigma normativo in materia di controlli a distanza.

In altri termini, avendo in mente la modalità “agile” di svolgimento della prestazione, potrebbe sostenersi una certa obsolescenza dell’impianto di cui all’art. 4, St. lav., che distingue tra strumenti di controllo a distanza tout court (art. 4, comma 1, l. n. 300/1970) e «strumenti che consentono un controllo a distanza del lavoratore che sono, al tempo stesso, anche “strumenti di lavoro” o di “rilevazione di accessi e presenze” (comma 2)»?

Sul punto, pur senza voler qui proporre una trattazione della materia dei controlli a distanza e del relativo trend riformatore, pare opportuno evidenziare l’importanza della distinzione in parola, in ragione delle sue ricadute, in termini di applicazione della procedura autorizzativa (negoziale o amministrativa) di cui al comma 1 del citato art. 4, St. lav., e di delimitazione del perimetro di identificazione dei controlli legittimi soltanto a quelli che identificano la propria ragione nel soddisfacimento di esigenze organizzative e produttive, di sicurezza del lavoro e di tutela del patrimonio aziendale.

Ebbene, procedendo per gradi, occorre sottoporre a verifica la portata e la relazione tra le nozioni di “strumento di lavoro” e di “strumento di controllo” ex art. 4, St. lav.

Sul punto, di interesse pare la tesi che considera lo «“strumento di lavoro” come species del più ampio genus “strumenti di controllo”. In entrambi i casi si tratta di strumenti potenzialmente in grado di monitorare a distanza, in diretta o differita, l’attività del lavoratore. Ma ciò che qualifica gli strumenti di lavoro è che si tratta – così si esprime letteralmente la legge – di strumenti “utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa”».

In altri termini, si ricade nell’area dell’art. 4, comma 2, l. n. 300/1970 solo allorché lo strumento di lavoro sia «direttamente funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa», ovvero «il lavoratore [lo, n.d.r.] impieghi direttamente per lo svolgimento della prestazione lavorativa».

Ciò è a dire che uno strumento di per sé idoneo ad esplicare una funzione di controllo a distanza è da considerare quale “strumento di lavoro” ex art. 4, comma 2, St. lav., solo allorché il lavoratore si trovi rispetto ad esso in una posizione “attiva”, ricadendo invece nella fattispecie di cui all’art. 4, comma 1, St. lav., ove invece esso veda il prestatore di lavoro quale soggetto «meramente passivo».

La tenuta di tale interpretazione pare, del resto, confermata per il tramite di una atipica interpretazione “autentica”, intervenuta a mezzo comunicato stampa del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 18 giugno 2015, che ha chiarito come: «l’espressione “per rendere la prestazione lavorativa” comporta che l’accordo o l’autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che “serve” al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l’aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall’ambito della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che “serve” al lavoratore per rendere la prestazione, il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione. Con la conseguenza che queste “modifiche” possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l’accordo sindacale o l’autorizzazione».

Orbene, calando tali considerazioni di carattere generale nella più circoscritta fattispecie del lavoro agile, ben si coglie come la magmaticità che accompagna la diffusione e l’evoluzione delle

novità tecnologiche in atto sia tale da rendere particolarmente complessa e incerta l'attività dell'interprete.

E invero, «applicare l'attuale quadro regolativo dei controlli a queste innovative e mutevoli forme di lavoro da remoto è tutt'altro che facile».

Come posto in luce in dottrina, in termini generali, risulta complesso «tracciare un sicuro discrimine – tanto sul piano teorico quanto operativo – tra l'area dei controlli a distanza suscettibili di autorizzazione preventiva per giustificate ragioni aziendali (...) e quella del monitoraggio attraverso le tecnologie di lavoro che sono esonerate da vincoli e considerate legittime ex se».

E invero, «tali difficoltà aumentano con la diffusione dei sistemi intelligenti che sono già naturalmente predisposti per una pluralità di applicazioni o facilmente "espandibili" sotto il profilo funzionale».

Di talché, il nitore con cui il legislatore opera la distinzione tra tecnologie di controllo e tecnologie destinate allo svolgimento dell'attività lavorativa, nella concretezza dei fatti, pare risentire di un certo sfasamento con la realtà.

Così, pur nella piena condivisione della tesi che sostiene il «(mal)funzionamento dell'art. 4 e le ipocrisie della tutela statutaria» antecedenti rispetto alla recente riforma della disposizione in parola, non pare potersi tacere un certo profilo di perplessità – per lo meno in termini generali – circa l'aderenza della nuova disciplina in materia di controlli a distanza, rispetto alla realtà del lavoro digitale e, in specie (ai fini del presente studio), del lavoro agile.

Anticipando in parte le conclusioni cui si addiverrà nelle pagine che seguono, si ritiene infatti di poter affermare che la nuova disciplina dei controlli a distanza non pare pienamente idonea a «colmare le molte lacune ed ovviare all'obsolescenza provocata dallo sviluppo tecnologico e dal fenomeno crescente della digitalizzazione», risultando invero sostanzialmente concepita «con lo sguardo rivolto all'indietro».

E ciò nonostante fosse stata la stessa legge delega ad aver palesato l'esigenza di procedere alla «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica», pur ribadendo la centralità del temperamento delle «esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore».

Si noti, peraltro, che lo stesso linguaggio utilizzato dal legislatore della riforma non pare francamente conferente con il contesto tecnologico di riferimento: si opera ancora un «rassicurante» riferimento, financo nella rubrica della disposizione in parola, alla nozione di "impianto audiovisivo". Sarebbe stato, invece, legittimo attendersi il richiamo a concetti quali "app", "software", "gps", "webcam", "rete", "localizzazione", eccetera.

E ciò in ragione dell'indiscussa centralità, rivestita nell'odierna contemporaneità globale, dalla c.d. Internet of Things (l'Internet delle cose), innovativa modalità di utilizzo di internet, basata sull'automatica interazione tra le cose: «L'Internet delle Cose connette l'intelligenza umana e delle macchine in modi nuovi, assolutamente importanti e a volte terrificanti. Capisce il senso del movimento nelle e fra le cose, comprese le persone, gli animali, i veicoli, le correnti d'aria, i virus, e tanto altro ancora. Riconosce rapporti e prevede modelli che sono fin troppo complessi da afferrare per l'intelletto e i sensi umani».

Orbene, ferme le considerazioni a tratto generale che precedono, si ritiene di poter affermare che, con riferimento al modello di lavoro agile, pare indispensabile, ai fini di una consapevole (e auspicabilmente corretta) interpretazione della fattispecie, procedere allo svolgimento di un'accurata opera di accertamento, caso per caso, della natura e del concreto atteggiarsi della strumentazione per mezzo della quale la prestazione di lavoro è resa con modalità, per l'appunto, agili.

Ad ogni buon conto, l'impressione prognostica che pare potersi avanzare è quella di una sostanziale e progressiva limitazione del ricorso alle tecnologie esclusivamente idonee al controllo e non già anche utilizzate/utilizzabili ai fini dello svolgimento della prestazione di lavoro.

E ciò anzitutto perché il profilo identificativo del lavoratore agile è quello di un soggetto che è adibito allo svolgimento di un'attività lavorativa per obiettivi, che dunque non richiede un controllo continuativo sulla prestazione.

È invero ragionevole immaginare che sarà prevalente il ricorso a strumenti, attivamente utilizzati dal lavoratore per lo svolgimento della prestazione, dai quali scaturisca anche l'esercizio indiretto di una forma di controllo.

La stessa individuazione di strumenti di controllo "puro", inquadrabili entro il perimetro di portata di cui all'art. 4, comma 1, l. n. 300/1970, pare infatti ardua, in ragione di ciò che il controllo esercitato mediante l'utilizzo di molti di essi è tale da ricadere comunque nella previsione di cui al comma 2 della disposizione in parola, che sottrae all'applicazione del comma 1 gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Si pensi al caso della lettura biometrica mediante scanner della retina oculare o delle impronte digitali, nonché al monitoraggio mediante sensori delle pressioni sulla tastiera: nell'ambito del lavoro agile, tali forme di controllo paiono funzionalmente idonee a consentire la registrazione delle "presenze" e l'accesso ai sistemi informatici, risultando così non necessarie le condizioni di legittimità di cui all'art. 4, comma 1, St. lav.

Al riguardo, fondamentali paiono le norme in materia di tutela e protezione dei dati personali, giacché «anche per il lavoro agile, nonostante il silenzio dello schema legislativo, va confermata l'operatività dei principi e delle regole in materia di protezione della riservatezza e dei dati personali dei lavoratori».

5. Tra potere e contratto, un nuovo bilanciamento di interessi?

Alla luce delle osservazioni sin qui miratamente presentate, pare interessante riannodare i fili del ragionamento, svolgendo alcune considerazioni di carattere generale.

Coglie pienamente nel segno l'osservazione di chi ha evidenziato che «scontata la premessa che l'evoluzione tecnologica non può essere imbrigliata né scoraggiata, occorre individuare i contrappesi idonei per scongiurare i rischi del controllo totale e per la salvaguardia dei diritti fondamentali, in particolare della dignità della persona che lavora».

Ebbene, proprio in tale ottica, merita evidenziare che, tra gli aspetti peculiari della disciplina del lavoro agile, «L'elemento più caratteristico sembra (...) l'affidamento all'autonomia contrattuale della definizione di larga parte delle condizioni di svolgimento della prestazione, nell'ambito di un quadro legislativo "leggero", senza filtri né interventi promozionali della contrattazione collettiva».

E invero, indiscutibile risulta la centralità conferita all'autonomia privata individuale, cui è devoluta non soltanto la determinazione delle condizioni di svolgimento della prestazione, ma anche e soprattutto la definizione della disciplina dell'«esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni».

Sul punto, un interessante contributo ermeneutico è rinvenibile nella Direttiva n. 3/2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri (Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione), adottata ai sensi dell'art. 14, comma 3, l. n. 124/2015 (recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), nella quale si legge: «l'esercizio del potere di controllo sulla presenza in servizio della lavoratrice o del lavoratore agile potrebbe essere regolato nell'ambito dell'accordo individuale attraverso la previsione di fasce di reperibilità (...), allo scopo di assicurare il coordinamento tra la prestazione di lavoro con modalità di *smart working* e l'organizzazione complessiva del datore di lavoro».

Ben si coglie dunque come, nella prestazione di lavoro agile, il potere datoriale, quale «posizione attiva del rapporto giuridico», intrinsecamente unilaterale, incontri una limitazione per opera del medesimo accordo di lavoro agile, a beneficio dell'autonomia privata individuale, che risulta così investita di un ruolo assolutamente strategico nella definizione del perimetro di legittimità dei controlli.

A ciò si aggiunga che, come posto in luce in dottrina, la previsione in parola «potrebbe acquisire notevole importanza perché sulla base del diverso luogo di esecuzione della prestazione, l'autonomia individuale verrebbe ex lege abilitata a regolare istituti ordinariamente riservati all'autonomia collettiva, come la tipizzazione delle condotte disciplinarmente rilevanti».

Così, fermo il carattere imperativo e dunque inderogabile della disposizione di cui all'art. 4, St. lav., la regolamentazione pattizia assume un ruolo assolutamente centrale, tale da sollecitare una riflessione di più ampio respiro attorno al possibile ruolo ri-regolativo che l'autonomia privata individuale potrebbe costruttivamente giocare in un momento storico di possibile ri-concettualizzazione della materia.

La previsione di cui all'art. 21, l. n. 81/2017 offre cioè l'occasione per una riflessione, nell'ambito della quale «occorre indagare se questa regolazione autonoma, attraverso il contratto individuale, possa essere svolta non solo rispettando la dignità della persona, contro il rischio sempre presente che la libertà contrattuale, applicata alle relazioni individuali di lavoro, produca la riduzione di uno dei contraenti a mera risorsa economica funzionale al mercato e alla libertà di impresa; ma addirittura, in positivo, svolgere anche la funzione di strumento di affermazione delle libertà fondamentali (*capability*)».

L'accordo individuale, quale «atto di privata autonomia, indirizzata a uno scopo, che l'ordinamento giuridico reputa meritevole di tutela», può dunque essere concepito quale strumento «avente una valenza costruttiva e non de-regolativa»?

La questione è certamente aperta e non pare questa la sede per offrire risposte esaustive che richiederebbero un maggiore approfondimento.

Ad ogni buon conto, in termini generali, alla tesi secondo la quale dietro il «positivo recupero della volontà dei contraenti, si celi solo il volto della deregolazione e del ripristino del controllo del datore non solo sul corpo del lavoratore, come nell'era fordista, ma anche nel post-fordismo, sulla

mente, sulla psiche, sulle emozioni», pare preferibile quella di segno opposto, che sostiene «l'allargamento della visione riduttivamente corrispettiva, prevalente nei sistemi di civil law, del contratto di lavoro», sostenendo la sua natura di «strumento per l'affermazione positiva di libertà e diritti, personalizzati e individualizzati».

L'impatto senza precedenti originato dalla rivoluzione tecnologico-digitale in atto sui modelli produttivi, impone una complessiva opera di riflessione, multidisciplinare e interdisciplinare, nell'ambito della quale considerare la complessità propria dei cambiamenti globali.

Il lavoro ha profondamente cambiato il proprio profilo identitario, presentandosi oggi in una veste radicalmente differente rispetto a quella del passato: si assiste invero ad un'evoluzione organizzativa nella quale lo stesso rapporto di lavoro risulta totalmente orientato alla soddisfazione di necessità contingenti, secondo un modello "on-demand".

Al riguardo, il giuslavorista è chiamato ad interrogarsi circa la possibilità di applicare le categorie classiche del Diritto del lavoro a realtà innovative: la stessa nozione di subordinazione, caratteristica e tipica del lavoro, richiede di essere sottoposta ad attenta verifica, alla luce di tali nuovi fenomeni, che paiono contrassegnati dagli opposti concetti di autonomia e coordinamento.

Da ciò deriva dunque la necessità di attendere con cura ad un'opera di ripensamento degli strumenti di tutela di cui si compone il Diritto del lavoro, al fine di assicurare ad esso l'efficacia nel perseguimento degli obiettivi che storicamente contraddistinguono la materia medesima.

Nel compimento di tale improcrastinabile impresa di rielaborazione, il giuslavorista dovrebbe orientare il proprio agire alla visione ascarelliana del giurista, sforzandosi quindi di assomigliare «ad un ingegnere che edifica con i diversi materiali che gli offre il linguaggio (vale a dire con argomenti persuasivi di natura diversa) i ponti sui quali scorrono le comunicazioni tra diritto e società».

In tale scenario, si pone la sfida innovativa posta dal legislatore del 2017 con l'attribuzione all'autonomia privata individuale della regolamentazione delle modalità di esercizio del potere datoriale di controllo nel lavoro agile.

In ciò, ben si coglie la straordinaria carica di complessità che connota il Diritto del lavoro contemporaneo, in generale, quale «puzzle composto da tessere tra loro disomogenee, non sempre destinate a combaciare».

E del resto, «la diversa organizzazione del lavoro prevista attraverso lo *smart working* punta allo stesso proposito sottostante ai fenomeni di esternalizzazione, ponendosi in concorrenza con essi».

Così, alla luce delle esperienze in atto, risulta invero indispensabile lo sviluppo di un dibattito a più voci che, saldamente radicato in seno al Diritto del lavoro, sappia aprirsi al dialogo anche con altri ambiti scientifici (in primis, quelli più propriamente afferenti alla tecnologia).

E ciò anzitutto al fine di elaborare efficaci «misure di temperamento tra le esigenze dell'impresa (art. 41, comma 1, Cost.), che aspira tra l'altro a controllare il puntuale adempimento della prestazione con l'efficacia che l'evoluzione tecnologica consente, e il diritto alla riservatezza del lavoratore, espressione di diritti fondamentali della persona (art. 8 CEDU; Direttiva 1995/46 (c.d. Direttiva madre); artt. 2, 41, comma 2, Cost.)».

In definitiva, pare fondamentale introdurre anche la complessa materia dei controlli a distanza nell'alveo di una riflessione più sistematica che porti ad affrontare il tema di un indispensabile adeguamento culturale (e dunque anche, e in primo luogo, giuridico) alle novità tecnologiche introdotte dalla rivoluzione digitale in atto.

Dietro la questione del concreto atteggiarsi del potere di controllo nel lavoro agile, si cela invero un'intera generazione, quella dei cc.dd. ICT-based mobile workers, o "nomadi digitali", che pone con urgenza sfide nuove ad una materia che, nelle sue categorie classiche, può certamente rintracciare le basi per risposte esaustive.