



# Dal telework allo smartwork

## Destrutturazione del lavoro attraverso la flessibilità normativa multilivello

Roberto Spagnuolo

### Article info

#### Parole chiave

Flessibilità  
Smartwork  
Telelavoro

#### Keywords

Flexibility  
Smartwork  
Telework

#### Citazione

Spagnuolo R. (2017), Dal telework allo smartwork. Destrutturazione del lavoro attraverso la flessibilità normativa multilivello, *Sinapsi*, 7, n. 1, pp. 119-142

### Abstract

I rapidi progressi della telematica e il ritardo nell'applicare il telelavoro hanno reso necessari interventi normativi più incisivi a cavallo del nuovo secolo, sia a livello comunitario che italiano. In un contesto lavorativo che ricerca flessibilità organizzativa, in Italia la giurisprudenza ha evidenziato alcune difficoltà applicative degli istituti del rapporto subordinato; nuovi criteri negoziali hanno riorientato il controllo della parte datoriale, dalle energie lavorative al risultato finale; mentre, in termini di strumenti normativi, si tende ad un riequilibrio tra la legge e la contrattazione decentrata, territoriale, aziendale e individuale. Alcune fattispecie di telelavoro sono così fonte di maggiore impatto destrutturante del rapporto subordinato.

*Rapid advances in telematics and the delay in implementing teleworking need more effective regulatory action at the turn of the new century, both at Community and Italian level. In a work context that research organizational flexibility, in Italy the case law has highlighted some difficulties in applying the institutes of the relationship of subordination; new negotiating criteria have reoriented the control of the employers' side, from worker energy to the final result; while, in terms of regulatory instruments, there is a tendency to a balance between the law and decentralized, regional, corporate and individual bargaining so that some cases of teleworking are source of greater destructive impact of subordinate relationship.*

## 1. Destrutturazione dell'assetto di interessi regolamentati dalla normativa

Le attività e le procedure perfettamente riproducibili e controllabili a distanza non hanno creato difficoltà nella loro sussunzione all'interno delle fattispecie normate di rapporto di lavoro dipendente. Mentre invece alcuni tipi di rapporto di lavoro, per le loro modalità organizzative distanti da quelle post-fordiste - come il telelavoro mobile, o *mobile telework* -

*king*, e l'impresa virtuale (Di Nicola e Mingo 2010, Di Nicola 2002)<sup>1</sup>, o *virtual enterprice*, hanno stimolato la ricerca all'interno della relazione datore-lavoratore di un rapporto disciplinato in modo alternativo, attraverso un percorso negoziale più rispondente agli interessi di flessibilità lavorativa perseguita dalle parti. Anche le ordinarie organizzazioni del lavoro subordinato, una volta integrate con la telematica, hanno determinato una revisione pattizia della normativa di riferimento degli istituti organizzativi, seppure con diverse sfumature a seconda dei casi concreti.

La continua ricerca di competitività e flessibilità nelle modalità del lavoro ha favorito sperimentazioni che affidassero una maggiore autonomia esecutiva al dipendente. Con il tempo, è mutata la fisionomia stessa dell'organizzazione tradizionale d'impresa a favore dell'impresa a rete, dove l'imprenditore richiede ai dipendenti più autogestione e decentramento, delegando parte del proprio potere di controllo *in itinere* alla loro affidabilità e autoresponsabilità. In questi casi si può parlare di "disciplina flessibile" del tipo contrattuale, tuttavia non si ha una derogabilità assoluta della normativa del lavoro, ma un'attenuazione di poteri e controlli del datore di lavoro, al fine di adattare la normativa contrattuale all'organizzazione telematica (Santoro Passarelli 2009a).

L'applicazione del telelavoro comporta, comunque, una specializzazione del rapporto, per inserire nell'organizzazione datoriale il dipendente secondo le proprie precipue capacità e obiettivi lavorativi, oltre che per adeguare la postazione di lavoro telematica alle necessità dell'individuo; inoltre, l'evoluzione della tecnica e la relativa qualificazione delle prestazioni hanno diversificato il percorso delle professionalità ricercate sul mercato del lavoro, specie in attività dematerializzate, rispetto alla figura del lavoratore inquadrato in mansioni standardizzate ed omogenee, erodendo il confine tra le mansioni stesse all'interno della divisione verticale del lavoro. Nella figura 1 esposta in chiusura del presente articolo<sup>2</sup>, implica una graduale traslazione dall'origine di organizzazione e relative norme, seguendo sugli assi gli elementi oggetto di adeguamento all'organizzazione.

1 L'impresa virtuale può essere letta o come alleanza temporanea di imprese, giuridicamente indipendenti, che collaborano on line al fine di un progetto comune, o una impresa organizzata e coordinata essenzialmente mediante computer e tecnologie multimediali. Quest'ultima non ha un locale fisico in cui riceve i clienti, ma mette a loro disposizione canali di comunicazione telematici (*e-mail*, *chat*); i dipendenti non lavorano in ufficio ma telelavorano e le riunioni si svolgono in videoconferenza. In ultima analisi, essa esiste soltanto per raggiungere un preciso scopo produttivo, compiuto il quale l'organizzazione del lavoro virtuale si scioglie per riformarsi su un successivo progetto. Tale combinazione dinamica di fattori lavorativi costituisce il livello più alto di flessibilità organizzativa.

2 Si è cercato di esporre anche con una rappresentazione grafica la funzione di flessibilità organizzativa qui argomentata, dove i tre assi esprimerebbero i livelli di duttilità dei riferimenti strutturali del lavoro subordinato, come tempo rigido o meno (*y*), spazio fisso o meno (*x*), e il *quid* organizzativo omogeneo/standardizzato o meno (*z*); gli strumenti regolamentativi utilizzati rappresenterebbero una sorta d'isomorfismo normativo delle combinazioni organizzative scelte. Il *quid* organizzativo, espressione della libera iniziativa imprenditoriale, contiene, ad esempio, livello e tipo di controllo datoriale, mansioni e professionalità richieste, attitudini richieste, *intuitus* e affidamento, tipo di capitale fisico e tecnico ecc.. Si potrebbe così identificare nell'origine degli assi la forma più rigida di organizzazione (es.: orari fissati per ogni attività e pausa; sedi di lavoro uniche, controllo concentrato su procedure, mansioni facilmente sostituibili ecc.), espressione di combinazioni gestionali più omogenee e *standard* (*ex fordismo*), che trovano il proprio *alter ego* regolamentativo nelle leggi, principalmente, e nei CCNL. Allontanandosi dall'origine degli assi si cede rigidità e la variabilità *continua* della prassi organizzativa troverebbe riferimenti sempre meno idonei nella normativa primaria, cercando di conseguenza di negoziarne le disposizioni *discrete* con gli strumenti contrattuali a disposizione, se possibile.

A questo proposito, la stessa Corte di Cassazione ha contribuito all'apertura verso la mobilità orizzontale tra mansioni<sup>3</sup>, in contrapposizione al rigido inquadramento omogeneo, considerando legittima una clausola del contratto collettivo che introduceva meccanismi di mobilità necessari all'interoperabilità funzionale tra mansioni, ma sempre in presenza di contingenti esigenze aziendali. Così facendo, la Corte avviava un'argomentazione giuridica per giustificare una minore rigidità applicativa dell'art. 2103 c.c., onde definire l'equivalenza tra mansioni e sollecitando così l'emersione di un lavoratore più eterogeneo nelle competenze e di conseguenza più flessibile rispetto alle esigenze organizzative (Santoro Passarelli 2009a), delineando un profilo lavorativo più vicino ad una professione o ad un mestiere, tipici della divisione orizzontale del lavoro.

Occorre considerare, al riguardo, che la ricerca di flessibilità nell'organizzazione del lavoro di tipo subordinato è stata rivolta, negli ultimi decenni, principalmente a obiettivi di elasticità esterna del lavoro, attraverso la sostituzione dei lavoratori (c.d. flessibilità in uscita). Inoltre, l'applicazione da parte datoriale di schemi contrattuali alternativi sta portando alla modifica negoziale degli istituti del lavoro che con maggior difficoltà si adeguano ad una moderna organizzazione del lavoro. In questo contesto, il telelavoro ha introdotto un ulteriore elemento di flessibilità nelle mansioni attraverso la necessaria personalizzazione dell'attività svolta, negoziabile in modo indipendente sia dall'accordo nazionale, sia dalla norma di riferimento (art. 2103 c.c.).

I rapporti negoziali di telelavoro, in ragione di una loro autonoma e contingente esigenza gestionale rispetto alle norme imposte dal rapporto sottostante, si preoccupano di disciplinare un regime intermedio tra subordinazione e autonomia, comunque non qualificabile come *tertium genus*, in quanto ciò che si adatta all'organizzazione è la struttura interna della disciplina del rapporto di lavoro subordinato (controllo, orario, prestazione, ecc.) e non la normativa generale del rapporto medesimo (Santoro Passarelli 2009a). Si amplia, così, la possibilità di graduare in via negoziale, all'interno della subordinazione, i rapporti di potere e controllo: dalla norma generale (legislativa e contrattuale) sino all'accordo individuale. Gli istituti di organizzazione del lavoro si differenziano così al loro interno solo in funzione dei risultati da perseguire, i quali spaziano, in termini di modalità operative, da prodotti omogenei generati dalla mera esecuzione di attività ripetitive sino alla creazione di prodotti/servizi ad alto contenuto professionale. Le graduazioni nella regolazione trovano anche lavoratori disponibili ad accrescere la propria responsabilità sulla prestazione finale, con effetti sulla determinazione di gran parte della remunerazione di produttività. Emergono, così, fattispecie di lavoro subordinato con gli stessi effetti organizzativi dell'attività autonoma, ma senza le differenze in termini di tutela. Sale nel grafico citato il livello tridimensionale di flessibilità organizzativa, con orari più duttili, sede parzialmente derogabile, maggior controllo sui risultati ed un'applicazione mirata di Contratti Collettivi Nazionali Integrativi (CCNI), Contratti Collettivi Aziendali CCA e Contratti Individuali (CI).

Peraltro, a seguito del recepimento di alcune direttive UE sull'orario di lavoro, la legge già consente diverse deroghe alla norma primaria in tema di organizzazione, seppure condizionate dalle caratteristiche dell'attività esercitata<sup>4</sup>. Infatti, ricordando che l'orario di

<sup>3</sup> Cass., sez. un. civili, 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, I, 786; Cass., sez. lav., 5 aprile 2007, n. 8596, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce Lavoro (rapporto), n. 996, 458; v. pure G. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 207.

<sup>4</sup> L'UE ha contribuito a suo tempo alla flessibilizzazione dell'orario sollecitando il recepimento delle direttive 93/104/Ce e 2000/34/Ce, attraverso il D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (in particolare con art. 17, *Deroghe alla disci-*

lavoro nel rapporto di tipo subordinato è indipendente dal valore finale della prestazione (il valore è nell'energia lavorativa misurata dall'unità di tempo), a seguito del recepimento di tali direttive sono state modificate le disposizioni normative relative all'orario normale di lavoro, alla durata massima, al lavoro straordinario, al riposo giornaliero, alle pause e al lavoro notturno<sup>5</sup>, statuendo che "non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi" e, in particolare, "quando si tratta di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro"<sup>6</sup>.

Un ulteriore esempio di deroga parziale riguarda le regole di interruzione dell'attività lavorativa le cui norme<sup>7</sup> non si applicano ai lavoratori addetti ai sistemi denominati "portatili, ove essi non siano oggetto di utilizzazione prolungata in un posto di lavoro", disposizione rimasta in vigore sino a metà maggio del 2008<sup>8</sup>.

L'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004 ha fatto proprie tali norme derogatorie, disponendo espressamente all'art. 8 che "il telelavoratore gestisce l'organizzazione del proprio tempo di lavoro".

## 2. Telelavoro e contratto, tra subordinazione formale e autonomia di fatto: dalla trasformazione negoziale al consenso originario

La relazione che si instaura tra telelavoro e rapporto di tipo subordinato consente di raggruppare le attività lavorative in due grandi famiglie.

La prima famiglia prende in considerazione le tipicità esterne delle attività tradizionali, ad esempio il luogo di lavoro nella sede dell'impresa o il controllo datoriale durante l'attività tipicità negoziabili se la telematica è inserita nell'organizzazione in un secondo tempo; la seconda famiglia prefigura l'utilizzo del mezzo telematico non come effetto di negoziazione successiva alla sottoscrizione del rapporto, ma quale elemento costitutivo per la nascita della stessa attività lavorativa. Nel primo caso, l'attivazione dello strumento telematico avviene mediante la trasformazione negoziale del rapporto tradizionale, mentre nel secondo l'utilizzo della telematica è originario e imprescindibile dalla stessa esistenza dell'attività, contribuendo così a ridefinire le strutture organizzative tipiche del lavoro tradizionale.

*plina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale).* Si tratta di vere e proprie deroghe alla norma primaria, nonostante la possibilità di dispensa, il tutto deve comunque avvenire, "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori", richiamato nei commi 5 e 6 dell'art. 17, cioè sempre nel rispetto degli artt. 32 e 41 della Costituzione.

<sup>5</sup> Rispettivamente artt. 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 D. Lgs. n. 66/2003.

<sup>6</sup> Art. 17, c. 5, lett. d), D. Lgs. n. 66/2003.

<sup>7</sup> In genere stabilite dalla contrattazione ma, in mancanza, la legge stabilisce il diritto di pausa di 15 minuti ogni due ore di applicazione continuativa al videoterminale, già art. 54, c. 3, D. Lgs. n. 626/1994; decreto poi abrogato dal D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, la disposizione è riportata nell'art. 175, c. 3.

<sup>8</sup> Art. 50, c. 2, lett. d), D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, decreto abrogato dal D. Lgs. n. 81/2008 e articolo sostituito dall'art. 172, in vigore dal 15 maggio 2008, dove la voce "portatili" non è più esclusa dall'ambito di applicazione della norma.

Infatti, *de iure condito*, in caso di sottoscrizione di un contratto che non preveda da subito il telelavoro come modalità prevalente, è possibile per via negoziale trasformare il contratto stesso in modo che deroghi temporaneamente alla sede di lavoro iniziale<sup>9</sup>.

Sono ormai comuni le attività lavorative in cui il consenso iniziale in fase di sottoscrizione contrattuale prevede l'utilizzo di strumenti portatili come parte integrante della prestazione, a prescindere da luoghi e tempi (Pizzi in Santoro Passarelli 2009), come nei casi del *mobile telework* e dell'impresa virtuale. In queste circostanze, venendo meno i riferimenti organizzativi strutturali della normativa (ad esempio: la sede fissa, l'orario rigido e le procedure prestabilite dal datore), la valutazione della prestazione deve spostarsi su indicatori più tangibili per il datore di lavoro, come il risultato finale, piuttosto che rimanere ancorata a procedure, luoghi e tempi di lavoro. Di conseguenza, i diritti e gli obblighi delle stesse parti in causa legati a tali elementi potrebbero essere concordati caso per caso all'interno di ogni organizzazione, ma garantendo sempre una tutela minima generale.

Tuttavia, perché il consenso contrattuale sia concretamente funzionale alla gestione organizzativa e produttiva, i diversi livelli negoziali devono poter derogare le fonti normative superiori se relative alla medesima materia, fermi restando i diritti personalissimi e di rango costituzionale definiti da un ombrello di principi e linee guida (*soft law*). In questi casi, maggiore sarà il grado di autonomia d'esecuzione e d'integrazione organizzativa del telelavoratore, maggiore sarà il peso dello strumento normativo a lui più vicino; all'opposto, il telelavoratore che dovrà semplicemente replicare operatività definite nel dettaglio dal datore ne accetterà controlli e tempi di lavoro come fissati dalla legge e dai Contratti Collettivi Nazionali. I principi costituzionali e le linee guida rappresentano quindi il nostro limite grafico tridimensionale, entro cui è possibile rinegoziare le regole per la flessibilità. L'attenzione datoriale, per cadere sempre di più sul risultato della prestazione e sulla sua effettiva produttività, finirà per erodere, sino alla sua totale scomparsa, il potere di controllo diretto sulla procedura e sul tempo impiegato al terminale (Frediani 2002), eredità di epoca fordista.

### 3. Giurisprudenza sui punti critici tra disciplina del rapporto di lavoro e telelavoro

Anche la giurisprudenza ha dato atto di alcuni sintomi di difficoltà nell'applicazione al telelavoro della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. La nascita di fattispecie lavorative sempre meno sussumibili nel tipo subordinato ha comportato uno sforzo interpretativo dei giudici che, per risolvere l'ambiguità di alcuni rapporti, ha dato sempre più rilievo giuridico al rapporto emergente dalla realtà piuttosto che alla norma astratta. Tale

<sup>9</sup> CCNL in cui è prevista tale opzione: Aran, *Raccolta sistematica delle disposizioni contrattuali*: comparto regioni e autonomie locali art. 1, CCNL 14 settembre 2000; comparto Epne, art. 34 CCNL 14 febbraio 2001; comparto Ministeri, art. 24 CCNL integrativo 16 maggio 2001; comparto Scuola, capo XIII, CCNL normativo 2006-2009, 29 novembre 2007; comparto Università, art. 20, CCNL., 9 agosto 2000. Ciò comporta la replicazione e il trasferimento, mediato dalla telematica, d'istituti e tutele contrattuali da un luogo fisso (sede aziendale) a un altro luogo fisso (domicilio o *telecottage*). L'accordo negoziale può indicare tempi limitati di applicazione della nuova modalità, consentendo sempre in caso di necessità aziendali o di mancato rinnovo il ripristino della sede lavorativa originaria.

approccio ha recuperato il valore esegetico del metodo tipologico<sup>10</sup> quando, nell'interpretazione giurisprudenziale di una fattispecie lavorativa (Lepore 2009) di tipo autonomo nella forma, il dubbio di elusione delle norme nel rapporto subordinato venga confermato mediante una ricostruzione fattuale dei riferimenti strutturali del tipo ex art. 2094 c.c. (Caponetti 2009), quali il potere direttivo, il vincolo d'orario, la retribuzione a tempo, la rigorosa personalità della prestazione, la sede fissa di lavoro.

Applicando lo strumento esegetico *a contrario*, si potrebbe affermare che, partendo dalla formalizzazione di un rapporto subordinato, la verificata assenza di elementi portanti della subordinazione, come i poteri, i controlli, gli obblighi e i diritti del datore e del lavoratore, in quanto sostituiti con i più elastici *intuitus personae*, autonomia esecutiva del lavoratore e remunerazione in funzione del risultato, profilerebbe l'esistenza di un rapporto autonomo (ex art. 2222 c.c.).

Un primo esempio chiarificatore dei confini tra tipi e dei relativi limiti normativi si ha nell'attività giornalistica<sup>11</sup>, ove la subordinazione viene ravvisata, in termini di orario di lavoro, nella "permanente disponibilità del lavoratore ad eseguire le istruzioni del datore" e non nella necessaria e "quotidiana presenza" in redazione. La semplice disponibilità depone, quindi, per l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, indipendentemente dall'orario. Il giornalista, collegandosi con il *computer* alla redazione è, di fatto, stabilmente inserito nel processo informativo e lavorativo. La prestazione assume i connotati del "telelavoro" a domicilio di natura subordinata, pur utilizzando nel caso di specie *pc* portatili svincolati da un luogo fisso. Il controllo della prestazione verterà, quindi, sulla bontà del "pezzo" inviato telematicamente dal giornalista, ritenuto affidabile nel predisporre l'articolo in autonomia.

Una più significativa sentenza sui sintomi delle difficoltà applicative delle norme sul lavoro ha riguardato il caso di una postazione di telelavoro soppressa dal datore, con relativo licenziamento del dipendente (Gallo 2009). Nella fattispecie, con la giustificazione della necessaria presenza degli operatori in sede per ragioni organizzative di controllo costante del lavoro, era stato sostituito il *software* in uso del dipendente con un altro, che consentiva l'impiego di un numero minore di addetti e la conseguente eliminazione della relativa posizione lavorativa a distanza. Di conseguenza, l'uso del nuovo *software* permetteva il riutilizzo della stessa persona in altra attività, ma solo presso la sede aziendale. Tuttavia, la Corte ha stabilito che, una volta concordata la prestazione subordinata a distanza, non basta una semplice dichiarazione di soppressione e redistribuzione delle attività in altro luogo per legittimare il mutamento della sede di lavoro, specie se la natura dell'attività appare sostanzialmente immutata. Dunque, "l'elemento del luogo di svolgimento della prestazione non può essere considerato condizionante nell'ambito delle esigenze [...] alla base del potere organizzativo datoriale legittimante un eventuale trasferimento, proprio perché considerato neutro e non incidente sulla effettiva utilità della prestazione". Pertanto, se il luogo di lavoro non ha, nella sostanza, alcuna incidenza sull'utilità finale della prestazione, non è in alcun modo giustificata la modificazione della sede in cui il dipendente opera.

Il luogo di lavoro oggetto della contesa viene reso, così, indipendente dal valore e dal controllo della prestazione. Le ragioni del datore per l'esercizio dello *jus variandi*, sia tecniche

<sup>10</sup> Metodo che si basa su di un ragionamento di sintesi, un procedimento di approssimazione del caso concreto al tipo, senza la necessità che tutti gli elementi propri del tipo siano presenti ai fini del giudizio di qualificazione.

<sup>11</sup> Cass., sez. lav., 18 luglio 2006, n. 16379, in *De Iure Publica*.

(nuovo sistema informatico) che organizzative (esigenza di controllo costante del lavoro da parte del responsabile), non sono considerate decisive dal giudice, né per obbligare la presenza in sede, né per determinare l'impossibilità di reimpiego, proprio "a causa della modalità della prestazione" che ne svincola l'utilità dal luogo di lavoro utilizzato, inibendone la modifica.

Una prima conseguenza operativa sul rapporto subordinato della maggiore o minore autonomia del lavoratore nelle proprie scelte su procedure e sedi di lavoro fa sì che, in presenza di marcati caratteri di fungibilità (bassa professionalità), sarà maggiore il legame della remunerazione al tempo di lavoro (anche a distanza) e al relativo controllo sulla persona; al contrario, in caso di prestazioni infungibili (ad esempio: un pezzo giornalistico), il valore del risultato sarà legato soprattutto alla sua valutazione finale. In questo modo, la fungibilità della prestazione e il potere di controllo datoriale posto nell'esecuzione della stessa vengono surrogati dall'infungibilità dell'attività commissionata e dall'*intuitus personae*, tipici del rapporto di lavoro autonomo.

Come detto, il telelavoro non comporta la nascita di un contratto *ad hoc*, in quanto si tratta di una modalità lavorativa rientrante comunque nel tipo subordinato o autonomo (Miscione 2009). Ciò non toglie che la qualificazione delle attività di telelavoro possa avere aspetti complessi e, quando l'inquadramento giuridico risulti ambiguo rispetto al binomio autonomia-subordinazione, divengano utili i criteri adottati dalla giurisprudenza per verificare la presenza degli elementi giuridici strutturali di un determinato tipo di rapporto. A questo proposito, le difficoltà interpretative derivano dal fatto che gli stessi istituti del lavoro subordinato non trovano sempre piena attuazione in tutte le fattispecie di telelavoro (Mannacio 2009). In quelle più evolute, gli elementi fondanti l'organizzazione del lavoro debbono essere riconsiderati (Stanchi 2009) attraverso la funzione accomodante e individualizzante della contrattazione su più livelli. Non a caso, in conseguenza della dematerializzazione e della diffusione dell'*Information and communication technology (ICT)*, nel mercato del lavoro è in corso una graduale traslazione socio-economica dalla omogeneità delle attività, che consente una contrattualizzazione di massa dei lavoratori, alla specialità delle relazioni di impiego personalizzate (Solari e Riccò 2009).

## 4. Surrogazione dei poteri e del controllo

Per chiarire l'evoluzione dei poteri e dei controlli datoriali applicati al telelavoro è opportuno un richiamo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>12</sup>, la quale ha affermato che la natura del lavoro a domicilio, ovvero la sua qualificazione giuridica, si rileva sia dalla modalità di esecuzione, nel senso di escludere "concreti margini di discrezionalità", sia dall'oggetto della prestazione, se inteso solo "come energia lavorativa" e "non come risultato". Sebbene si evinca dal rispetto delle direttive dell'imprenditore la qualifica del rapporto come di tipo subordinato, tuttavia, se l'attività a domicilio avviene per via telematica, alcuni elementi discrezionali inerenti le modalità operative entrano nella disponibilità del lavoratore. Da ciò nasce la difficoltà datoriale di esercitare il controllo sull'operatività *in itinere* del dipendente, ragione per cui cresce la necessità di un maggiore affidamento sulla comprovata autoresponsabilità del lavoratore sulla prestazione finale, vista la difficoltà di vincolare un luogo di lavoro mobile alla utilità finale richiesta dal dato-

<sup>12</sup> Cass., sez. lav., 19 ottobre 2007, n. 21954, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce Lavoro (rapporto), n. 897.

re. Pertanto, i poteri e i controlli esercitabili in un rapporto subordinato di telelavoro sul luogo, sul tempo e sulle modalità di esecuzione della prestazione possono mutare nella forma e nella sostanza (Pizzi 2009), incidendo anche sulle stesse modalità di esercizio del potere direttivo rispetto all'attività lavorativa. Ad esempio, dal fatto che il collegamento telematico con l'impresa non sia continuo si evince l'eventuale assenza di un rigido orario di lavoro da rispettare. Il datore inevitabilmente sarà portato a spostare l'ottica sui risultati dell'attività svolta e la retribuzione potrebbe rimanere legata all'orario di lavoro solo per la parte soggetta a controllo diretto.

L'attenuarsi del potere direttivo<sup>13</sup> è comprovato dall'ulteriore circostanza per cui qualsiasi modifica della modalità telelavorata deve necessariamente essere accettata consensualmente, come avviene per il lavoro autonomo (Santoro Passarelli 2009b), limitando nei fatti l'attuabilità dello *jus variandi* datoriale.

Come detto in precedenza, anche nell'attribuzione di mansioni il datore può vedere limitato l'esercizio del proprio potere, quando il tele-dipendente può rifiutare la nuova assegnazione di sede, impugnando il relativo provvedimento, senza rischio di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in quanto non influente sulla prestazione pattuita in termini di "energie lavorative" (Gallo 2009).

Lo stesso potere disciplinare<sup>14</sup>, tipico del lavoro subordinato, che consente al datore di punire la violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà senza compromettere la continuità del rapporto di lavoro subordinato, può assumere una nuova veste proprio attraverso il concetto di diligenza contenuto nel potere disciplinare stesso. La diligenza abbinata all'autonomia esecutiva degli obblighi contrattuali diviene, infatti, misura della qualità e della quantità della prestazione finale (Santoro Passarelli 2009b). Il criterio attuativo della diligenza va ricercato nell'autoresponsabilità del lavoratore nel determinare il valore ultimo della prestazione secondo i requisiti qualitativi minimi concordati con il datore. L'autovalutazione diviene criterio di determinazione della prestazione, non in modo autoreferenziale, ma riconosciuto dal datore attraverso l'emersione dell'utilità finale misurata secondo parametri negoziati con il lavoratore. In questo modo, il legame tra le energie lavorative e il valore finale della prestazione viene gradualmente sostituito dai parametri di valutazione negoziati di volta in volta tra le parti.

Dal punto di vista della sicurezza e del controllo dell'attività, le difficoltà iniziali del telelavoro erano dovute anche alla *vexata quaestio* del collegamento telematico continuo tra dipendente e sede di lavoro. Tale collegamento si configurava all'interno di un controllo assoluto del datore, *contra legem* a norma dell'originario art. 4 dello Statuto dei lavoratori<sup>15</sup>. Anche se il riferimento storico di questa norma erano le riprese televisive piuttosto che i controlli per via telematica, le recenti modifiche normative ne hanno articolato diversamente l'antigiuridicità, ponendone l'applicabilità sotto una condizione di natura tecnico-funzionale. La modifica legislativa ha mirato ad adeguare la disciplina esistente all'evoluzione tecnologica, separando in due specie i controlli a distanza<sup>16</sup>. La prima riguarda l'originario controllo a distanza dei lavoratori, possibile solo previa autorizzazione

<sup>13</sup> C.c., artt. 2103 e 2104, c. 2.

<sup>14</sup> Il potere disciplinare ex 2106 c.c., proceduralizzato dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori (sanzioni disciplinari).

<sup>15</sup> L. n. 300/1970.

<sup>16</sup> Art. 4, L. n. 300/1970, come sostituito dall'art. 23, D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 151, a norma dell'art. 1, c. 4, l. 10 dicembre 2014, n. 183.



e motivato esclusivamente da esigenze di sicurezza, organizzative, produttive e di tutela del patrimonio aziendale. La seconda si riferisce al nuovo controllo tramite gli strumenti di lavoro (computer, *tablet*, *smartphone*, ecc); essa non prevede l'autorizzazione preventiva (come la precedente) essendo questa implicita nell'accettazione, da parte del dipendente, dell'uso di dispositivi per le proprie mansioni o per un determinato incarico; il tutto al solo fine di verificare abusi, ma sempre nel rispetto della *privacy*.

In questi casi spetta proprio alle parti contrattuali curare l'applicazione del controllo tramite un accordo, a tutela del dipendente (Fezzi 2009). Diviene così opportuno il decentramento della regolamentazione per conformare il controllo di ogni singolo caso alle disposizioni del nuovo art. 4.

Il controllo del datore investe anche la prestazione del lavoratore con il monitoraggio della sua attività, al fine di valutarne la rispondenza alle direttive. In questo caso, poiché la regolamentazione contrattuale prevede che occorra un consenso sindacale per confrontare la *performance* se i parametri di misurazione della prestazione non rispondono a valori medi e anonimi (Stanchi 2009), il confronto-controllo acquista un senso solo in un processo produttivo omogeneo e standardizzato nei risultati, dove la non corrispondenza del singolo ai parametri medi generali ha come diretta conseguenza l'abbassamento dell'utilità finale della prestazione.

Infine, l'utilizzo della modalità telematica incide sullo stesso controllo sulla persona che eroga la prestazione, in quanto, una volta aperto il collegamento via *pc*, non sembra esserci alternativa alla fiducia del datore nella correttezza del dipendente, cosicché l'affidamento riposto *ab origine* in colui che telelavora prende il posto del tradizionale controllo diretto sulla persona quando questa è presente in sede (Gallo 2009).

## 5. Dequalificazione giuridica del “tipo subordinato”

Come anticipato, per risolvere le questioni di disciplina applicabile nascenti dall'ambiguità tra la forma contrattuale adottata e il reale contenuto del rapporto (diritti ed obblighi), la giurisprudenza adotta un metodo particolare. Quando l'attività è al confine tra autonomia e subordinazione e vi sono chiari tentativi di elusione del tipo, essa ha elaborato alcuni indici fondamentali che consentono il riconoscimento degli istituti tipici del lavoro subordinato. Si tratta dei casi in cui il rapporto di lavoro si svolge al confine fra eterodirezione e autodirezione; fra orario fisso di lavoro e orario flessibile; tra sede di lavoro determinata e sede di lavoro indeterminabile e la questione giurisprudenziale riguarda la riconduzione del rapporto al tipo definito dall'art. 2094 c.c.

I criteri elaborati nascono dalla necessità di combattere fenomeni di raggio della subordinazione; tuttavia, in una rilettura applicativa *a contrario* essi offrono una interpretazione sperimentale della fattispecie di per sé subordinata nella forma, per verificare se un rapporto di lavoro così definito *ab origine* trovi la conferma nei fatti degli elementi costituenti il tipo, anche se l'attività è svolta per via telematica.

Nell'attività interpretativa gli indici principali utilizzati per dimostrare l'esistenza di un rapporto subordinato sono: la presenza del potere direttivo del datore (eterodirezione vs autodirezione); l'oggetto della prestazione di lavoro: se obbligazione di mezzi, intesi come “energie lavorative” (o *locatio operarum*) od obbligazione di risultato (o *locatio operis*); l'assunzione o meno del rischio d'impresa; l'inserimento del soggetto nell'organizzazione produttiva dell'impresa (Lepore 2009).

Il potere direttivo datoriale rappresenta un criterio necessario ma non sufficiente a classificare un rapporto come subordinato. Il potere può essere esercitato, infatti, con diversa intensità dal datore in ragione della posizione organizzativa ricoperta dal lavoratore e dal contenuto della prestazione professionale: crescendo il livello della posizione all'interno dell'organizzazione ed i contenuti professionali e tecnici della prestazione, tende a diminuire il potere: più rigoroso, in caso di prestazioni di lavoro a basso contenuto professionale (basso affidamento all'*intuitus personae*); molto più allentato in caso di prestazioni ad alto valore aggiunto (alto affidamento all'*intuitus personae*), sino alla sua effettiva assenza d'uso (nei casi di autodirezione). In queste situazioni, il potere direttivo rimane allo stadio potenziale.

Quanto all'oggetto della prestazione, per il lavoro subordinato esso è riposto nello svolgimento di un'attività (la prestazione di energie lavorative) mentre per il lavoro autonomo si trova nel risultato della stessa (ex 2222 c.c.); tuttavia, è importante sottolineare che la distinzione netta dell'oggetto della prestazione è stata sottoposta a revisione, come evidenziato anche nella giurisprudenza civile: "In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo"<sup>17</sup>. La stessa Cassazione civile richiama in tali circostanze l'importanza dei principi di buona fede per il corretto adempimento di una prestazione professionale. Specialmente nelle nuove professioni e concordemente alla giurisprudenza civile citata, è necessaria la presenza di entrambe le tipologie di obbligazione, seppur con peso variabile in base ad esigenze e modalità di esecuzione. Il telelavoro conseguentemente si adegua, così che, in alcune attività la modalità operativa può essere difficilmente controllabile durante lo svolgimento, a differenza del suo risultato che, anzi, va a costituire l'oggetto della prestazione stessa (ad esempio: il pezzo giornalistico, lo sviluppo o la modifica di un *software*).

La presenza della sola obbligazione di risultato escluderebbe il rapporto subordinato ma, se tale rapporto fosse stato formalizzato assieme all'obbligazione, come nella nostra ipotesi, la fungibilità giuridica tra le due tipologie di rapporto discenderebbe dalla sola intenzione delle parti, con una riserva sulla remunerazione che non potrebbe essere interamente legata al risultato come nel lavoro autonomo.

Nell'applicare *a contrario* anche l'indice di assunzione del rischio, è noto come nel lavoro subordinato questo gravi, in genere, sul datore, poiché il lavoratore riceve la retribuzione a prescindere dai costi di gestione dell'imprenditore; di contro, nel lavoro autonomo la prestazione può anche non essere ricompensata in quanto il rischio *operis* grava sul lavoratore. Tuttavia, anche in presenza di lavoro subordinato, può esserci una porzione di rischio gravante sul lavoratore, ma in una forma particolare, rappresentata dalla corresponsione in forma variabile di una parte della retribuzione secondo determinati livelli di qualità o quantità della prestazione, ma sempre nel rispetto dell'art. 36 della Costituzione.

<sup>17</sup> Cass., sez. un. civili, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455, sulla responsabilità medica, dove si afferma inoltre che: la "dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, spesso utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, [...] attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso [...], definiti accessori, ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, e ancorati a principi di buona fede, [...] indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio [...]".

Tale configurazione del rischio è normale in prestazioni professionalizzate, ma è presente, in modo marginale, anche nelle forme più semplici di telelavoro subordinato, come nei *call center* (Vitaletti 2012).

Il criterio giurisprudenziale inerente l'inserimento nell'organizzazione produttiva del datore di lavoro opera nel presupposto che fuori dell'organizzazione (cioè nel caso di lavoro autonomo) non potrebbe essere esercitato il potere direttivo; tuttavia, se la subordinazione fosse già sottoscritta e prevedesse anche un collegamento telematico del dipendente con la sede aziendale, lo stesso collegamento garantirebbe l'inserimento nell'organizzazione datoriale, affievolendo nel contempo il potere direttivo tipico. Quindi, se per la giurisprudenza il coordinamento strutturato tra spazio e tempo del lavoratore (sede fissa e orario rigido) nello svolgere l'attività è un indice di subordinazione, commutando i termini della questione si può dire che, in presenza di subordinazione, la volatilità dei riferimenti spazio-tempo della prestazione (sede mobile e orario non definito) può inficiare il pieno controllo *operarum*, a favore però del controllo *operis*, senza per questo escludere il dipendente dall'organizzazione dell'impresa.

Accanto agli indici fondamentali della subordinazione sono stati elaborati dalla giurisprudenza anche indici sussidiari (o accessori) di carattere extragiuridico. Più che altro si tratta di indizi (ex 2729 c.c.), che possono far presumere in modo grave, preciso e concordante la ricorrenza della subordinazione, ma solo in assenza degli indici fondamentali sopra descritti. Pertanto, il loro utilizzo è finalizzato alla prova dell'esistenza del rapporto subordinato qualora, nell'effettivo svolgimento del lavoro, siano assenti gli indicatori fondamentali, con particolare riferimento alla eterodirezione. La Corte di Cassazione ha precisato comunque l'imprescindibilità del loro utilizzo congiunto, ai fini della piena *probatio* del rapporto subordinato (Lepore 2009).

Gli indicatori sussidiari individuati dai giudici sono: l'assenza di rischio; la continuità della prestazione; l'osservanza di un orario di lavoro; la cadenza e la misura fissa della retribuzione; la localizzazione della prestazione; l'utilizzo dei mezzi produttivi del datore di lavoro; l'obbligo di giustificare le assenze, solo in caso di rischio sanzione disciplinare; il lavoro a turni, se non vi è libertà di scelta del turno da parte del lavoratore<sup>18</sup>.

Il fatto che l'elemento della continuità non sia necessariamente legato alla quotidianità della prestazione o alla presenza ininterrotta sul luogo di lavoro emerge dalla posizione della giurisprudenza secondo cui la continuità della prestazione si rileva in genere nella disponibilità del lavoratore (o dedizione funzionale), in quanto è il datore a decidere tempi e modi della prestazione. Tale disponibilità è comunque graduabile nel concreto. Infatti, nei rapporti subordinati in cui si utilizza il telelavoro mobile, il datore può delegare al lavoratore tempi e modi di svolgimento, anche interamente, avendo egli fissato solo un termine ultimo per la realizzazione finale, con o senza fasi intermedie di verifica.

Anche il rispetto di un orario di lavoro non è sufficiente a qualificare un rapporto come subordinato; d'altro canto, un rapporto subordinato in cui non si rispetti un orario fisso,

<sup>18</sup> Alcuni di essi come l'assenza del rischio e la localizzazione della prestazione, intesa come inserimento nell'organizzazione dell'impresa, rientrano anche tra gli indici fondamentali visti in precedenza. La giurisprudenza tuttavia, nell'attuare la qualificazione del rapporto attraverso gli indici, nei casi in cui si avvale soltanto del criterio della eterodirezione, degrada i due citati da fondamentali ad accessori. Diversamente accade quando i giudici operano una valutazione complessiva degli indici sintomatici, in tal caso tali elementi mantengono il rango di fondamentali.

presenta aspetti di autonomia nell'esecuzione insoliti per il tipo, ma oggi presenti specialmente nelle prestazioni per via telematica di servizi/prodotti specialistici o professionali. In relazione al luogo di esecuzione della prestazione di lavoro, nel lavoro autonomo esso non costituisce un elemento qualificante della fattispecie: il lavoratore autonomo è libero di eseguire la propria prestazione in qualsiasi luogo, in qualsiasi momento, secondo le modalità che meglio realizzano l'obbligazione assunta (di risultato), rientrando tutto nella sfera di autonomia che rappresenta l'essenza del tipo contrattuale; mentre, stante la subordinazione, la presenza di una sede mobile della prestazione (*mobile telework*) comporta pressioni destrutturanti sulla relativa cornice disciplinare strutturata per i luoghi fissi. Anche la giustificazione dell'assenza fisica prende un nuovo significato, vista la difficoltà di controllare la presenza quando il luogo e il tempo di lavoro mutano, confinando la definizione di assenza sempre più nella mancanza di pura disponibilità, a prescindere dai riferimenti organizzativi tradizionali di spazio e tempo, ma all'interno di quanto convenuto tra le parti in tale ambito.

Per quanto riguarda il turno e la sua scelta, esso è legato per definizione all'orario strutturato in maniera rigida, di cui si ricerca una maggiore elasticità d'uso all'interno dell'organizzazione. Il turno applicato nel telelavoro mobile può rientrare anch'esso nello *status* di mera disponibilità, assumendo caratteri ancor più duttili in termini di inizio e fine turno, al limite senza soluzione di continuità rispetto ad un rigido orario di lavoro formalmente sottoscritto.

Tra gli indici extragiuridici rientra anche la subordinazione socio-economica dovuta alla condizione di inferiorità del lavoratore rispetto al datore di lavoro (Lepore 2009). Il criterio mostra forti sintomi di debolezza in tutti i casi in cui gli elementi a favore del lavoratore derivino da un'alta specializzazione e/o professionalità o dal peso personale all'interno dell'organizzazione. La dipendenza socio-economica lascia il campo, in questi casi, a una interdipendenza economica delle parti, a tutto beneficio di una più equilibrata concertazione nella regolamentazione del rapporto, specie nella contrattazione individuale, compensando in parte la strutturale inferiorità del lavoratore dipendente. La dipendenza socio-economica può rappresentare un rischio per il lavoratore soprattutto nelle attività altamente fungibili, caratterizzate da bassa professionalizzazione e ripetitività. Dette attività perdono sempre più peso nella società dei servizi e dell'informazione, in cui è richiesta nelle attività lavorative una sempre maggiore professionalità, preparazione tecnica e disponibilità flessibile, come sottolineato anche dalla Commissione europea<sup>19</sup>.

## 6. Recupero del *nomen iuris* e del metodo tipologico

Laddove anche gli indici abbiano fallito nel qualificare i rapporti di lavoro che si trovano *in limine* tra subordinazione e autonomia, in ultima *ratio*, la giurisprudenza ha optato per il recupero del valore del *nomen iuris* concordato inizialmente dalle parti, quale criterio qualificante il tipo (Lepore 2009, 43).

Questi casi promiscui mettono in evidenza il limite dello stesso metodo di qualificazione del rapporto. Infatti, partendo dall'applicazione sperimentale degli indici *a contrario* nei riguardi di un rapporto subordinato telelavorato, la qualificazione giuridica dovrebbe confermarne la riconducibilità all'interno del tipo legale scelto. Tuttavia, proprio il criterio sot-

<sup>19</sup> Commissione europea, Analisi annuale della crescita 2012, Bruxelles, 23 novembre 2011 Com (2011) 815.

tostante applicato storicamente dalla giurisprudenza, il “metodo sussuntivo”, rappresenta il limite applicativo degli indici qualificatori nel confronto della fattispecie concreta con quella astratta prevista dalla legge, in quanto la sussunzione ritiene esistente la subordinazione solo in presenza di tutte le peculiarità del tipo legale indicate nell'art. 2094 c.c. Diversamente avviene, invece, quando si applica il “metodo tipologico” che prende a riferimento non il tipo legale ma il tipo normativo; esso si basa su di un ragionamento di sintesi, un procedimento di approssimazione del caso concreto al tipo, senza la necessità che tutti gli elementi propri del tipo siano presenti ai fini del giudizio di qualificazione. Attraverso il metodo tipologico si applica una qualificazione più pragmatica, più idonea a sollecitare l'interpretazione del caso singolo, più vicina in sostanza agli interessi realizzati in concreto, meno ancorata alla norma generale che definisce unitariamente il concetto di subordinazione.

L'affermarsi di tale metodo nell'interpretazione giurisprudenziale si riconduce ad alcune carenze della nozione di subordinazione espressa nel codice, ferma al modello normativo del lavoro tradizionale d'impresa e poco sensibile alle sfaccettature della realtà socio-economica, non suscumbibili in un numero chiuso di fattispecie organizzative. Una variante peculiare del metodo citato è rappresentata da quello “tipologico funzionale”, secondo cui la reale natura del rapporto è desumibile dall'analisi di uno o più indici della subordinazione, analisi correlata alle finalità del contratto di lavoro nella specifica ipotesi concreta e non alle procedure operative attuate per eseguire la prestazione (Lepore 2009, 44).

Pertanto, attraverso il metodo tipologico, si inseriscono nella fattispecie legale del lavoro subordinato (2094 c.c.) anche caratteri extragiuridici (specie socio-economici), con la conseguenza di estendere l'ambito applicativo delle tutele ai casi che non sono suscumbibili nella relativa fattispecie legale. Il diffondersi di forme di “lavoro a distanza informatico” (vale a dire del telelavoro) ha rappresentato proprio uno dei fatti che hanno imposto l'avvio di un dibattito sul tema della subordinazione e dell'idoneità di questa categoria a ricomprendere nel proprio ambito le nuove tipologie di lavoro.

Una volta accertato dai fatti l'evidenza del tipo di rapporto, vi è l'esigenza di una disciplina del lavoro che rifletta il particolare assetto degli interessi organizzativi.

Tale esigenza è stata già assecondata dal legislatore, ma solo attraverso puntuali deroghe alla disciplina dell'organizzazione, come nel caso della contrattazione di prossimità<sup>20</sup>, anche se riconosciute come eccezionali da parte della giurisprudenza costituzionale<sup>21</sup>. L'opportunità di rimodulare una parte delle garanzie è utile specialmente laddove consenta di non svilire l'esistenza stessa del rapporto di lavoro (Lepore 2009, 46).

## 7. L'assetto degli interessi nel telelavoro: diritto del telelavoro vs tele-diritto del lavoro

Il progresso tecnico continua a modificare in modo sempre più complesso la stratificazione sociale dei lavoratori generando nuove attività, nuove modalità produttive e nuove

<sup>20</sup> D.L. 13 agosto 2011, n. 138, art. 8, convertito con modificazioni dalla L. n. 148/2011.

<sup>21</sup> Come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza emessa in relazione alla contrattazione di prossimità (4 ottobre 2012, n. 221), che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, cc. 1, 2, e 2-bis, L. n. 148/2011: “le materie, nelle quali la contrattazione collettiva di prossimità è destinata a operare, appartengono alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati”.

professionalità. Il cambiamento culturale incide sulle tradizionali divisioni in classi e sulle relative identità collettive (Volpi 2010), tanto che le domande sociali sempre più frammentate e numerose difficilmente trovano una rappresentanza nei tradizionali schemi di aggregazione, sia legislativi che contrattuali.

Neanche il telelavoro si sottrae alle trasformazioni culturali in essere e lo dimostra attraverso la crescente indipendenza del lavoratore, espressa in termini di autonomia nell'esecuzione e autoresponsabilità sui risultati. Ciò comporta una sempre più netta distinzione tra contratti ordinari, in cui la modalità esecutiva telematica è attuabile mediante una modifica negoziale del rapporto, e nuovi contratti, in cui l'utilizzo telematico è previsto con l'originario consenso contrattuale.

Il datore, nel selezionare i candidati per un'attività telelavorata, accetta *ab origine* di perdere una parte del proprio controllo confidando nel maggiore valore finale della prestazione.

Tuttavia, la sostituzione tra "controllo datoriale" e "autoresponsabilità del dipendente" non può avvenire *ex lege* secondo criteri generali, poiché ogni forma di telelavoro va inquadrata in una specifica organizzazione e tale specializzazione può avvenire solo attraverso la mediazione dei rappresentanti sindacali e datoriali, con i diversi strumenti contrattuali a loro disposizione (nazionale, aziendale, individuale). La disciplina dell'organizzazione verrebbe così riadattata, partendo dai casi concreti, ma sempre all'interno di linee guida generali (*soft law*).

Attraverso i diversi livelli di negoziazione, potrebbe strutturarsi una disciplina in grado di delineare efficacemente le novità organizzative del mondo del lavoro. Il criterio guida per strutturare la disciplina organizzativa dovrebbe essere la collocazione del potere di deroga di alcuni istituti del lavoro subordinato, laddove la regolazione degli interessi risulti più soddisfacente alle parti, attraverso la destrutturazione annunciata dei contenuti giuridici dell'organizzazione, non negando ma costruendo una realtà normativa del rapporto subordinato che asseconi la realtà organizzativa in formazione. Nel contesto descritto, l'uso del metodo tipologico e la sua pragmatica esegesi dell'attività lavorativa, ponendo l'attenzione sull'effettività, anche funzionale, dei rapporti in essere, porta indirettamente ad un ampliamento della definizione legale della fattispecie tipica, eludendo le difficoltà di sussunzione delle nuove realtà organizzative.

Ogni stadio di contrattazione dovrebbe definire i propri spazi e limiti nella disciplina dell'organizzazione del lavoro, demandando ai livelli inferiori gli istituti negoziabili per una maggiore efficienza ed efficacia riguardo alla prestazione concordata. I criteri guida posti dalla UE, dalla Costituzione e dalla legge primaria definirebbero una cornice di valori e diritti personalissimi, indisponibili alle parti sociali, ma nel rispetto della sussidiarietà regolamentativa, opportuna nei casi concreti.

Poiché il lavoro subordinato è regolamentato all'interno di fattispecie predefinite di spazio-tempo (part-time verticale, part-time orizzontale, lavoro a tempo parziale; sede di lavoro in azienda o in un telecentro o a casa), più esse tendono a variare rendendo sempre meno individuabili i riferimenti utilizzati dalla norma, sino ad arrivare al limite alla pura disponibilità come nel telelavoro mobile, più tende a crescere l'indeterminatezza normativa nell'applicazione pratica e, di conseguenza, la telematica in questi casi viene utilizzata come sostituto della presenza fisica del datore di lavoro per i relativi controlli. Anche per questo il telelavoro sconta una limitata diffusione in ambiti tradizionali, in quanto è visto prima di tutto come un costo per l'organizzazione, sia finanziario per l'installazione delle infrastrutture di comunicazione, sia economico per la lunga e doverosa procedura di au-

torizzazione dell'accordo negoziale, da ripetere per ogni singolo progetto e sue relative modifiche.

La conseguenza per la disciplina dell'organizzazione del lavoro è che, nell'avviare la postazione di telelavoro di un dipendente a bassa qualifica e addetto ad un'attività ripetitiva, è sufficiente attuare quanto previsto dalla legge e dagli accordi nazionali di categoria; di contro, in presenza di un maggiore contenuto specialistico e professionale nella prestazione finale aumenta l'importanza negoziale di principi elastici come *l'intuitus*, la *bona fides* e la correttezza, in surroga dei diminuiti poteri datoriali e anche in vista di un eventuale contenzioso.

La graduazione nelle combinazioni contrattuali è nella pratica piuttosto estesa e in funzione delle attività, spaziando da un luogo di lavoro fisso, un tempo di lavoro rigido, modalità esecutive *standard* facilmente replicabili, bassa qualifica professionale e valutazione solo delle energie lavorative; sino ad arrivare all'assenza di un luogo fisso, assenza di orari predefiniti, modalità esecutive variabili secondo necessità e richieste (pertanto non programmabili), alta qualifica professionale e tecnica e valutazione soprattutto del risultato finale. Pertanto, la personalizzazione richiesta dal *telework* impone la scelta di strumenti contrattuali più o meno vicini all'origine del grafico, a causa rispettivamente di una minore o maggiore esigenza di flessibilità organizzativa.

Nell'assecondare, quindi, la flessibilità del lavoro nello spazio, nel tempo o nell'organizzazione del lavoro<sup>22</sup>, crescono inevitabilmente i casi in cui convivono due concetti in astratto contrastanti ma complementari nelle soluzioni reali: autonomia e subordinazione. In presenza di bassa autonomia esecutiva del lavoratore, vengono applicate le norme generali di condotta del lavoro; una volta spostata l'ottica sul risultato atteso dall'attività telelavorata, sarebbero le stesse parti in causa a definire i confini organizzativi entro cui applicare la disciplina primaria, lasciando alla contrattazione i dettagli su cui accomodare gli istituti del lavoro, nel rispetto del principio dispositivo indicato nelle linee guida della normativa nazionale ed europea (*soft law*).

In conclusione, nei rapporti di tipo subordinato si può parlare di *diritto del telelavoro* quando si è in presenza di accordi su istituti organizzativi negoziabili con la contrattazione di prossimità, attivata dove il livello di negoziazione è più efficace per gli interessi in gioco e ha, di conseguenza, il maggiore potere di deroga sulle norme superiori; mentre si applica il *tele-diritto del lavoro* quando la stessa norma che attribuisce il potere di deroga su determinate materie e finalità costituisce un *default* da applicare in assenza di una contrattazione di prossimità derogante.

La descritta tecnica di ricombinazione delle norme contrattuali dimostra la propria coerenza applicativa una volta abbinata al citato metodo tipologico; essa, infatti, è determinante per individuare la disciplina più idonea quando è necessario qualificare l'atto negoziale partendo da funzioni e finalità esistenti in concreto, difficilmente sussumibili in astrazioni del tipo contrattuale.

<sup>22</sup> Ad esempio: nella scelta delle modalità esecutive, nella presenza di una preparazione specialistica, nella capacità di autoformazione, nella scelta di come strutturare la remunerazione extra.

## 8. Tra effettività e norma nella prospettiva del telework e dello smartwork

La specializzazione del rapporto di telelavoro e le applicazioni giurisprudenziali del metodo tipologico hanno una comune chiave di lettura giuridica della realtà: l'effettività.

La stessa Corte costituzionale<sup>23</sup> ha recentemente rilevato l'importanza del legame tra effettività e rappresentatività sindacale all'interno di un rapporto di lavoro dove, in assenza di una *formale* unitarietà delle rappresentanze la Corte fa emergere, ai fini della contrattazione, il valore del *concreto* potere di tutela degli interessi rappresentati. Nella stessa occasione la Corte ricorda i mutamenti avvenuti nelle relazioni sindacali, caratterizzate ormai dalla rottura dell'unità di azione delle organizzazioni maggiormente rappresentative e dalla conclusione di contratti collettivi "separati", a testimonianza della segmentazione degli interessi dei lavoratori, tra loro non più omogenei. Per tale ragione passa in second'ordine il formale rispetto di prove convenzionali di rappresentanza, come l'essere "firmatarie di contratti collettivi", mentre di primaria importanza è la rappresentatività "nei fatti e nel consenso dei lavoratori", e un potere di qualificazione giuridica è attribuito alla concretezza della "effettiva partecipazione alle trattative". In assenza di prove convenzionali è l'effettività che legittima la rappresentanza nella contrattazione<sup>24</sup>.

Peraltro, cresce l'importanza per la giurisprudenza della "operazione ermeneutica preliminare" sulla "causa in concreto" del contratto. Intesa quest'ultima come funzione economico-individuale che garantisce liceità al risultato negoziale che nasce dall'"effettiva volontà delle parti"<sup>25</sup>; per cui anche i contratti tipici possono avere causa illecita o mancanza di causa. Tale approccio sancisce il distacco dall'astratta e statica sussunzione del negozio verso il dinamismo proprio della realtà effettiva, desunta dal fine ricercato in ogni rapporto individuale.

*De iure condendo.* Nell'evoluzione delle relazioni industriali, la derogabilità ha ispirato l'iniziativa di un disegno di legge, ancora *in fieri*, per un nuovo codice del lavoro semplificato<sup>26</sup>, che coinvolge lo stesso art. 39 della Costituzione, nella speranza di avallare una stipula di contratti collettivi con effetto *erga omnes*<sup>27</sup> ed una potenziale sussidiarietà applicativa. In particolare il disegno di legge (d.d.l.) dispone all'art. 1: "Il contratto collettivo stipulato dalla coalizione che abbia conseguito la maggioranza dei consensi nell'ultima consultazione in seno alla stessa azienda o unità produttiva [...] è efficace nei confronti di tutti i dipendenti dell'azienda medesima o di una sua unità produttiva, anche in deroga a contratti collettivi applicabili di livello superiore, o comunque a contratti stipulati da altre

<sup>23</sup> Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231, in *Foro it.*, 2013, I, 3041 (norme impugnate: art. 19, c. 1, lett. b, L. 20 maggio 1970, n. 300).

<sup>24</sup> In conclusione, la Corte dichiara quindi "l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, c. 1, lett. b), L. 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda".

<sup>25</sup> Ad esempio: Cass., sez. un. civili, sentenza del 28 giugno 2011, n. 14319, sulla natura del contratto di parcheggio.

<sup>26</sup> Atto Senato n. 986, Modifiche al libro V del codice civile in materia di attività e rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, autotutela e contrattazione collettiva (in sede referente il 16 dicembre 2013).

<sup>27</sup> Novellato art. 2071 c.c., c. 2, *ibidem*.



associazioni”; e ancora al c. 4: “Nel caso di contrasto fra più contratti collettivi stipulati da associazioni o coalizioni sindacali maggioritarie nei rispettivi ambiti, si applica quello stipulato al livello inferiore”. Il nuovo codice prevede inoltre<sup>28</sup> una sorta di complemento normativo dei diritti, tra contratto collettivo e contratto individuale, disponendo un potere di deroga in favore della disposizione contrattuale più favorevole al lavoratore<sup>29</sup>.

L’esigenza di dare ordine quanto prima alla disciplina in questione, in ragione anche della sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale, ha dato vita ad un secondo d.d.l.<sup>30</sup>, anticipatore della novella dell’art. 2071 c.c. sul principio dell’autonomia collettiva: il d.d.l. attribuisce il potere di regolare i rapporti di lavoro con efficacia diretta in capo a tutti gli appartenenti a una determinata categoria, definita dal contratto. Come precisato nello stesso d.d.l., tale regola vale solo per la contrattazione di livello inferiore, per quella nazionale occorre preliminarmente una modifica dell’articolo 39 della Costituzione. Lo strumento legislativo punta sulla tutela dell’accordo collettivo, laddove sottoscritto, “limitandosi a dettare una disciplina applicabile per *default* in tutti gli altri casi; disciplina che ha comunque carattere recessivo rispetto all’eventuale disciplina collettiva sopravvenuta”.

Una iniziativa legislativa di rilievo riguarda la novità del mondo del lavoro: lo *smart working*. Esso rappresenta attualmente la specie organizzativa più avanzata in termini di flessibilità e tecnologia di comunicazione, affine al *teleworking* più avanzato e oggetto di un progetto di legge presentato all’inizio del 2014 e approvato definitivamente, dopo diversi passaggi, il 10 maggio 2017<sup>31</sup>. Il suo presupposto è la possibilità di lasciare ai dipendenti la libertà di lavorare dove e quando ritengano più opportuno. Nelle fattispecie attuabili, da una parte decadrebbero *ex lege* i vincoli di spazio e tempo a favore della flessibilità organizzativa e a vantaggio del lavoratore; dall’altra parte ne guadagnerebbe l’azienda in termini di produttività e minori costi fissi. Gli stessi firmatari del progetto di legge originario non nascondono l’importanza del necessario e stringente patto tra dipendente e impresa, basato molto più sulla fiducia reciproca e sulla valutazione del risultato finale, confermato anche dalle diverse analisi dell’osservatorio sullo *smart working*<sup>32</sup> che, in ulti-

<sup>28</sup> Novella dell’art. 2075 c.c.: “Efficacia del contratto collettivo sul rapporto individuale”.

<sup>29</sup> In particolare dispone che: “Il contratto collettivo e il contratto individuale stabiliscono se e sotto quali condizioni si determini assorbimento fra trattamenti della stessa natura oggetto di pattuizione in entrambi i contratti. Nel caso di concorso di disposizioni fra loro contrastanti prevale quella più favorevole al lavoratore o collaboratore”.

<sup>30</sup> Atto Senato n. 993, Disposizioni in materia di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e contrattazione collettiva, art. 2 (in sede referente il 20 settembre 2013).

<sup>31</sup> Tale nuova specie organizzativa è definita come “prestazione di lavoro subordinato [...] al di fuori dei locali aziendali, per un orario medio annuale inferiore al 50 per cento dell’orario di lavoro normale, se non diversamente pattuito; [...] lavoro da remoto (*smart working*), diverse dal telelavoro di cui all’Accordo quadro europeo del 16 luglio 2002 recepito dall’Accordo interconfederale del 9 giugno 2004”; Atto Camera (A.C.) 2014, *Norme finalizzate alla promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro*, (in sede referente il 16 aprile 2014). Il progetto di legge è stato esaminato e rinviato nel 2015 il 4 e 11 novembre e, infine, l’1 dicembre. In quest’ultima data è stato abbinato all’atto A.C. 3120, presentato il 15 maggio 2015, *Disposizioni concernenti la flessibilità dell’orario di lavoro, la cessione delle ferie per fini di solidarietà e l’istituzione della banca delle ore*. Entrambi gli atti sono stati assorbiti dall’A.C. 4135, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*, approvato alla Camera con modifiche il 9 marzo 2017, approvato definitivamente al Senato il 10 maggio 2017 (S.2233-B), infine L. n.81/2017.

<sup>32</sup> School of management del Politecnico di Milano - Osservatorio sullo smart working, La diffusione e i benefici dello smart working in Italia, report 17 febbraio 2014; Smart working: scopriamo le carte, Convegno ed. 2015; (Smart) Work in progress!, Convegno 12 ottobre 2016.

mo, afferma come il 2016 sia stato un anno di svolta per lo *smart working* in Italia; tuttavia, in merito non sono mancati i *caveat*: “Le organizzazioni devono però evitare l’errore di farsi trascinare dall’effetto moda, introducendo un cambiamento solo superficiale, senza cogliere l’opportunità di ripensare profondamente cultura e modelli organizzativi per liberare nuove energie dalle persone. Fare davvero *smart working*, cioè, è un percorso lungo e profondo di continua evoluzione. Significa andare oltre l’introduzione di singoli strumenti e creare un’organizzazione orientata ai risultati, fondata su fiducia, responsabilizzazione, flessibilità e collaborazione”; e ancora, “un progetto di *smart working* dovrebbe agire su più leve – flessibilità di luogo, flessibilità di orario, riorganizzazione degli spazi e creazione di un sistema di *performance management* per obiettivi”<sup>33</sup>. Rappresenta, anche nel nostro grafico, il punto più alto di flessibilità del lavoro subordinato, in parte autonomo, raggiungibile solo con opportuni Contratti individuali.

Nonostante l’evoluzione organizzativa presenti diversi progetti di *smartwork* nelle imprese, la legge 10 dicembre 2014, n. 183<sup>34</sup>, con le sue deleghe legislative sul lavoro, rivolge solo un timido sguardo riformatore alla contrattazione aziendale<sup>35</sup>, evidenziando la difficoltà del legislatore nel definire uno strumento idoneo a gestire la flessibilità delle mansioni<sup>36</sup> e dei tempi di lavoro e di vita, senza nocumento per la tutela, la professionalità e la retribuzione del lavoratore. Altre deleghe legislative sono raccolte nella L. 7 agosto

<sup>33</sup> La Direttiva generale per l’azione amministrativa 2016, emanata dal Presidente della Corte dei conti il 22.04.2016, nel presentare come la Corte nell’organizzazione del lavoro si stia indirizzando verso la sperimentazione di “nuove concezioni e logiche di prestazione dell’attività lavorativa”, riporta come obiettivo cui tendere proprio lo *smart working*, rammentando al riguardo come sia necessario “il ripensamento e superamento dei tradizionali vincoli legati a luoghi e orari”, in cui è riconosciuta al personale “maggiore autonomia nel definire - in modo concordato - le modalità della prestazione lavorativa”, ma “a fronte di una rafforzata responsabilizzazione sui risultati.”

<sup>34</sup> *Deleghe al governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.*

<sup>35</sup> Il D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, *Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, in attuazione dell’art. 1, cc. 8 e 9, L. 10 dicembre 2014, n. 183, prevede all’art. 25, c. 1, la destinazione nel triennio 2016-2018, in via sperimentale di “una quota pari al 10 per cento delle risorse del fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello”, e ancora al c. 2, “ulteriori azioni e modalità di intervento in materia di conciliazione tra vita professionale e vita privata, anche attraverso l’adozione di linee guida e modelli finalizzati a favorire la stipula di contratti collettivi aziendali”.

<sup>36</sup> In questa direzione procede la legge per riorganizzare la pubblica amministrazione (7 agosto 2015, n. 124, art. 11, c. 1, lett. i) che delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in tema di dirigenza pubblica anche in deroga all’art. 2103 c.c. per i dirigenti, e D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni*, su delega dell’art. 1, c. 7, L. n. 183/2014. Infatti, l’art. 3 “Disciplina delle mansioni”, novellando l’art. 2103 c.c., contribuisce a rendere più malleabile il riposizionamento del lavoratore all’interno dell’organizzazione del lavoro, laddove viene previsto che il lavoratore possa essere assegnato a qualunque mansione del livello di inquadramento, così com’è previsto nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (art. 52 D. Lgs. n. 165/2001), purché rientranti nella medesima categoria e non più soltanto a mansioni “equivalenti”, a mansioni, cioè, che implicano l’utilizzo della medesima professionalità. Viene altresì prevista la possibilità di accordi individuali, “in sede protetta”, tra datore di lavoro e lavoratore che possano prevedere la modifica anche del livello di inquadramento e della retribuzione al fine della conservazione dell’occupazione, dell’acquisizione di una diversa professionalità o del miglioramento delle condizioni di vita, finalità peraltro già utilizzate come presupposto per l’attuazione del telelavoro sino ad oggi.

2015, n. 124, di riforma della pubblica amministrazione<sup>37</sup> ed hanno l'obiettivo dichiarato di attuare il telelavoro, anche in forme sperimentali, al fine di tutelare le cure parentali e per testare nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa, al fine di estenderne la pratica, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti; viene inoltre ribadito che l'adozione di tali misure organizzative come obiettivi costituisce oggetto di valutazione della *performance* organizzativa e individuale all'interno delle amministrazioni pubbliche, le quali dovranno monitorarne l'impatto sull'efficacia e sull'efficienza della propria azione.

Le stesse leggi di Stabilità 2016<sup>38</sup> e di Bilancio 2017<sup>39</sup>, che ne innalzano i tetti, hanno previsto incentivi economici alla contrattazione decentrata, sia pure solo per il settore privato, e il decreto interministeriale sottoscritto per disciplinare l'erogazione dei premi di risultato, firmato il 25 marzo 2016, inserisce i servizi di *welfare* aziendale tra i possibili benefici (educazione e istruzione per i figli, assistenza per anziani ecc.), aprendo alla integrazione sostanziale tra vita lavorativa e famiglia. Inoltre, il decreto citato incentiva la rimodulazione decentrata (aziendale o territoriale) dell'orario di lavoro non straordinario, per riorganizzare l'attività al fine di migliorare prodotti e processi, sino all'attuazione, per un periodo congruo, di un vero e proprio lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto subordinato, anche grazie ad un maggior coinvolgimento dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro.

Attuare il telelavoro, o lo *smart working*, per un numero minimo di personale pubblico, è ormai divenuto elemento di valutazione della *performance* individuale dei dirigenti e di tutta la pubblica amministrazione<sup>40</sup>. Tuttavia, nello slancio riformista lo stesso legislatore è tornato sui suoi passi rispetto al testo originario del progetto di legge, in cui si ambiva ad estendere la novità ad almeno il 20 per cento dei dipendenti pubblici.

Il presupposto per una buona riuscita del progetto risiede anche nell'infrastruttura tecnologica e nella formazione telematica e manageriale effettuata ad ogni livello, opportunamente abbinate ad un'adeguata disciplina dell'organizzazione<sup>41</sup>. Si tratta di elementi portanti per la riforma della pubblica amministrazione, la quale si prefigge un dichiarato fine multiplo come: "partecipazione con modalità telematiche ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche"; semplificazione dei "processi decisionali"; "acquisire ed esaminare gli interessi coinvolti"; "riduzione del divario digitale sviluppando le competenze digitali di base"; "semplificazione dei lavori della conferenza di servizi, anche attraverso la previsione dell'obbligo di convocazione e di svolgimento della stessa con strumenti informatici".

<sup>37</sup> *Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, L. 7 agosto 2015, n. 124, art. 14, *Promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche* (attuativo delega dell'art. 1, cc. 8 e 9, L. n. 183/2014). Per i datori di lavoro privati, il recente D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, attuativo della medesima delega, all'art. 23 dispone che se, per esigenze di conciliazione vita-lavoro, utilizzano il telelavoro nell'organizzazione, vi è la possibilità di escludere i telelavoratori "dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti", anche con l'intento di estendere l'area comune d'interesse applicativo.

<sup>38</sup> L. n. 208 del 28 dicembre 2015, art. 1, cc. 182-191.

<sup>39</sup> L. di Bilancio n. 232 dell'11 dicembre 2016, art.1, cc. 160-162, in tema di premio di produttività e *welfare* aziendale.

<sup>40</sup> Art. 9, comma 7, D.L. 179/2012, c.c.m con L. 221/2012; art. 14, comma 1, legge 124/2015.

<sup>41</sup> Per un approfondimento economico, organizzativo ed ambientale, vedi pure, Atti del Convegno su *Telelavoro&-smart-working nel pubblico impiego*, CUG Corte dei conti e Cadit, Roma, 2 dicembre 2015, <http://convegno-telelavoro.org>.

## 9. Conclusioni

Il “telelavoro” si conferma come modalità lavorativa dai risvolti pluridisciplinari, che identifica realtà tecniche e organizzative differenti, al punto che, ad oggi, manca di una definizione univoca.

Il presupposto della conoscenza della telematica e lo sviluppo di strumenti sempre più performanti nell'elaborare i dati hanno comportato la nascita di nuovi servizi in rete e di nuove professioni tecniche, ampliando rapidamente le fattispecie di telelavoro<sup>42</sup> e lo stesso lavoro informatizzato ha assunto un significato più esteso (Lucafò 2007, 33), sino alla completa ridefinizione del rapporto con la fattispecie dello *smartwork*.

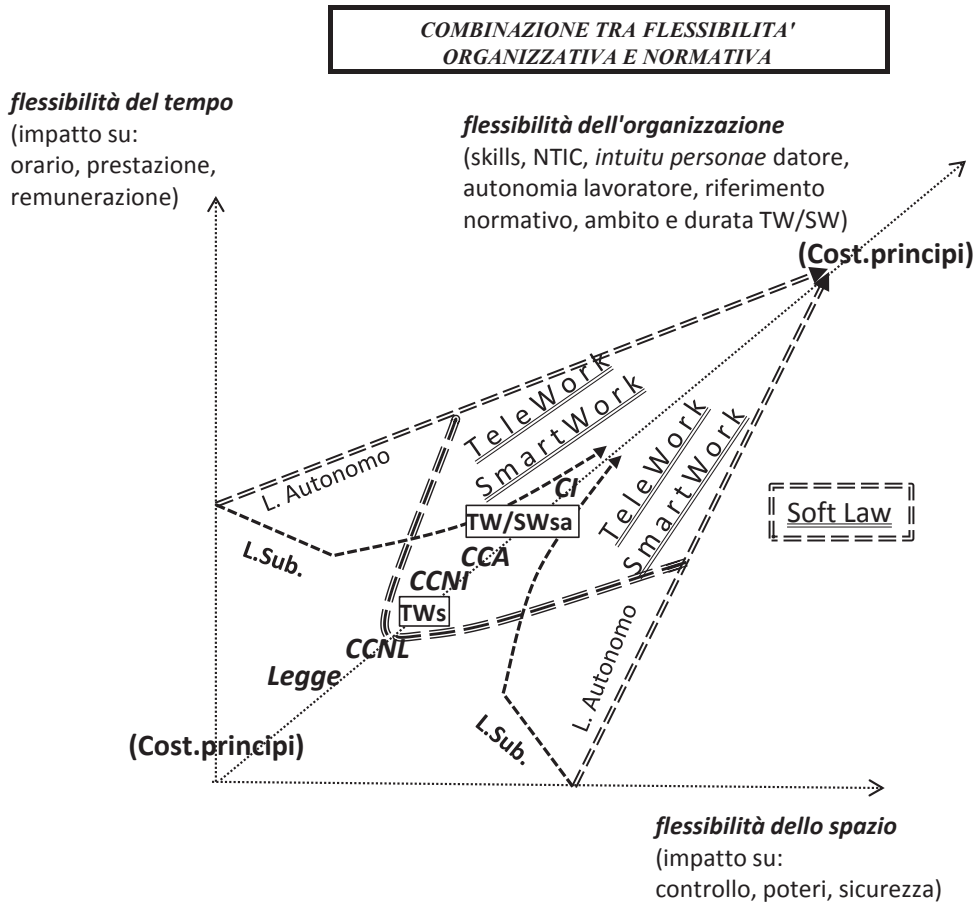
Il ritardo in Italia della sua affermazione, confermato dai raffronti con gli altri Paesi UE, è dovuto a fattori concomitanti che ne hanno caratterizzato il contesto di sviluppo. A tal proposito possono essere richiamati l'assenza di programmi condivisi e incentivanti da parte del decisore politico; il ritardo nella diffusione della banda larga e conseguente difficoltà di attuazione dell'Agenda digitale; l'incompleta dematerializzazione delle attività, in particolare nella pubblica amministrazione; la scarsa educazione digitale dei cittadini prima e dei lavoratori pubblici poi; i criteri manageriali, specie nel pubblico impiego, legati ancora a un modello organizzativo di tipo gerarchico-omogeneo (mansioni) piuttosto che cooperativo-eterogeneo (professioni) e, infine, i limiti derivanti da una regolamentazione non adeguata all'evoluzione organizzativa.

Per auspicare una concreta riuscita delle riforme che sia d'impulso all'organizzazione del lavoro, la regolamentazione dovrebbe dare maggior enfasi alla qualificazione giuridica del fatto, delegando a garanzia sussidiaria il precetto astratto della norma. Lo strumento della contrattazione decentrata recupererebbe una natura più consona agli interessi che si propone di tutelare, anche in ambiti ancora non convenzionali come il *welfare* negoziato e lo *smartwork*.

Un indirizzo giuridico tangibile per la disciplina dell'organizzazione del lavoro è già affiorato dall'accresciuto valore giuridico dell'effettività rispetto all'astrattezza normativa, emerso sia dalla citata sentenza della Corte costituzionale, contro l'esclusione di rappresentanze reali, sia dall'importanza preliminare della causa in concreto, contro la sussunzione di cause legittime ma illecite, sia dalla crescente applicazione giurisprudenziale del metodo tipologico, contro l'elusione normativa del rapporto subordinato, e sia, infine, dalla rivalutazione del peso giuridico della contrattazione di prossimità, contro l'erosione normativa del rapporto dipendente quando abbinato al telelavoro.

<sup>42</sup> Sviluppatori software, consulenti di servizi per l'impresa, gestori database, tablet, pc portatili, reti mobili ad alta velocità ecc. Telelavoratori mobili principalmente.

**Figura 1 - Combinazione tra flessibilità organizzativa e normativa**



- L.S.: Lavoro Subordinato
- TW/SW: TeleWork/SmartWork
- Lavoro Autonomo

esempi di posizionamento del TeleWork (TW) o SmartWork (SW) subordinato (s) e misto (sa):

**TWs** = domestico, ufficio satellite, call center

**TW/SWsa** = mobile, impresa virtuale, servizi avanzati on line

## Bibliografia

- Atto Camera n. 4135 (AS 2233-B), Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, approvato definitivamente al Senato il 10 maggio 2017
- Atto Senato n. 993, Disposizioni in materia di rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e contrattazione collettiva (in sede referente, 20 settembre 2013)
- Atto Senato n. 986, Modifiche al libro V del codice civile in materia di attività e rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, autotutela e contrattazione collettiva (in sede referente, 16 dicembre 2013)
- Caponetti S. (2009), Il consenso e la volontarietà nel rapporto di telelavoro, *Lavoro e previdenza oggi*, n. 6, p. 743
- Cass., sez. lav., 5 aprile 2007, n. 8596, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce "Lavoro (rapporto)", n. 996, 458
- Cass., sez. un. civili, sentenza del 28 giugno 2011, n. 14319, sulla natura del contratto di parcheggio
- Cass., sez. lav., 18 luglio 2006, n. 16379, in *De Iure Publica*
- Cass., sez. un. civili, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455
- Cass., sez. un. civili, 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, I, 786
- Cass., sez. lav., 19 ottobre 2007, n. 21954, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce "Lavoro (rapporto)", n. 897
- Cod. civ., artt. 2103, 2104, c. 2, 2106, 2222
- Commissione europea, Analisi annuale della crescita 2012, Bruxelles, 23 novembre 2011 Com (2011) 815
- Corte cost., Sentenza emessa in relazione alla contrattazione di prossimità (4 ottobre 2012, n. 221)
- Corte cost., 23 luglio 2013, n. 231, in *Foro it.*, I, 3041
- Corte conti, Direttiva generale per l'azione amministrativa 2016, emanata dal Presidente il 22.04.2016
- Corte conti (Cug) e Cadit (2015), Atti del Convegno Telelavoro&smart-working nel pubblico impiego (2015), Roma, 2 dicembre, <<http://convegno-telelavoro.org>>
- Di Nicola P. (a cura di), (2002), *Corso avanzato di Sociologia dell'organizzazione*, Roma, La Sapienza, <[www.telelavoro.rassegna.it](http://www.telelavoro.rassegna.it)>
- D. Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, *Attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 97/42/CEE e 1999/38/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro*
- D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*
- D. Lgs. 8 aprile 2003, n. 66, *Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*
- D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007 n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*
- D.L. 18 ottobre 2012, n.179, c.c.m con legge 17 dicembre 2012, n.221, Art. 9, comma 7, *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*
- D.L.13 agosto 2011, n. 138, art. 8, convertito con modificazioni dalla legge n. 148/2011, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*

- D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 80, *Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*
- D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni*
- Di Nicola P., Mingo I. (2010), *E-Society. Strumenti e percorsi di analisi della società in rete*, Roma, Ediesse
- Fezzi M. (2009), Diritti sindacali, controllo del remote worker e contrattazione collettiva, *Lav. giur.*, 669
- Frediani M. (2002), Telelavoro ed accordo quadro europeo, *Lav. giur.*, n. 11
- Gallo A. (2009), Prova della sopravvenuta inutilizzabilità del telelavoro ai fini del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il commento a sentenza del Tribunale di Roma, Sez. lav., 8 gennaio 2009, *Lav. giur.*, n. 6, pp. 609-614
- L. 10 dicembre 2014, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*
- L. 7 agosto 2015, n. 124, art. 14, comma 1, *Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*
- L. 11 dicembre 2016, n. 232, art.1, cc. 160-162, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*
- L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, cc. 182-191, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*
- L. 20 maggio 1970, n. 300, art.4, *Statuto dei Lavoratori*
- L. 18 dicembre 1973, n. 877, *Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio*
- L. 22 maggio 2017, n.81, *Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*
- Lepore A. (2009), Gli indici giurisprudenziali di identificazione della fattispecie lavoro subordinato, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Torino, Utet, p. 33
- Lucafò F. (2007), *Il rapporto di telelavoro: regole giuridiche e prassi contrattuali*, Milano, Giuffrè
- Mannacio G. (2009), Dal telelavoro al remote working. I lineamenti del problema, Le implicazioni giuridiche, *Lav. giur.*, 655
- Miscione M. (2009), Il lavoro a distanza è già attuale, *Lav. giur.*, 2009, 653
- Pizzi P. (2009), Il telelavoro, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Torino, Utet, 201
- Santoro Passarelli G. (2009), Competitività e flessibilità del rapporto di lavoro, *Riv. it. dir. lav.*, 201
- Santoro Passarelli G. (2009), Il lavoro subordinato. L'identificazione della fattispecie, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Torino, Utet, 11
- School of management del Politecnico di Milano (2016), Osservatorio sullo smart working, La diffusione e i benefici dello smart working in Italia, report 17 febbraio 2014; *"Smart working: scopriamo le carte"*, Convegno ed. 2015; *"(Smart) Work in progress!"*, Convegno 12 ottobre 2016
- Solari L., Riccò R. (2009), La responsabilità sociale d'azienda e le scelte organizzative suggerite dalle nuove tecnologie, *Lav. giur.*, n. 681

- Stanchi A. (2009), Il controllo dell'adempimento della prestazione lavorativa, la data privacy e la responsabilità organizzativa dell'impresa, La natura funzionale di ogni definizione, *Lav. giur.*, n. 671
- Vitaletti M. (2012), La retribuzione nei call center, in AA.VV., *Il lavoro nei call center. Profili giuridici*, Napoli, Jovene, p. 119
- Volpi M. (2010), *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato*, Torino, Giappichelli, p. 52



Corte dei conti  
roberto.spagnuolo@  
corteconti.it

## Roberto Spagnuolo

Laureato in economia (1997) e legge (2013), per dieci anni è consulente gestionale. Dopo il concorso per economisti, dal 2008 è alla Corte dei conti. Lavora sul Rendiconto generale dello Stato e sul Referto sul costo del lavoro pubblico, dove è membro del nucleo tecnico. Nel 2017 entra nel CUG. Ha praticato il telelavoro e ne ha studiato impatti occupazionali e limiti normativi. Ha collaborato a convegni su *telework* e *smartwork*, alla Corte dei conti e all'Università E-Campus. Segue previdenza, lavoro e telematica.