

INDICE

1. Il telelavoro come fattispecie nuova nella sentenza della C. Cost. n.164 del 2000.....pag. 2
 2. Quadro normativo e definizione di telelavoro.....pag. 12
 3. Tutela giurisdizionale del telelavoratore e dipendenza d'azienda nella giurisprudenza della Cassazione.....pag. 38
 4. Controllo a distanza e tutela della libertà morale.....
 5. Telelavoro e sicurezza.....
 6. L'orario di (tele)lavoro.....
 7. Il telelavoro fra autonomia e subordinazione.....
- Bibliografia.....

Capitolo I

Il telelavoro come fattispecie nuova: corte cost. n°164 del 1999.

Negli ultimi decenni il mondo del lavoro ha visto mutare profondamente sia le relazioni fra le parti sociali, sia l'organizzazione della produzione: quest'ultima è passata dal modello tayloriano¹ della fabbrica produttrice di beni materiali al modello del cosiddetto "terziario avanzato" caratterizzato dalla massiccia produzione di servizi, in particolar modo di servizi dall'elevato valore aggiunto in termini di know-how, come quelli legati all'informazione e alla comunicazione². Il merito di questa evoluzione è dovuto soprattutto ai progressi nel campo dell'informatica allo sviluppo delle tecnologie di telecomunicazione che, combinati insieme (come reso evidente dall'uso corrente

¹ Cinzia Ciaccia, in <http://www.societaitalianatelelavoro.it/telelavoro/telelavoro.php> : "L'organizzazione del lavoro attuale trovò il suo assetto circa un secolo fa, grazie ai due ingegneri americani Taylor e Ford, che razionalizzarono il processo produttivo introducendo la catena di montaggio, con tutto ciò che ne è conseguito: separazione del tempo e del luogo di lavoro dalla casa, rigidità degli orari, concentrazione dei lavoratori all'interno di un'unità produttiva (officine e uffici). Questo tipo di organizzazione del lavoro rispondeva perfettamente alle esigenze e caratteristiche della produzione industriale: gli impianti di grandi dimensioni, nocivi, rumorosi non possono essere dislocati a domicilio, le materie prime utilizzate sono ingombranti, il flusso di produzione richiede che le persone lavorino una accanto all'altra."

² Si fa riferimento, naturalmente, all'occidente industrializzato, anche se realtà come i call center dell'India a cui si rivolgono, inconsapevoli, i consumatori statunitensi, ci fanno capire che anche Paesi che hanno appena iniziato la fase della industrializzazione possono essere partecipi dei mutamenti strutturali delle economie occidentali.

dell'acronimo ICT³), hanno permesso agli individui di annullare, o quantomeno ridurre notevolmente, i tempi e le distanze nei processi di lavoro e alle imprese di esternalizzare⁴ porzioni sempre più rilevanti del processo produttivo. Ciò è stato facilitato proprio dal mutare dell'oggetto della produzione: nel momento in cui si è passati dal produrre un bene materiale all'erogare un servizio prevalentemente immateriale, la necessità della contemporanea presenza fisica del lavoratore e del destinatario della prestazione (sia esso l'azienda o il cliente finale) è venuta scemando sempre più⁵. Si è progressivamente delineato quel fenomeno di delocalizzazione dell'attività produttiva denominato "telelavoro", laddove il prefisso <<tele>> sta ad indicare due cose distinte ma al contempo fondamentali per la sua identificazione, e cioè sia la

³ Information and Communication Technologies

⁴ G. Giugni, *Presentazione*, in L. Gaeta-P. Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998

⁵ Cinzia Ciaccia, in <http://www.societaitalianatelelavoro.it/telelavoro/telelavoro.php> : "Nella società attuale, in cui la maggior parte delle persone lavora con il cervello e la materia prima che trattano è costituita da informazioni elaborate tramite computer e trasferibili ovunque in tempo reale, è del tutto superfluo recarsi quotidianamente in ufficio per fare quello che si potrebbe fare a casa o in altri luoghi. Sarebbe infatti possibile per la stragrande maggioranza di lavoratori, evitare spostamenti faticosi e stressanti, convivenze forzate con i loro capi e colleghi, semplicemente trasferendo a casa le pratiche da sbrigare o servendosi delle tecnologie dell'informazione che consentono di lavorare nella propria casa, nel proprio quartiere, in qualsiasi luogo preferiscano, mantenendosi in stretto contatto con l'azienda. I vantaggi sarebbero immensi: maggiore autonomia e tempo libero, maggiore tempo dedicato alla famiglia, ai rapporti sociali, alla vita di quartiere, minore inquinamento e migliore vivibilità delle città".

semplice distanza fisica del lavoratore dall'azienda che lo svolgimento della prestazione attraverso uno strumento telematico⁶. L'argomento è di estrema attualità, come ha avuto modo di affermare un illustre giuslavorista recentemente scomparso: *"Parlare di telelavoro è opportuno non perché il tema sia di moda ma anche perché esso descrive, più che uno scenario futuro, un fenomeno attuale, che è già qui, che anzi si predispone ad essere una caratteristica costante e di rilevanza crescente nella fenomenologia della produzione, in quella che definirei una prospettiva palingenetica del lavoro. A differenza di un suo lontano parente, spesso richiamato perché rivela qualche somiglianza, e cioè il lavoro a domicilio- un fenomeno che ha seguito tutta la storia dello sviluppo della produzione industriale e post-industriale-, il telelavoro è destinato invece a rivestire un'importanza crescente, come mostrano le grandi tendenze mondiali dell'organizzazione del lavoro."*⁷

Che il telelavoro sia un fenomeno nuovo rispetto quelli regolati dal nostro ordinamento lo si intuisce facilmente, anche se il dato non è pacifico visto che viene spesso confuso con il lavoro a domicilio⁸ oppure viene degradato a "una forma di prestazione d'opera che, benché svolta al di fuori dei tradizionali confini aziendali, non

⁶ L. Gaeta, *La qualificazione del rapporto*, in L. Gaeta-P. Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, p.2.

⁷ M. D'Antona...

⁸ D. De Masi, *Il telelavoro nella società post-industriale*, in G. Scarpitti-D. Zingarelli, *Il telelavoro, teorie e applicazioni*, Milano Angeli 1996.

implica una trasformazione dei vigenti rapporti di lavoro”(è questa l’opinione ritrovata nel sito web dell’ I.N.P.S.)⁹.

Fortunatamente la giurisprudenza costituzionale ci offre un valido sostegno argomentativo a favore della configurazione del telelavoro come fattispecie nuova nel panorama dei rapporti di lavoro: una ordinanza della Corte Costituzionale, la n° 164 del 1999, è intervenuta in via incidentale sul tema nell’ambito di una censura di costituzionalità riguardante la normativa che prevede l’introduzione del part-time nelle pubbliche amministrazioni. La Corte ha analizzato la normativa entrata in vigore in data posteriore alle ordinanze di rimessione al fine di ordinare la restituzione degli atti al giudice a quo dandogli una indicazione ben precisa: “*si palesa, pertanto, indispensabile il riesame, a cura dei giudici a quibus, della rilevanza delle questioni alla luce delle modificazioni normative sopravvenute*”. Queste modificazioni sopravvenute riguardano, fra l’altro, l’introduzione del telelavoro nella P.A.: infatti si legge nell’ordinanza:

“che, in data posteriore a tutte le ordinanze di rimessione, sono entrati in vigore: l’art. 31, comma 41, della legge n. 448 del 1998, secondo il quale <<per quanto riguarda il lavoro a tempo parziale la contrattazione collettiva può individuare particolari modalità applicative, anche prevedendo una riduzione delle percentuali previste per la generalità dei casi e l’esclusione di determinate figure professionali che siano ritenute particolarmente necessarie per la funzionalità dei

⁹ Consultabile in <http://www.inps.it/Doc/Professionista/Telelavoro/telelav.htm>

*servizi>>; l’art. 4, della legge 16 giugno 1998, n. 191 che, allo scopo di garantire l’impiego flessibile delle risorse umane, ha previsto che le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di forme di lavoro a distanza (cd. telelavoro); che siffatte disposizioni, sopravvenute alle ordinanze di rimessione, hanno ridefinito la disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale, hanno introdotto **nuovi tipi di rapporti di lavoro** alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e **nuovi schemi organizzativi**, sicché hanno innovato il complessivo quadro normativo di riferimento;”¹⁰.*

Sebbene sul punto la formulazione non sia molto felice perché non si capisce bene se l’art. 4, della legge 16 giugno 1998, n. 191, introducendo “forme di lavoro a distanza” nelle pubbliche amministrazioni¹¹ abbia configurato il telelavoro come un **nuovo tipo di rapporto di lavoro** oppure come un **nuovo schema organizzativo** (in prima approssimazione sembra preferibile considerare il telelavoro come un *nuovo schema organizzativo* se, come vedremo nel prosieguo, il telelavoro si presta a essere utilizzato in vari tipi di rapporti di lavoro, quali il lavoro subordinato, le collaborazioni a progetto, il lavoro autonomo, il part-time, il job sharing, ecc.) l’ordinanza ha sostanzialmente ribadito ciò che la dottrina maggioritaria ha sempre sostenuto: il telelavoro è sicuramente una fattispecie nuova nel panorama dei rapporti di lavoro, e come tale pone all’interprete la faticosa

¹⁰ consultabile in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>

¹¹ consultabile in http://www.funzionepubblica.it/telelavoro/info/norm_01.htm

domanda “quid iuris?”, quale diritto regola questa nuova fattispecie?

La risposta è meno facile di quanto si pensi, perché sebbene il nostro ordinamento conosca una puntuale regolamentazione del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni¹², tuttavia la stessa appare inidonea a dare delle risposte sul telelavoro nel settore che più di tutti necessita di una regolamentazione, e cioè quello dell'impiego privato, e ciò per due ordini di ragioni, entrambe rinvenibili nell'art.12 delle Disposizioni preliminari al codice civile (norma fondamentale per colmare le lacune normative):

- o se guardiamo all'intenzione del legislatore (art.12 c.1 delle preleggi) così come rinviene dall'art. 2 del DPR 8 marzo 1999, n.70, quando “*si definisce per "telelavoro" la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29*” è evidente come sia stato previsto un campo di applicazione del

¹² consultabile in http://www.funzionepubblica.it/telelavoro/info/main_norm.htm e comprendente:

- la legge 16 giugno 1998, n. 191 - "Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n.127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica".

- il DPR 8 marzo 1999, n.70 - "Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell'art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n.191".

- l'atto di indirizzo all'ARAN per la disciplina mediante accordi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale ai sensi dell'art. 36 D.LGS. n.29 del 1993.

- Accordo quadro nazionale sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, in attuazione delle disposizioni contenute nell'art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191.

regolamento ben preciso, e cioè quello dei rapporti di lavoro del pubblico impiego. Interpretazione, questa, ben confermata dalla presentazione di disegni di legge, nella presente¹³ come nella passata legislatura¹⁴, riguardanti la regolamentazione del telelavoro nel settore privato, segno indiscutibile, questo, della volontà del legislatore di tenere ben distinti e diversamente disciplinati il telelavoro pubblico e il telelavoro privato

- o il secondo comma dell'art. 12 delle preleggi rinvia l'interprete ai *casi simili o materie analoghe...se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione*: ebbene, anche a non tener conto della considerazione di cui al punto precedente, le disposizioni sul telelavoro nel pubblico impiego non permettono una applicazione analogica delle stesse a tutti i settori dell'impiego privato perché la fattispecie assunta come base per l'applicazione della normativa è quella del rapporto di lavoro dipendente (art. 2 del DPR 8 marzo 1999, n.70 “*...la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente...*”) mentre il settore privato conosce tutta una serie di fattispecie che vanno dalla collaborazione a progetto all'affitto di manodopera finendo nel campo del lavoro autonomo, e che quindi non possono essere considerati “casi simili o materie analoghe”.

¹³ Consultabile in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=14&id=7988>

¹⁴Consultabile in <http://www.telelavoro.rassegna.it/>

All'interprete non rimane che rivolgere lo sguardo all'apparato normativo predisposto dall'ordinamento per il rapporto di lavoro "classico" (modellato sul prototipo del lavoro industriale) e cercare di applicarlo analogicamente al telelavoro. Un' avvertenza è d'obbligo: laddove non è possibile l'analogia, a causa delle differenze strutturali e ambientali fra il telelavoro e il lavoro di tipo tradizionale, bisogna ricorrere ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (art.12 comma 2 delle preleggi) per colmare il vuoto normativo; questi principi fondamentali sono rappresentati, per quel che riguarda il mondo del lavoro, dalle norme della Costituzione che hanno rimpiazzato i principi liberali e corporativi del codice civile con istanze di solidarietà sociale e uguaglianza sostanziale.

Ma la forza delle norme costituzionali va oltre il riempimento delle lacune: esse fungono da limite alla legislazione ordinaria e a maggior ragione all'interpretazione estensiva della stessa (Cass. n.7489/2000 ha applicato le norme sul foro competente al lavoratore a distanza argomentando proprio dalla necessità di interpretare le stesse in conformità all'art.3 della carta costituzionale).

La difficoltà di questo lavoro di adattamento delle norme è testimoniato dalla scarsa attenzione della dottrina sul tema del telelavoro perché, come ha detto un autorevole giuslavorista¹⁵ *“Questa resistenza culturale... deriva presumibilmente dal timore*

¹⁵ G. Giugni, *Presentazione*, in L. Gaeta-P.Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998

*di legittimare una forma di prestazione che, al di là delle notevoli potenzialità sul versante socio-organizzativo, appare in grado di destrutturare le tradizionali categorie su cui si è retta finora la nozione di lavoro subordinato*¹⁶”.

Il compito dell'interprete è reso apparentemente più facile dalla emanazione di una serie di leggi e decreti legislativi che hanno disciplinato alcuni aspetti del telelavoro : l'orario di lavoro¹⁷, l'inserimento lavorativo dei disabili¹⁸, i congedi parentali e i finanziamenti a favore della flessibilità¹⁹, la tutela della privacy²⁰. Si è detto “apparentemente” perché la normativa in questione è disorganica, episodica, e spesso contraddittoria, come si avrà modo di dimostrare in seguito.

Ma non solo: le difficoltà per l'interprete sono aggravate dal fatto che il legislatore non si è preoccupato di definire normativamente cosa sia il telelavoro nel campo privatistico, il che appare ancor più

¹⁶ “Disancorato da una dimensione spaziale determinata (il luogo di lavoro di pertinenza del datore) e da una estensione temporale predefinita (l'orario di lavoro), il telelavoro costituisce una vera e propria rivoluzione copernicana per un diritto del lavoro che è nato e si è sviluppato facendo leva su tali categorie.” G. Giugni, cit.

¹⁷ Decreto Legislativo 8 aprile 2003 n.66, “Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro”, art.17 comma 5.

¹⁸Vedi la legge 12 marzo 1999, n. 68, “Norme per il diritto al lavoro dei disabili” art.4 e 13 , nonché la legge 9 gennaio 2004, n. 4 “Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici” art.4.

¹⁹ Vedi la legge 8 marzo 2000, n.53, “Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”, art.9 e la circolare del ministero del lavoro e delle Politiche Sociali

²⁰ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n.196, “Codice in materia di protezione dei dati personali”, art.115.

grave se si pensa ai finanziamenti che lo Stato ha messo a disposizione delle aziende per favorire il diffondersi del telelavoro . Viene da pensare che, più che di una dimenticanza, si tratti di una scelta dettata dalla obbiettiva difficoltà di definire un fenomeno che deve la sua fluidità al fatto di essere inscindibilmente legato alle nuove tecnologie e alla quotidiana evoluzione delle stesse. Tuttavia non è da trascurare un'altra ipotesi: la reticenza legislativa può essere stata dettata dalla volontà politica di non mettere i legacci a un fenomeno che stenta ancora a decollare se si fa il paragone con gli altri Paesi europei.

Si può solo sperare che le grandi imprese non abbiano influito politicamente su questa scelta di non definire il telelavoro, magari perché preoccupate di veder frustrate le loro strategie gestionali sempre più improntate alla esternalizzazione dei processi produttivi mediante l'uso delle nuove tecnologie.

Capitolo II

Quadro normativo e definizione di telelavoro.

Prima di definire il telelavoro dal punto di vista giuridico bisogna partire dai dati della realtà empirica e analizzare il fenomeno dal punto di vista fattuale.

Il concetto di telelavoro nasce nel 1973, coniato da Jack Nilles, esperto di missilistica e progettista della NASA. È interessante scoprire dalle sue stesse parole come nasce l'idea e il termine di telelavoro²¹: *“Ho coniato il termine telelavoro circa 23 anni fa. Prima di cominciare ad occuparmi di questo campo ero un esperto di missilistica: progettavo veicoli spaziali per la NASA e per il settore militare degli Stati Uniti e avrei voluto adattare tutta questa tecnologia al mondo reale, il mondo in cui si vive e si lavora. Un giorno un urbanista mi disse: ”voi che mandate l'uomo sulla luna non potete fare qualcosa per il traffico?”. Fu così che cominciai a pensarci. In effetti, se consideravo come si viveva vedevo che ci si comportava un po' come se si fosse stati ancora nel pieno della rivoluzione industriale, cioè dovendo andare a lavorare in fabbrica ogni giorno. Ma sempre più spesso la fabbrica era una fabbrica informatica in cui venivano spostate informazioni invece che dadi, bulloni e parti da assemblare come in una linea di produzione di massa.*

²¹ Il brano dell'intervista concessa alla trasmissione “Mediamente” e relativa alla presentazione del libro *Esperienze di telelavoro*, è consultabile al sito internet : <http://www.mediamente.rai.it/mmold/english/bibliote/intervis/n/nilles.htm>

Nel 1973 sono partiti i primi esperimenti negli Stati Uniti e abbiamo scoperto che l'idea di sostituire le telecomunicazioni ai trasporti funzionava".

Dal lontano 1973 il telelavoro si è evoluto sia dal punto di vista tecnologico che da quello sociologico, diventando sempre più interattivo e partecipativo. La diffusione del fenomeno ha subito un'accelerazione grazie all'avvento della rete globale denominata "internet" e oggi si contano circa 6 milioni di telelavoratori in Europa, localizzati prevalentemente nelle regioni settentrionali del continente (soprattutto nei Paesi scandinavi, forse a causa delle condizioni climatiche che non favoriscono gli spostamenti casa-lavoro).

La dottrina ha cercato di creare delle categorie, delle classificazioni, per dare una sistemazione concettuale a un fenomeno che si presenta estremamente variegato a causa delle molteplici forme che può assumere a seconda del tipo di collegamento telematico utilizzato, del luogo di svolgimento della prestazione e del vincolo subordinazione che si realizza fra datore e telelavoratore.

Dal punto di vista del collegamento fra il telelavoratore e l'azienda/committente la letteratura giuridica distingue tre tipologie di telelavoro:

- TELELAVORO OFF-LINE. In tal caso, la prestazione può svolgersi anche col solo ausilio di un elaboratore e di un modem/fax, senza un contatto diretto con il datore di lavoro e, quindi, senza una interazione virtuale con il sistema organizzativo dell'azienda di riferimento. Il telelavoratore

può utilizzare software di supporto alla sua prestazione più o meno sofisticati, ma la fase finale del trasferimento dei dati all'azienda di riferimento avviene attraverso metodi tradizionali: per posta, attraverso la consegna di floppy disk o inviando files via modem.

- TELELAVORO ONE WAY. Rientra in tale tipologia la prestazione di telelavoro svolta con interazione unilaterale, identificata dal collegamento del telelavoratore ad un sistema di rete ed al computer madre dell'azienda. In tal caso l'hardware consente solo la trasmissione dei dati ma non la ricezione: non è previsto il trasferimento delle informazione dall'azienda al telelavoratore.
- TELELAVORO ON LINE O INTERATTIVO. Infine, il telelavoro può essere caratterizzato dal continuo scambio di informazioni e direttive impartite dal datore di lavoro, recepite dal telelavoratore grazie all'ausilio di un elaboratore collegato in rete con il computer-madre dell'ente di appartenenza. In questa tipologia di telelavoro, al contrario di quelle precedenti, sono possibili la direzione e il controllo effettuati in tempo reale ed in modo interattivo. Questa modalità è quella più significativa ed, infatti, è in fase di espansione grazie soprattutto alla evoluzione rapida della telematica e dell'informatica.

La categoria che appare meno convincente è quella del telelavoro off-line: quello che manca alla fattispecie è la immediatezza degli effetti della prestazione lavorativa nella sfera dell'organizzazione

aziendale e la possibilità di controllo datoriale in tempo reale che invece si riscontrano nelle altre due ipotesi²² e che permette di distinguere il telelavoro dalla fattispecie del lavoro a domicilio. Quest'ultimo è infatti caratterizzato dall'assenza di un collegamento col datore di lavoro in fase di esecuzione della prestazione e dalla possibilità di un controllo solo *ex post* sui manufatti (o *mentefatti*, come ribattezzati dalla dottrina relativamente a prestazioni di lavoro a domicilio di carattere intellettuale).

Inoltre lo stesso uso del prefisso “tele”, nel linguaggio comune²³, identifica un tipo di collegamento che non prevede un distacco temporale fra l'invio della comunicazione e la ricezione della stessa; il telelavoro off line attua invece una cesura comunicazionale, perciò non può essere incluso fra le fattispecie di telelavoro propriamente dette²⁴.

Una precisazione è d'obbligo riguardo: la teleprestazione si caratterizza, sotto il profilo qualitativo, per il collegamento tra chi effettua il telelavoro e l'organizzazione aziendale nel cui interesse viene svolto, sicché riguarda non solo l'ipotesi più evidente, nella

²² Anche nel telelavoro one way è possibile infatti il controllo datoriale che si attua attraverso il monitoraggio del server a cui è connesso il telelavoratore.

²³ Come insegna la dottrina obbiettivistica che da sempre dà preminenza al significato sociale nella interpretazione delle fattispecie negoziali.

²⁴ A riprova di un tale significato da attribuire al prefisso “tele” si può fare un parallelismo con uno dei termini più diffusi nel linguaggio comune, la *televisione*: noi tutti percepiamo la differenza fra un tipo di comunicazione visiva a distanza e istantanea (*tele-visione*), caratterizzata dalla immediatezza della comunicazione fra l'antenna trasmittente e l'antenna ricevente di casa, e la visione di una videocassetta che altro non è se non la memorizzazione di una comunicazione effettuata nel passato e che viene comunemente denominata *video-riproduzione*.

quale il risultato della teleprestazione ha come destinatario diretto l'azienda, ma anche il caso in cui essa è offerta, per conto dell'azienda, a terzi clienti (anche in questa ipotesi, infatti il telelavoratore deve comunque far affluire dei dati alla struttura committente)²⁵. Esempi in tal senso sono le prestazioni di telelavoro svolte nell'ambito di servizi di call center, di help desk, di desktop management, tutti servizi alla clientela prestati da lavoratori su ordine dell'azienda committente

Una seconda classificazione è stata operata dalla dottrina in base al luogo di svolgimento della prestazione: sotto questo profilo, il telelavoro può presentare svariatissime modalità, a dimostrazione della sua straordinaria flessibilità. Le principali ipotesi logistiche di telelavoro, così come documentate dalla prassi della contrattazione collettiva, sono le seguenti:

- a) il telelavoro “a casa” (si preferisce questa definizione e non quella di telelavoro a domicilio, perché quest'ultima comporta confusione con la fattispecie giuridica del *lavoro a domicilio*): esso è svolto da un singolo o da una comunità familiare, in una postazione (prevalentemente) casalinga; è l'archetipo più presente nell'immaginario collettivo, ma al contempo è la fattispecie che presenta più problematiche per la naturale attitudine del domicilio ad attrarre su di sé diversi complessi normativi, dalle garanzie costituzionali in tema di

²⁵ L. Gaeta, *La qualificazione del rapporto*, cit.

diritti inviolabili alle prescrizioni penali in tema di riservatezza della sfera personale.

- b) il centro di telelavoro o telecottage, con più soggetti, variamente associati tra loro, che operano, in collegamento con un'azienda che fornisce loro banche dati o altri supporti telematici, offrendo servizi informatici a terzi ovvero ad una o più aziende determinate²⁶; nella realtà italiana il telecottage è stato per lo più sponsorizzato da enti territoriali, quali le comunità montane, per combattere il fenomeno dell'abbandono delle zone rurali offrendo agli abitanti dei piccoli comuni in via di spopolamento la possibilità di usufruire delle opportunità lavorative della grande città.
- c) il centro satellite, col quale un'azienda colloca una certa fase telematica della sua attività in un luogo distinto dalla sede principale; questa modalità di telelavoro, come i telecottage, è la più indicata se si vuole evitare il problema dell'isolamento sociale del telelavoro
- d) il telelavoro mobile, svolto da un singolo senza una precisa collocazione in un locale, ma ora in un luogo ora in un altro: quello che è stato definito il telelavoratore nomade, o più suggestivamente "argonauta", che si avvale di strumenti tematici portatili e di tecnologie cellulari. Nell'ambito delle best practies si registra una significativa sperimentazione avviata dall'I.N.P.S. che ha adibito 500 dei propri ispettori ad un progetto di telelavoro mobile.

²⁶ L. Gaeta, *La qualificazione del rapporto*, cit.

Un'ultima classificazione operata dalla dottrina attiene al tipo d'organizzazione del lavoro, alla diversa intensità dell'assoggettamento del telelavoratore al potere direttivo del datore di lavoro/committente: secondo questi criteri si può distinguere il telelavoro in autonomo, parasubordinato e subordinato.

Per la verità, questo tipo di classificazione attiene a tutti i tipi di lavoro e non solo al telelavoro, al contrario delle classificazioni precedenti.

Tuttavia, nel telelavoro il vincolo (o l'assenza) di subordinazione si caratterizza per la particolare complessità che il mezzo telematico apporta alle tradizionali categorie adoperate dalla giurisprudenza per appurare l'esistenza del vincolo stesso; basti pensare che uno degli indici rilevatori della subordinazione è, per costante orientamento giurisprudenziale, la collocazione "topografica" del lavoratore in azienda; indice che nel telelavoro manca per definizione.

Tralasciando, per adesso, il tema della subordinazione (che sarà approfondito nell'ultimo capitolo) si possono così sinteticamente descrivere le tre categorie di telelavoro:

- il telelavoro autonomo è caratterizzato da una prestazione prevalentemente personale (se prevalessse l'apparato organizzativo sulla prestazione personale avremmo la

“teleimpresa”²⁷) che un lavoratore svolge a distanza in favore dell’azienda committente scegliendo da sé i metodi, le procedure, le tecnologie informatiche/telematiche più adatte: in una parola il telelavoro autonomo è caratterizzato dalla **auto-organizzazione**;

- il telelavoro parasubordinato sussiste allorquando il telelavoratore presta la propria opera continuativamente collegato con un committente e che risulta dotato di una certa organizzazione, oltre che di mezzi, anche di manodopera non familiare, comunque non prevalente rispetto all’apporto del proprio lavoro personale. L’esempio più rilevante di telelavoro parasubordinato, dal punto di vista statistico, è rappresentato dai call-center, anche se nella stragrande maggioranza dei casi gli addetti sono inquadrati formalmente come collaboratori a progetto di società collegate (in genere si tratta di entità senza una vera e propria vita autonoma, ma nate dalle strategie manageriali delle grosse compagnie e dipendenti totalmente dalle stesse sia funzionalmente sia economicamente) e non come lavoratori a distanza delle società che realmente utilizzano le loro prestazioni.

²⁷ “La teleprestazione può essere qualificata come vera e propria attività imprenditoriale (art. 2082 c.c.) quando è effettuata da un singolo o da un gruppo che si avvale dell’apporto di una vera e propria auto-organizzazione di attrezzature e mezzi e/o di altri soggetti dipendenti, la quale risulti assolutamente prevalente rispetto al proprio lavoro individuale. Naturalmente, al telelavoratore-imprenditore non si applica nessuna delle norme di tutela del diritto del lavoro, essendo le relazioni tra imprese regolate dal diritto commerciale” L. Gaeta, *La qualificazione del rapporto*, op.cit.

- Il telelavoro subordinato, infine, rappresenta la categoria più tutelata dalla normativa giuslavoristica, perché il lavoratore si trova in quella tipica posizione di debolezza che gli deriva dall’essere assoggettato alla direzione e al potere disciplinare del datore di lavoro. L’elemento che prevale nettamente in questa categoria è “l’etero-organizzazione”, che si concretizza, nel potere datoriale di scegliere l’hardware, il software, gli orari, le procedure, il tipo di collegamento telematico e quant’altro necessario alla teleprestazione.

Il telelavoro subordinato è la modalità più utilizzata nei contratti collettivi finora stipulati, sia a livello aziendale (Saritel, Italtel, Seat, Telecom Italia, Tecnopolis, Digital Equipment, Caridata, , Enpalc, IBM, Dimensione) che nazionale (Confapi, Intersind, Artigianato) e rappresenta altresì l’unico tipo di telelavoro preso in considerazione dalla normativa delle Pubbliche Amministrazioni (art 2 d.p.r. n.70 del 1999).

Dopo aver analizzato la fattispecie del telelavoro per come si presenta nella realtà dei rapporti di lavoro, il compito successivo dell’interprete è quello di individuare le fonti normative che regolano il telelavoro nel nostro ordinamento e verificarne l’applicabilità e la congruità delle stesse.

In prima approssimazione il quadro delle fonti normative appare caratterizzato da una *summa divisio* fra pubblico impiego e lavoro privato.

Le pubbliche amministrazioni sono regolate, in tema di telelavoro da un complesso di norme :

- la legge 16 giugno 1998, n.191 “ *Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n.59, e 15 maggio 1997, n.127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica*”.
- il DPR 8 marzo 1999, n.70 “*Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell’art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n.191*”.
- l’accordo quadro nazionale (di seguito chiamato CCNQ) sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, in attuazione delle disposizioni contenute nell’art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191.
- numerosi contratti collettivi di comparto
- la deliberazione n. 16 del 31 maggio 2001 dell’ A.I.P.A. (Autorità per l’informatica nella pubblica amministrazione) “*Regole tecniche per il telelavoro ai sensi dell’Art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70.*”

Questo complesso normativo, abbastanza completo sotto il profilo degli aspetti disciplinati, trae la sua origine da una ben precisa volontà di modernizzazione del P.A., come testimonia l’art.4 della legge n.191 del 1998 (la cosiddetta “Bassanini-ter”): “*Allo scopo di*

razionalizzare l’organizzazione del lavoro e di realizzare economie di gestione attraverso l’impiego flessibile delle risorse umane, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, possono avvalersi di forme di lavoro a distanza. A tal fine, possono installare, nell’ambito delle proprie disponibilità di bilancio, apparecchiature informatiche e collegamenti telefonici e telematici necessari e possono autorizzare i propri dipendenti ad effettuare, a parità di salario, la prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede di lavoro, previa determinazione delle modalità per la verifica dell’adempimento della prestazione lavorativa”.

I principi che reggono l’attuazione del telelavoro nelle P.A. sono così riassumibili:

- La volontarietà dell’accesso al telelavoro (art.4 del CCNQ *...all’assegnazione a posizioni di telelavoro dei lavoratori che si siano dichiarati disponibili a ricoprire dette posizioni...*): qui è evidente la finalità di tutelare la dimensione sociale del lavoro, sicché il rischio d’isolamento deve essere accettato consapevolmente. Alla libertà in “entrata” non fa da contraltare un’eguale libertà in “uscita” dal telelavoro, perché l’assegnazione a progetti di telelavoro “è revocabile a richiesta del lavoratore, quando **sia trascorso** il periodo di tempo indicato nel progetto e nel rispetto di **ulteriori condizioni** eventualmente previste nello stesso progetto (ad es.: che vi sia un sostituto), o d’ufficio da parte dell’ amministrazione”(art. 4 comma 4 del CCNQ)

- La totale applicabilità della normativa prevenzionistica: i profili di sicurezza del telelavoro sono presi in considerazione sia in fase di progettazione del telelavoro (“*La prestazione di telelavoro può effettuarsi nel domicilio del dipendente a condizione che sia ivi disponibile un ambiente di lavoro di cui l’amministrazione **abbia preventivamente verificato** la conformità alle norme generali di prevenzione e sicurezza delle utenze domestiche*”, art. 4 comma 2 del DPR n.70 del 1999), sia in fase di svolgimento dello stesso, attraverso la previsione di un vero e proprio obbligo in capo al telelavoratore domiciliare che, è tenuto a “*consentire, con modalità concordate, l’accesso (in casa propria) alle attrezzature di cui ha l’uso da parte degli addetti alla manutenzione, nonché del responsabile di prevenzione e protezione e da parte del delegato alla sicurezza, per verificare la corretta applicazione delle disposizioni in materia di sicurezza, relativamente alla postazione di telelavoro e alle attrezzature tecniche ad essa collegate*”.(art.6 comma 2 del CCNQ); degni di nota sono anche l’obbligo per l’amministrazione di impartire al lavoratore la **formazione** necessaria perché la prestazione di lavoro sia effettuata in condizioni di sicurezza per sé e per le persone che eventualmente vivono negli ambienti prossimi al suo spazio lavorativo.(art. 5 comma 5 del CCNQ), nonché il richiamo ai principi di **ergonomia cognitiva** (art.3 comma 2

del DPR n.70 del 1999) che nel telelavoro assumono un’importanza preminente a tutela dell’integrità psicofisica.

- La parità di opportunità *quanto a possibilità di carriera, di partecipazione a iniziative formative e di socializzazione rispetto ai lavoratori che operano in sede.* (comma 3 art.4 CCNQ)
- L’equivalenza di trattamento (che è cosa ben diversa dall’eguaglianza): l’art.8 del DPR n. 70/1999 prevede che “*La contrattazione collettiva, in relazione alle diverse forme di telelavoro, **adegua** alle specifiche modalità della prestazione la **disciplina economica e normativa** del rapporto di lavoro, garantendo in ogni caso un trattamento **equivalente** a quello dei dipendenti impiegati nella sede di lavoro*”. Il riferimento è ovviamente ai maggiori costi energetici e telefonici sopportati dal telelavoratore domiciliare, costi il cui rimborso forfetario è previsto dal terzo comma dell’art.6 del CCNQ.
- La salvaguardia della dimensione sociale del lavoro, criterio guida inserito nell’art.2 del CCNQ dedicato alle “finalità ed obiettivi” del telelavoro e che impone “*l’adozione di regole e strumenti idonei ad assicurare...al lavoratore di scegliere una diversa modalità di prestazione del lavoro, che comunque salvaguardi in modo efficace **il sistema di relazioni personali e collettive** espressive delle sue legittime aspettative in termini di formazione e crescita professionale, **senso di appartenenza** e socializzazione,*

informazione e partecipazione al contesto lavorativo e alla dinamica dei processi innovatori”²⁸. Questo principio vede una sua concreta applicazione nell’art. 5 comma 4 del CCNQ, che prevede l’istituto del **rientro periodico** del lavoratore presso la sede di lavoro, e nell’obbligo in capo all’amministrazione di promuovere l’effettiva partecipazione del telelavoratore alla vita dell’amministrazione di appartenenza (“Debbono essere assicurate forme di comunicazione tempestiva - ivi compreso l’utilizzo dell’e-mail - per rendere partecipe il lavoratore delle informazioni di carattere amministrativo più direttamente connesse con le sue legittime aspettative” art.5 comma 7 CCNQ)

- La concreta tutela dell’attività sindacale attraverso l’istituzione di bacheche sindacali elettroniche e la promozione delle comunicazioni con le rappresentanze sindacali (art. 6 comma 5: *È garantito l’esercizio dei diritti sindacali. Il lavoratore deve poter essere informato e deve poter partecipare all’attività sindacale che si svolge in azienda, a cominciare dalla istituzione, nelle amministrazioni e negli enti che impiegano telelavoro, di una **bachecca sindacale elettronica**, nonché dall’utilizzo dell’e-mail con le rappresentanze sindacali sul luogo di lavoro.*); uno dei rischi maggiormente paventati dai detrattori del telelavoro (fra cui molti sindacalisti) è appunto la perdita di quella coscienza collettiva che, espressione tipica della vita in fabbrica, ha guidato i lavoratori verso quelle conquiste sociali che oggi

potrebbero perdersi a causa della frammentazione e dell’isolamento insiti nel telelavoro.

- La finalità sociale del telelavoro che impone alle P.A. di operare delle scelte nell’assegnazione a posizioni di telelavoro, che vadano a favorire i soggetti con disabilità psico-fisiche, i lavoratori che abbiano esigenze di cura della prole e coloro che abitano lontano dalla sede (art. 4 comma 2 del CCNQ: *“In caso di richieste superiori al numero delle posizioni l’Amministrazione utilizzerà i seguenti criteri di scelta: a) situazioni di **disabilità psico-fisiche** tali da rendere disagiata il raggiungimento del luogo di lavoro; b) esigenze di cura di **figli** minori di 8 anni; esigenze di cura nei confronti di familiari o conviventi, debitamente certificate; c) **maggior tempo di percorrenza** dall’abitazione del dipendente alla sede.”*)

Questi principi sono stati recepiti, in vario modo, nella contrattazione di comparto delle P.A., e ad oggi si contano circa 70 progetti di telelavoro avviati nelle strutture pubbliche più disparate: dall’ITEA (Istituto Trentino per l’Edilizia Abitativa) al Centro di ricerca sul Cancro, nonché numerosi enti territoriali²⁸.

Infine per completare il quadro del telelavoro nel pubblico impiego, bisogna citare due enti che hanno determinato competenze in materia: l’ARAN²⁹ e l’AIPA³⁰.

²⁸ Tutta la documentazione relativa alle esperienze di telelavoro nelle pubbliche amministrazioni è disponibile all’indirizzo www.buoniesempi.it.

²⁹ Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni.

³⁰ Autorità per l’informatica nella pubblica amministrazione

La prima ha il compito di monitorare, attraverso l'istituzione di un Osservatorio generale e di vari Osservatori di comparto, i vari progetti di telelavoro e di "raccolgere dati e informazioni circa l'andamento delle esperienze in corso, il loro impatto sul funzionamento dell'amministrazione e sull'organizzazione di vita dei lavoratori". (art.7 CCNQ)

La seconda invece ha compiti di natura strettamente tecnica, concernenti in particolar modo la predisposizione di regole circa l'identificazione telematica del telelavoratore, i requisiti di sicurezza dei documenti informatici e delle reti telematiche, l'accessibilità alla strumentazione del personale disabile, e le qualità delle componenti hardware e software delle postazioni di telelavoro.

Fin qui si è esaminato il telelavoro nel settore pubblico: ma nel settore privato quali norme regolano il telelavoro? E prima ancora, come viene definito il telelavoro?

Una delle prime definizioni di telelavoro viene fornita nel 1990 dall'Ufficio Internazionale del Lavoro, per il quale *il telelavoro è "effettuato in un luogo distante dall'ufficio centrale o dal centro di produzione ed implica una nuova tecnologia che permette la separazione e facilita le comunicazioni"*

Successivamente, a metà degli anni '90³¹ si assiste ad un proliferare di contratti collettivi a livello aziendale che hanno prevalentemente

³¹ il tutto è avvenuto in coincidenza con la successo della rete *internet*, unitamente alla diffusione di sistemi operativi per personal computer ad interfaccia grafica e all'inserimento di un browser per la navigazione internet in uno dei più diffusi di questi sistemi operativi.

trasformato alcune unità produttive in unità delocalizzate attraverso l'adozione del telelavoro.

Le aziende interessate alla contrattazione sono: Saritel s.p.a., (contratto del 15 dicembre 1994); Italtel Società Italiana Telecomunicazioni, (contratto del 17 gennaio 1995); Seat s.p.a., (contratto del 31 marzo 1995); Dun & Bradstreet Kosmos s.p.a., (contratto del 8 giugno 1995); Telecom Italia s.p.a., (contratto del 1° agosto 1995); Digital Equipment, (contratto del 13 febbraio 1996); Confcommercio, (contratto del 20 giugno 1997³²).

È opportuno evidenziare che tutte le aziende firmatarie hanno introdotto il telelavoro sotto l'urgenza di situazioni di crisi aziendali. Esse, dunque, non hanno visto nel telelavoro un strumento per aumentare la produttività e flessibilità, ma un mero espediente per ridurre le spese di produzione, edilizie e infrastrutturali, per trovare soluzioni al personale in esubero, all'esigenza di trasferimento di uffici o alla chiusura di sedi periferiche. Da qui l'esclusiva adozione della forma domiciliare e a tempo pieno³³.

³² Gli accordi possono essere letti in CASSANO e LOPATRIELLO, *Il telelavoro aspetti giuridici e sociologici*, Napoli, 1999, 165-197. Per ulteriori spunti ed indicazioni ID., *Il telelavoro: profili giuridici e sociologici*, in *Dir. inform.*, 1998, 379; ID., *Il telelavoro: prime esperienze, inquadramento giuridico, e contrattazione collettiva*, in *Dir. inform.*, 2000, 135..

³³ Costituisce un'eccezione l'esperienza realizzata in Italtel, la quale ha un carattere prevalentemente sperimentale. Essa è avvenuta nell'ambito del progetto *Network*, coordinato dalla Aster (agenzia per lo sviluppo tecnologico dell'Emilia Romagna) di Bologna ed approvato dalla Commissione delle Comunità europee DG XIII, all'interno dell'iniziativa " *Accompanying measures and preparatory actions in the areas of advanced communications and technology developments*". L'Italtel si è così impegnata, insieme ad alcuni altri *subcontractor* italiani e francesi, a progettare, realizzare e valutare un esperimento pilota di telelavoro e

Particolarmente importante è il Ccnl (contratto del 9 settembre 1996, valido per il personale dipendente dalle aziende di telecomunicazioni aderenti all'Intersind. Quest'ultimo rappresenta il primo contratto collettivo nazionale che ha previsto il ricorso al telelavoro in termini generalizzati per tutte le aziende firmatarie.

Successivamente si registra la sottoscrizione di un accordo interconfederale siglato nel 2001 con la CONFAPI (Confederazione italiana delle Piccole e Medie Industrie) che grazie all'elevato numero di aziende coinvolte³⁴, rappresenta l'espressione di autonomia collettiva di maggior portata nel panorama degli accordi sindacali sul telelavoro.

La definizione di telelavoro espressa nell'accordo della CONFAPI risente delle pressioni della base sindacale dirette a incasellare il telelavoro nell'area della subordinazione, ed, infatti, *Si definisce telelavoro la modalità di effettuazione della prestazione da parte di un lavoratore subordinato, il cui espletamento avviene con l'ausilio di strumenti anche telematici, prevalentemente al di fuori dei locali dell'impresa di appartenenza (esempio l'abitazione del lavoratore, centri di telelavoro ecc.)*³⁵.

Tralasciando per ora l'inciso "anche telematici" che parrebbe ammettere anche una forma di telelavoro senza l'ausilio di questi

nel suo caso particolare di *homework*. L'obiettivo principale dell'adesione al progetto è quello di verificare quali benefici possono effettivamente venire dal telelavoro e favorire la futura diffusione, creando la premessa per nuove opportunità commerciali nel proprio settore di attività; sull'esperienza ITALTEL, v. BARONI, in *Notiziario del lavoro*, novembre, 1995.

³⁴ Si tratta di 50.110 aziende per un totale di 1.008.582 dipendenti.

³⁵ Il testo dell'accordo è reperibile all'indirizzo [http://www.unicz.it/lavoro/CONFAPI_TELELAVORO_17-7\(01\).htm](http://www.unicz.it/lavoro/CONFAPI_TELELAVORO_17-7(01).htm)

mezzi di comunicazione (ma così argomentando sarebbe da includere nel telelavoro anche il semplice "lavoro a distanza", vecchio di secoli e quindi niente affatto nuovo come fattispecie del diritto del lavoro), è utile notare come il carattere di subordinazione è ricorrente altresì in molti dei contratti aziendali sopra citati:

- nel contratto aziendale della Seat è espressamente chiarito che *"Circa l'inquadramento del telelavoratore/trice è opportuno chiarire che il rapporto che lega il telelavoratore/trice a Seat è il rapporto di lavoro subordinato ed a tali lavoratori si applica il CCNL Grafico - Editoriale e gli accordi Aziendali riservati agli altri dipendenti Seat con le diversità caratterizzate dalla particolarità dell'esecuzione del lavoro in una sede non aziendale/e lontana"*.
- nel contratto stipulato da Telecom Italia, laddove si legge *che a superamento delle tradizionali modalità di svolgimento della prestazione nella sua dimensione spazio temporale, le parti convengono l'effettuazione di una sperimentazione del telelavoro domiciliare nell'ambito delle sedi remotizzate dei CLSLUT - con riferimento allo svolgimento del servizio 12 - su base volontaria destinata a risorse che convertono il loro rapporto di lavoro da **tempo pieno ed indeterminato** a tempo parziale pari al 50% del normale orario di lavoro*", ed inoltre che si prende atto che *il telelavoro, nella configurazione prospettata, rappresenta una mera modifica del luogo di adempimento dell'obbligazione lavorativa, non incidendo sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale e sul conseguente*

assoggettamento all'esecuzione delle attività lavorative ed al controllo del datore di lavoro.

- nel contratto di Caridata (società informatica del gruppo Cassa di risparmio delle P.P.L.L.) che alla lettera c) precisa *che i Sig. Lavoratori coinvolti nella sperimentazione del telelavoro, già dipendenti Caridata regolarmente assunti e retribuiti con le rispettive qualifiche e mansioni, svolgono la propria attività presso la sede di Milano e costituiscono un valido gruppo di lavoro adeguatamente integrato e ritenuto idoneo per la presente proposizione sperimentale.....*
- nella definizione di telelavoro rinvenibile nel contratto dell'Intersind (associazione sindacale di aziende di telecomunicazione) che riconosce *...nel telelavoro un innovativo istituto che configura nuove logiche spazio-temporali di espletamento delle prestazioni lavorative, non necessariamente correlate in modo esclusivo alla presenza in servizio presso la sede aziendale. Il telelavoro, nelle possibili e variegate articolazioni in cui può trovare sviluppo nei diversi contesti organizzativi, rappresenta più in particolare una modificazione del luogo di adempimento dell'obbligazione lavorativa realizzata secondo modalità logistico-operative riconducibili a titolo esemplificativo alle seguenti tipologie: - telelavoro domiciliare, nei casi in cui l'attività lavorativa viene prestata dal **dipendente** di norma presso il proprio domicilio, fatti salvi i rientri in azienda correlati alla natura delle mansioni svolte ;*

- nel contratto dell'ENPALC³⁶ che ha cura di sottolineare che *il telelavoro oggetto della sperimentazione rappresenta una semplice modifica del luogo di adempimento delle prestazioni lavorative e non dei relativi doveri del lavoratore senza incidere sulla natura giuridica del rapporto di lavoro in essere con l'ENPACL che resta, a tutti gli effetti contrattuali e di legge, di **lavoro dipendente e subordinato** e regolato dal CCNL di categoria;*

Se ne deduce che la contrattazione collettiva è ben attenta a far sì che l'applicazione del telelavoro non sconfini nel terreno di sottotutela tipico della parasubordinazione, terreno che diventa molto fertile in presenza di una prestazione lavorativa che, grazie alle possibilità offerte dalla tecnologia si sgancia dal classico inserimento "topografico" nei locali dell'azienda che la utilizza.

Questa cautela dei sindacati nei confronti del telelavoro è ben motivata dall'assenza di una normativa statale che definisca il telelavoro e lo disciplini, soprattutto sotto il profilo dell'applicabilità delle tutele giuslavoristiche. Né può essere utilmente richiamata la disciplina del telelavoro nelle P.A., per le motivazioni già esposte nel primo capitolo.

Ecco che il lavoro dell'interprete comincia a farsi più arduo, perché il legislatore sembra aver omesso deliberatamente di disciplinare in via generale (e ancor prima di definire) un fenomeno che tuttavia viene riconosciuto come esistente da alcune norme, sparse qua e là

³⁶ Associazione Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Consulenti del Lavoro

nell'ordinamento privatistico, che dettano regole su alcuni aspetti del telelavoro.

Andando a ritroso nel tempo il primo testo normativo che menziona il telelavoro è la legge n. 69 del 1999 che, prescrivendo “*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*”, stabilisce la computabilità dei disabili addetti a prestazioni di telelavoro ai fini della copertura della quota di riserva (art. 4) e il finanziamento, a favore dei datori privati, delle postazioni stesse (art.13).

Analoghi finanziamenti sono previsti dall'art. 9 della legge n. 53 del 2000 (“*Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città*”) per i progetti che attuano forme di flessibilità organizzativa (tra cui il telelavoro) volta a conciliare tempo di vita e di lavoro.

L'orario di (tele) lavoro è stato disciplinato (o sarebbe meglio dire, deregolamentato) dal d. lgs. N. 66 del 2003³⁷ che all'art. 17 comma 5 ha previsto la non applicabilità di gran parte delle tutele previste dallo stesso decreto legislativo alla prestazione di telelavoro “*a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata*”.

Ben più tutelante per il telelavoratore è il codice della privacy (d. lgs. 30 giugno 2003, n.196³⁸) che all'art.115 impone al datore di

³⁷ DECRETO LEGISLATIVO 8 aprile 2003 n.66 (in Suppl. ordinario n. 61 alla Gazz. Uff., 14 aprile, n. 87).- *Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.*

³⁸ DECRETO LEGISLATIVO 30 giugno 2003, n.196 (in Suppl. ordinario n. 123 alla Gazz. Uff., 29 luglio, n. 174). - *Codice in materia di protezione dei dati personali*

lavoro di rispettare *la personalità e la libertà morale del telelavoratore.*

Infine l'ultima norma emanata in tema di telelavoro è l'art. 4 comma 3 della legge n. 4 del 3 gennaio 2004 (“*Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici*”) che subordina la concessione di contributi pubblici per postazioni di telelavoro alla rispondenza della relativa strumentazione hardware e software ai requisiti di accessibilità menzionati nella stessa legge.

L'applicabilità di tutte queste norme è subordinata alla presenza di situazioni di telelavoro e di postazioni per il relativo espletamento; ma come si è detto a tutt'oggi manca una normativa di carattere generale sul telelavoro quanto più unitario e aderente alla realtà.

In questo lavoro definitivo è utile coordinare le indicazioni rinvenibili da un lato nella normativa del pubblico impiego (in particolare l'art.2 del d.p.r. n. 70 del '99) e dall'altro lato nelle disposizioni dei contratti collettivi su riportati, tenendo ben presenti le prescrizioni dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile che impongono di guardare al “senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”

Partendo proprio da quest'ultima indicazione si deve subito prendere atto che il prefisso “tele” sta a significare due cose distinte nel linguaggio comune e cioè sia la semplice distanza fisica che la sussistenza di una strumentazione di tipo video-elettronico. Perciò, telelavoro, in sé, significa anch'esso due cose:

- a) lavoro a distanza, prestato cioè al di fuori di un'azienda e in collegamento con essa. In questo senso esso non è certo una

novità, essendo anzi vecchio di secoli, e addirittura preesistendo al diritto del lavoro (nella sua fase “industriale”);

- b) lavoro svolto con una strumentazione di tipo video-elettronico e telematico : in questo caso esso può svolgersi indifferentemente sia all’interno sia all’esterno dell’azienda.

Non pare soddisfacente accedere senz’altro, come pure è stato fatto, alla prima definizione: in questo modo, per essere telelavoratore basterebbe lavorare lontano dall’azienda, anche con strumenti tradizionali. Così si darebbe vita ad una nozione di certo non nuova, troppo indifferenziata e perciò troppo gravida di confusioni.

Così anche la seconda interpretazione, sganciata dalla prima, non permette di distinguere le prestazioni rese all’interno dell’azienda attraverso il collegamento in rete (e perciò telematico) dei vari terminali degli uffici e le prestazioni rese all’esterno dell’azienda (e quindi a distanza della stessa) sempre con l’utilizzo di reti telematiche.

Oltre a queste due possibili interpretazioni del prefisso “tele”, pacifiche in dottrina (Gaeta, Cassano, Pascucci, ecc.), ve n’è una terza che fa leva sull’elemento temporale: il prefisso “tele” sta ad indicare un tipo di collegamento fra lavoratore e azienda che si realizza in maniera istantanea con una possibilità di comunicazione fra gli stessi in tempo reale.

Una siffatta interpretazione deriva sia dal dato tecnico che da quello giuridico: il fatto stesso di essere connesso ad una rete telematica implica, per il telelavoratore, la possibilità di interagire con gli altri

computer client e col server in maniera istantanea, senza che vi sia, fra l’invio dell’input (sia esso una comunicazione o un comando eseguibile dall’elaboratore) e l’arrivo dello stesso a destinazione, un apprezzabile lasso di tempo.

Dal punto di vista giuridico vi sono indici di questo carattere di contestualità temporale del telelavoro sia nella normativa del telelavoro pubblico che nelle clausole dei contratti collettivi privati: l’esempio più vistoso è costituito dall’istituto della REPERIBILITA’ TELEMATICA che prevede l’obbligo per il telelavoratore di rendersi disponibile, in orari prestabiliti, all’interno della rete telematica per comunicazioni e per interagire con l’organizzazione aziendale. Questa reperibilità ha senso solo laddove la postazione di lavoro (sia hardware che software) è strutturata in modo da permettere un flusso informativo in tempo reale: nel telelavoro off-line tutto ciò non avviene, perché non esiste una rete telematica che collega in tempo reale (on-line) il telelavoratore all’azienda, sicché la sua prestazione si svolge in maniera indipendente e solo il risultato della stessa (sebbene realizzato con l’ausilio di un computer) viene inviato in azienda, magari con mezzi tradizionali quali la spedizione postale.

Ma un telelavoro del genere non si vede come possa essere distinto dal lavoro a domicilio, fattispecie non certo nuova nel diritto del lavoro e che, per costante giurisprudenza, può riguardare sia la realizzazione di manufatti sia lavorazioni di tipo intellettuale (ad esempio la realizzazione di cd multimediali, o di applicativi informatici, ribattezzati anche *mentefatti*).

Confondere telelavoro e lavoro domicilio comporterebbe l'applicazione di norme che sono state dettate da realtà produttive nate più di trent'anni fa e che di certo non tengono conto delle peculiarità e dei problemi giuridici sollevati da una realtà completamente diversa, qual è il telelavoro; si pensi innanzitutto al controllo a distanza che le reti telematiche consentono di attuare, del tutto sconosciuto al lavoro a domicilio che si presenta invece del tutto sottratto ai poteri datoriali, tranne il potere di verifica ex post sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa.

Si deve pertanto concludere che una definizione di telelavoro deve tener conto di tutti e tre gli elementi su menzionati (la *distantia loci*, il mezzo telematico e la configurazione dello stesso finalizzata al collegamento in tempo reale) per identificare correttamente la fattispecie ed evitare le zone grigie di interferenza con altre situazioni di lavoro.

Alla luce di queste premesse si può definire telelavoro quella *prestazione lavorativa effettuata prevalentemente in un luogo diverso e distante della sede dell'azienda utilizzatrice ma in collegamento con la stessa col prevalente supporto di un apparato tecnologico che permette la comunicazione e l'elaborazione dei dati in tempo reale.*

Capitolo III

Tutela giurisdizionale del telelavoratore e dipendenza d'azienda nella giurisprudenza della cassazione.

Dopo aver illustrato il diritto positivo del telelavoro è dovere dell'interprete analizzare anche il diritto vivente, cioè come le problematiche connesse a questa particolare prestazione lavorativa vengono affrontate e risolte dalla giurisprudenza.

Bisogna premettere che il fenomeno del telelavoro riguarda a tutt'oggi una piccola percentuale dei lavoratori italiani, sicuramente più restii dei loro colleghi scandinavi a perdere la dimensione sociale del micro-cosmo aziendale; presumibilmente i pochi telelavoratori italiani (almeno quelli inquadrati giuridicamente come tali³⁹) beneficiano dei vantaggi della loro nuova condizione, quali il venir meno dello stress dato dalla presenza fisica dei superiori e dei colleghi e sono quindi poco inclini alla litigiosità.

Cosicché la giurisprudenza ha avuto poche occasioni per occuparsi del tema, principalmente in casi di cessazione del rapporto, anche se i principi affermati nelle poche sentenze sul telelavoro possono aprire la strada a soluzioni interpretative che vanno ben oltre il caso esaminato in concreto.

Sono solo tre le sentenze emanate dalla Corte di Cassazione (sezione lavoro) che, pur indirettamente, affrontano il tema del

³⁹ Il numero di telelavoratori sarebbe molto più alto se si considerassero tali anche gli addetti a mansioni di call-center, help desk, desktop manager, inquadrati come collaboratori a progetto di società fittizie ma sostanzialmente dipendenti a distanza delle aziende che usufruiscono delle loro prestazioni (per il tema della subordinazione si rinvia all'ultimo capitolo)

telelavoro: la n. 11586 del 14 ottobre 1999, la n. 7489 del 5 giugno 2000 e la n.2971 del 1 marzo 2001, anche se quest'ultima è pressoché identica alla precedente e non introduce nessuna novità sostanziale nel panorama giurisprudenziale.

Il tema decidendum delle tre pronunce è la individuazione del foro competente ai fini della instaurazione di una controversia individuale di lavoro, così come disciplinata dall'art. 413 c.p.c. Disposizione quest'ultima che prevede che, per le controversie individuali di lavoro, competente per territorio è il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto ovvero si trova l'azienda o una sua "dipendenza" alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.

È proprio sul concetto di dipendenza d'azienda che s'incentra il percorso argomentativo della Cassazione per affrontare il delicato tema della tutela giurisdizionale del lavoratore a distanza, in generale, e del telelavoratore, in particolare.

Uno dei presupposti sostanziali del telelavoro è, come si è visto, l'alterità del luogo di adempimento della prestazione rispetto alla sede dell'azienda: si rende necessario, quindi, inquadrare giuridicamente questo "altro luogo" nel quale viene a svolgersi la teleprestazione, se esso sia sempre nettamente distinto dall'azienda o se piuttosto non faccia parte, ricorrendone i requisiti, di quel complesso di beni *materiali* e *immateriali* coordinati dall'imprenditore al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi.

In questa seconda ipotesi si comprende bene quale potrebbe essere la maggiore garanzia per il telelavoratore: in caso di controversie individuali di lavoro egli potrebbe radicare il relativo giudizio nel luogo in cui svolge abitualmente la propria prestazione, luogo che non sarebbe altro che una porzione dell'azienda, o, come si esprime il codice di procedura civile, *una dipendenza dell'azienda*.

Il primissimo orientamento sul telelavoro della Suprema Corte (oramai ampiamente superato dalle successive pronunce) è espresso nella sentenza n. 11586 del 14 ottobre 1999 e si incentra su di un'interpretazione restrittiva del concetto di azienda e sull'assioma secondo cui se il lavoro è svolto presso il domicilio o in maniera itinerante automaticamente esso si reputa come prestato al di fuori dell'azienda o di una dipendenza di essa; la Corte sembra non tener conto delle innovazioni strutturali intervenute nelle aziende moderne grazie alle possibilità offerte dalle tecnologie telematiche.

Il caso esaminato nella sentenza è emblematico di questi mutamenti: la ricorrente, impiegata a Roma in una sede secondaria dell'azienda vede trasformato il proprio rapporto da impiegata presso gli uffici della dipendenza romana in telelavoro *con le modalità del cosiddetto "home office"* allorquando viene dismessa la dipendenza stessa; formalmente la dipendente risulta trasferita alla sede centrale di Verona, anche se non vi ha mai svolto la propria prestazione. A seguito del licenziamento la lavoratrice propone ricorso presso il foro di Roma perché, a detta della stessa *il radicamento della competenza deve avvenire nel luogo di effettiva prestazione della attività lavorativa (e non nella sede sociale o dove*

è stato stipulato l'atto di assunzione) e nel caso di specie il luogo della prestazione era stato appunto la abitazione della ricorrente in Roma.

Il giudice adito sentenza la propria incompetenza a dirimere il contenzioso affermando che il luogo ove viene resa la prestazione assume importanza, ai fini della determinazione della competenza territoriale, solo ove la prestazione sia collegata ad una vera e propria dipendenza dell'azienda⁴⁰.

A seguito di tale diniego di giustizia la telelavoratrice ha proposto regolamento di competenza alla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto infondato il ricorso riprendendo le argomentazioni del pretore di Roma relative alla necessaria presenza di una vera e propria *dipendenza dell'azienda* per poter radicare il criterio di competenza del foro aziendale e altresì affermando l'impossibilità di un'applicazione analogica del foro del domicilio (introdotto nel 1992 a favore degli agenti e dei collaboratori) dato che *nessun elemento a favore della tesi della ricorrente è possibile ricavare dalla legge 11 febbraio 1992 n. 128, che ha introdotto il criterio del luogo di domicilio del lavoratore solo per il rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 n. 3*

⁴⁰ sul punto cfr. anche Cass. 2618 del 25 marzo 1996. A sostegno della propria tesi il pretore di Roma richiama anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 171 del 3 luglio 1975 secondo la quale, nei casi in cui il lavoratore non sia addetto ad alcuna dipendenza (così ad esempio nel caso di lavoratori itineranti ed in quelli a domicilio) rileva solo il luogo di conclusione del contratto e non il luogo ove è resa la prestazione, né il domicilio del lavoratore:.

codice di procedura civile, prescindendo da ogni collegamento con sede o dipendenza aziendale.

Totalmente priva di fondamento giuridico, appare la tesi adottata dalla Corte per sostenere l'irrelevanza del foro competente ai fini della più agevole tutela giurisdizionale del lavoratore: *“Deve inoltre escludersi che l'interpretazione seguita dal Pretore romano possa compromettere o rendere più difficile l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore, (tesi questa sostenuta dalla ricorrente a pag. 9 del ricorso), in una situazione - quale quella attuale - caratterizzata da una incisiva presenza sul territorio nazionale di patronati e sindacati (Cass. 6659 del 1991 e 5797 del 1991).”*

Sembra che venga dimenticata la natura strettamente privatistica di patronati e sindacati (che non sono neppure associazioni riconosciute) che da un lato non permette di configurare in capo al lavoratore un “diritto” alle prestazioni di tali associazioni (mentre la Costituzione garantisce un “diritto” di difesa) e dall'altro costringerebbe il lavoratore a aderire forzatamente ad organizzazioni fortemente politicizzate, con buona pace delle libertà di pensiero e di associazione.

Nella motivazione della Corte è possibile scorgere quasi un “timore reverenziale” verso il legislatore, laddove si legge che *“...spetta alla funzione legislativa di scegliere i criteri determinativi della competenza territoriale per contemperare i contrapposti interessi delle parti, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, di cui è espressione la recentissima riforma in materia di controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche*

amministrazioni (art. 40 D.Lgs. 80 del 1998)”; lo stesso richiamo al principio di eguaglianza sostanziale appare quanto mai contraddittorio, dato che la stessa Corte si è spesso arrogata il diritto di interpretare estensivamente e analogicamente le disposizioni legislative tutte le volte che ha ritenuto sussistere una discriminazione.

Tale timore è forse dovuto alle chiare indicazioni della Corte Costituzionale, richiamate nella sentenza, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 413, quarto comma, del codice di procedura civile, nel testo introdotto dalla legge 11 febbraio 1992 n. 128, *"nella parte in cui non prevede che al giudice nella cui circoscrizione si trova il suo domicilio possa far ricorso anche il lavoratore subordinato che espliciti la sua attività al di fuori della sede dell'azienda ovvero di una dipendenza di essa"* sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione⁴¹.

Il vincolo interpretativo imposto dalla Corte Costituzionale non ha permesso ai giudici della cassazione di estendere il foro del domicilio al telelavoratore subordinato; la situazione di

⁴¹ Ordinanza della Corte Costituzionale n. 126 del 12 e 16 aprile 1999. In questa ordinanza si ravvisa già la consapevolezza della discriminazione e al contempo l'impossibilità di trovare una valida argomentazione per rimuoverla : infatti la Corte ha concluso l'ordinanza dichiarando *"che, non emergendo a sostegno dell'ordinanza di rimessione argomentazioni e profili nuovi o, comunque, tali da indurre a diverso avviso, la questione va dichiarata manifestamente infondata."*

discriminazione era troppo evidente perché rimanesse tale dato che, paradossalmente, i telelavoratori parasubordinati (agenti e collaboratori) risultavano più tutelati dei telelavoratori subordinati, in quanto potevano (e possono) radicare il processo laddove è più facile la difesa e l'assolvimento dell'onere probatorio, cioè, nel foro del proprio domicilio.

Il problema è stato fortunatamente risolto dalla stessa Cassazione l'anno successivo, con la sentenza n. 7489 del 5 giugno 2000: la via seguita questa volta non è stato il tentativo di estensione del foro del domicilio anche ai telelavoratori subordinati, ma al contrario l'utilizzo del foro dell'azienda e delle relative dipendenze.

Ciò che è mutato è il concetto di dipendenza d'azienda, dilatato fin dove le moderne tecnologie informatiche e telematiche permettono all'azienda stessa di operare travalicando i vetusti confini dei locali dell'impresa. Laddove l'azienda opera vi è un lavoratore che svolge una prestazione e poco importa se questo luogo coincide col suo domicilio, si tratta sempre di una dipendenza dell'azienda e pertanto utile ai fini del radicamento della competenza.

Il caso esaminato dalla Corte nella sentenza n.7489/2000 riguarda la prestazione lavorativa di un piazzista svolta in provincia di Bergamo per conto di una società di Reggio Calabria, ma, per espressa previsione della Corte, la prestazione dedotta in lite *...potrebbe essere anche quella resa in situazione di c.d. **telelavoro***. Prima di esaminare la sentenza è opportuno uno sguardo all'evoluzione del concetto di dipendenza d'azienda, nozione tutt'altro che pacifica in giurisprudenza: secondo il precedente

indirizzo interpretativo della stessa corte di Cassazione la "dipendenza", che l'art. 413, comma 2, c.p.c. assume quale criterio di collegamento per la determinazione della competenza territoriale in ordine alle controversie di lavoro, va intesa come il **complesso di beni aziendali dotato di una individualità tecnico-economica e destinato al conseguimento degli scopi propri della sede aziendale e, pertanto, deve essere costituita da locali e attrezzature pertinenti all'azienda e non può essere identificata tout court con il domicilio del lavoratore** (Cass. 10 dicembre 1985, n. 6237).

Da questo dato iniziale l'evoluzione interpretativa della Corte ha però seguito una direttrice tendente ad ampliare la nozione di "dipendenza" per rendere più accessibile per il ricorrente il vantaggio processuale - orientato nel verso di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale - di radicare il giudizio lì dove sia più agevole l'accertamento dei fatti.

Si è, allora, precisato che l'individualità tecnica della "dipendenza" può anche essere di *modesta entità*, sempre che risulti *direttamente e strutturalmente collegata* con l'azienda medesima, in quanto destinata al perseguimento degli scopi imprenditoriali, *senza necessità che sussista anche autonomia funzionale*, che è propria della diversa nozione di "unità produttiva" di cui all'art. 35 l. 20 maggio 1970, n. 300 (Cass. 12 febbraio 1993, n. 1771).

Questi tre caratteri della definizione di dipendenza d'azienda, come si può notare, si adattano perfettamente alla postazione di telelavoro, in particolare:

- la *modesta entità* della individualità tecnica può essere rappresentata da un semplice personal computer, una stampante e un modem/fax, che da soli rappresentano già la dotazione media di un ufficio;
- il *collegamento diretto* con l'azienda è rappresentato proprio dal mezzo telematico usato dal telelavoratore, mentre l'aggettivo *strutturale* attiene al tipo di connessione in rete della postazione: deve trattarsi di una *intranet*⁴² o di *L.A.N.*⁴³ che renda la postazione stessa una parte integrante del sistema informatico aziendale⁴⁴;
- *l'irrelevanza dell'autonomia funzionale* che può mancare laddove la prestazione del telelavoratore sia il frammento di un processo produttivo realizzato attraverso la sinergia fra una pluralità di telelavoratori geograficamente distanti l'uno dall'altro (l'esempio tipico è quello del sistema distribuito).

Una interpretazione così dilatante del concetto di *dipendenza* si fonda sulla ratio legis del foro della "dipendenza" come era stato già affermata in una presedente sentenza della Corte (Cass. 8 gennaio 1996, n. 67): *la nozione di "dipendenza" aziendale di cui all'art. 413 c.p.c. deve intendersi in senso lato, in armonia con la ratio legis, mirante a favorire il radicamento del foro speciale del*

⁴² Si tratta di solito di reti private virtuali che sfruttano la rete internet per instradare i flussi di dati attraverso un sistema di crittografia denominato *ip-tunneling* che rende inaccessibili i dati trasmessi a tutti gli altri fruitori di internet.

⁴³ Local area network.

⁴⁴ Ne risulta perciò esclusa la postazione del telelavoratore autonomo che si caratterizza invece per l'assenza di integrazione strutturale e per l'autonoma scelta del mezzo telematico e delle modalità di utilizzo dello stesso (vedi il concetto di auto-organizzazione nel capitolo 2)

lavoro (avente carattere strumentale) nel luogo della prestazione lavorativa, alla condizione però che l'imprenditore disponga ivi almeno di un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa.

Date queste premesse la Cassazione (n.7489/2000) perviene alla conclusione che costituisce "dipendenza" aziendale ogni complesso decentrato di beni dell'azienda, per quanto di esigue dimensioni, che sia munito di propria individualità tecnico - economica e destinato al soddisfacimento delle finalità imprenditoriali *non rilevando in contrario né il fatto che a quel nucleo sia addetto un solo lavoratore né la circostanza che i relativi locali o attrezzature, utilizzati dall'imprenditore, siano di proprietà di un terzo anziché dell'imprenditore stesso.*

La possibile coincidenza della dipendenza aziendale col domicilio del telelavoratore non inficia assolutamente la validità della summenzionata ratio legis perché si tratta di una semplice sovrapposizione topografica che nulla toglie al carattere funzionale del foro della dipendenza: nella sentenza viene infatti specificato nella sentenza che *“ai fini della determinazione della competenza per territorio nelle controversie di lavoro, la "dipendenza" dell'azienda può essere integrata da un complesso di beni decentrato e munito di propria individualità tecnico - economica, **anche se il relativo locale coincida con l'abitazione del lavoratore e sia comunque nella disponibilità di quest'ultimo**, purché sussista un collegamento funzionale con l'azienda datrice di lavoro, il quale collegamento è ravvisabile allorché tale entità sia destinata al*

perseguimento degli scopi imprenditoriali, in quanto centro di riferimento di rapporti giuridici imputabili all'azienda”⁴⁵; questi rapporti giuridici attengono alle prestazioni lavorative espletate in favore dell'azienda dal telelavoratore, ma possono riguardare anche, e a maggior ragione, i rapporti con i clienti verso i quali il telelavoratore presta la propria opera in nome e per conto dell'azienda.

A sostegno di questa interpretazione evolutiva la Cassazione invoca la *mens legis* sottesa alla novellazione dell'art.413 c.p.c.⁴⁶: il legislatore - come emerge dagli atti parlamentari (ed in particolare dalla relazione alla proposta di legge presentata il 14 dicembre 1989 su iniziativa dei deputati Mastrantuono, Di Donato, Iossa, atto n. 4417, X legislatura, Camera dei deputati, dove è dichiarato l'intento di attribuire al "giudice del luogo della prestazione" la competenza territoriale per la tutela dei diritti scaturenti dai rapporti di agenzia e di rappresentanza) - ha inteso rimuovere una discriminazione in danno dei lavoratori parasubordinati, ai quali, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (ex plurimis Cass. 7 giugno 1986 n. 3809) non si applicava il foro della "dipendenza" (che, quindi, risultava essere specifico dei lavoratori subordinati). L'esigenza di fondo cui si è ispirato il legislatore - nell'introdurre il quarto comma dell'art. 413 c.p.c. - è stata quella di radicare la

⁴⁵ Questa possibile coincidenza tra abitazione del lavoratore e locale aziendale avente le connotazioni di "dipendenza" era già stata predicata da Cass. 25 novembre 1988 n. 6465 e Cass. 27 agosto 1987 n. 7078, superando un precedente più restrittivo orientamento (Cass. 8 maggio 1975 n. 1802).

⁴⁶ Al contrario della su esposta sentenza della Cassazione n.11586/99 che guardava unicamente alla lettera della riforma.

competenza nel luogo in cui l'agente e gli altri prestatori d'opera parasubordinata prestano od hanno prestato la loro attività; esigenza questa che - nella medesima prospettiva di favor per il lavoratore - è del tutto omogenea e sostanzialmente analoga a quella sottesa al secondo comma della medesima disposizione. Il domicilio dell'agente e del lavoratore parasubordinato rileva come *criterio indiretto* per avvicinare il processo al luogo dove (presumibilmente) si è svolto il rapporto di agenzia o di parasubordinazione, in mancanza di una "dipendenza" dell'azienda alla quale l'agente o il lavoratore parasubordinato possano risultare addetti, essendo ciò intrinsecamente incompatibile con la natura autonoma del rapporto. Non passa inosservato alla Corte il paradosso creatosi col nuovo art.413 voluto dal legislatore che *dix plus quam voluit*: la portata testuale della novellazione aveva la finalità di parificazione delle situazioni in comparazione (lavoro subordinato e lavoro parasubordinato) ma il canone del domicilio dell'agente o del lavoratore parasubordinato esprime un favor maggiore del mero foro della "dipendenza", previsto per il lavoratore subordinato, ed evoca addirittura quello della residenza dell'attore nelle controversie in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie (art. 444, comma 1, c.p.c.).

È mancata, quindi, una piena parificazione delle situazioni tanto da indurre vari giudici di merito a sospettare una nuova disparità di trattamento in termini rovesciati rispetto a quella scrutinata da C. cost. n. 361 del 1985 (che dichiarò infondata la questione di costituzionalità dell'art. 413, comma 2, c.p.c., nella parte in cui, per

le controversie d'agenzia, escludeva la competenza del giudice del luogo dello svolgimento del rapporto) ed a sollevare questione di legittimità costituzionale; questione non accolta dalla Corte Costituzionale (ord. n. 241 del 1993), ma sulla base del rilievo che una decisione additiva, quale quella invocata dal giudice rimettente (ossia l'estensione del foro del domicilio al lavoratore subordinato), sarebbe stata consentita solo se avesse rappresentato un'"estensione logicamente necessitata" della disposizione censurata (tant'è che la pronuncia è stata di inammissibilità e non già di infondatezza).

Le motivazioni della Corte Costituzionale, che un anno prima avevano spinto la Cassazione ad un'interpretazione sfavorevole per il telelavoratore, vengono qui disattese a fronte di una visione teleologica del sistema della competenza territoriale in materia di lavoro. Il fatto che non ci sia un'esigenza costituzionale di piena e testuale parificazione tra lavoro subordinato e lavoro parasubordinato ai fini del criterio di competenza territoriale (in tal senso successivamente v. anche C. cost., ord., n. 177 del 1994 e, più recentemente, ord. n. 126 del 1999) non esclude che il foro del domicilio (del lavoratore parasubordinato) ed il foro della "dipendenza" (del lavoratore subordinato) *convercano verso la medesima finalità di consentire che la causa sia trattata lì dove si è svolto il rapporto (subordinato od autonomo) dedotto in giudizio in ragione della presumibile maggiore efficacia della tutela giurisdizionale per essere più agevole l'accesso alle fonti di prova.* Più recentemente, poi, l'art. 40 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ha inserito, dopo il quarto comma dell'art. 413 c.p.c., l'ulteriore

previsione secondo cui "competente per territorio per le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è il giudice nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio al quale il dipendente è addetto o era addetto al momento della cessazione del rapporto". In quest'ultimo criterio di individuazione della competenza territoriale - che reca un più specifico riferimento alla sede di lavoro - risulta ancora maggiormente evidente l'intento del legislatore di avvicinare il processo al luogo di espletamento della prestazione lavorativa.

Tutti i criteri enunciati nell'art.413 c.p.c. hanno una matrice comune, segnata dal favor per una più effettiva ed efficace tutela giurisdizionale del ricorrente, che nelle controversie individuali di lavoro è di norma il prestatore, ossia la *parte debole del rapporto sostanziale*.

Le conclusioni dei giudici della Suprema Corte prendono atto della necessità di adeguare l'interpretazione delle norme del lavoro classiche alle peculiarità logistiche del telelavoro in ragione del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) che non tollera discontinuità e che impone un'interpretazione adeguatrice della disposizione in cui sindacato di legittimità è devoluto alla Corte. *Non è possibile che vi sia una (eccezionale e residuale) fattispecie di prestazione lavorativa in senso lato (quale, nella specie, è quella dei viaggiatori e piazzisti, ma quale potrebbe essere anche quella resa in situazione di c.d. telelavoro) che non renda operante uno dei criteri di competenza ex art.413 c.p.c., perché, se così fosse, il ricorrente sarebbe privato della possibilità di radicare il processo in*

prossimità del luogo dove sono le fonti di prova e ciò ridonderebbe in irragionevole discriminazione per essere tale possibilità accordata a tutti gli altri lavoratori subordinati e parasubordinati, privati e pubblici.

Ed allora la nozione di "dipendenza" - ove manchi una struttura aziendale nella quale sia inserito il lavoratore in ragione della peculiarità delle mansioni svolte (quali, nel caso di specie, quelle di piazzista o viaggiatore) - deve essere spinta fino a comprendere anche quel minimo di beni aziendali (l'autovettura, il computer, la modulistica), necessari per l'espletamento della prestazione lavorativa del viaggiatore e del piazzista. Quando, poi, questa embrionale terminazione dell'organizzazione aziendale è collocata presso l'abitazione del lavoratore può anche esserci in concreto una sostanziale sovrapposizione della "dipendenza" (così intesa) al domicilio; ma non c'è in astratto l'(inammissibile) estensione del foro del domicilio, di cui al quarto comma dell'art. 413 c.p.c., alle ipotesi regolate, invece, dal precedente secondo comma, perché ciò che rileva è sempre il dato oggettivo della localizzazione di tale micro - articolazione aziendale, ancorché concentrata nella persona di un singolo lavoratore

Una conseguenza che potrebbe derivare da questa definizione data dalla Cassazione è che questa micro-articolazione aziendale potrebbe essere rappresentata dal solo software - di proprietà dell'azienda⁴⁷ ma installato sull'elaboratore appartenente al

⁴⁷ Ma è sufficiente la mera disponibilità dello stesso, come ha precisato la sentenza della Cassazione n.7489/2000: *costituisce "dipendenza" aziendale ogni complesso decentrato di beni dell'azienda, per quanto di esigue dimensioni... non rilevando in contrario né il fatto che a*

telelavoratore - qualora questo sia *necessario e sufficiente per l'espletamento della prestazione lavorativa* del telelavoratore.

La considerazione non è del tutto peregrina se si pensa alle molteplici lavori, eseguibili dal programma di un singolo elaboratore, che ha rimpiazzato apparecchiature ingombranti e ampi spazi di lavoro: l'elaborazione di testi, le progettazioni ingegneristiche, il videomontaggio, l'archiviazione dei documenti, l'invio di fax, l'elaborazione musicale, la proiezione cinematografica, lo sviluppo fotografico ,ecc.. Un tempo tutte queste attività richiedevano appositi locali e intere unità produttive: la smaterializzazione delle stesse non deve far perdere di vista la sostanziale identità fra quei beni materiali e il software (bene immateriale) che li ha rimpiazzati.

Inoltre, per costante giurisprudenza, l'azienda viene considerata come un complesso di beni materiali e (sempre più) immateriali organizzati dall'imprenditore al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi: sarebbe profondamente discriminatorio operare una distinzione fra i due tipi di bene in relazione alla competenza territoriale per le controversie individuali di lavoro riguardanti telelavoratori; soprattutto perché il fine delle norme processual-lavoristiche in esame è quello di radicare il processo là dove si è svolta la prestazione e non individuare le dipendenze (materiali o immateriali che siano) dell'azienda.

quel nucleo sia addetto un solo lavoratore né la circostanza che i relativi locali o attrezzature, utilizzati dall'imprenditore, siano di proprietà di un terzo anziché dell'imprenditore stesso.

La sentenza analizzata risolve, ai fini del presente studio, il problema relativo alla competenza territoriale nel caso di un telelavoratore domiciliare subordinato, ma vi sono ipotesi di telelavoro che presentano peculiarità diverse: si pensi al telelavoratore parasubordinato e al telelavoratore mobile.

Il primo caso si presenta facilmente incasellabile nella previsione del quarto comma dell'art.413 c.p.c. che enuncia come unico criterio di competenza per tutti i lavoratori para-subordinati quello del domicilio degli stessi, risultando prevalente la lettera della legge rispetto all'interpretazione giurisprudenziale che richiede l'esistenza di una micro-articolazione aziendale.

Resta aperto però un dubbio circa la congruità della previsione codicistica rispetto all'eventualità di un telelavoratore parasubordinato che si rechi al lavoro in un telecentro lontano dal proprio domicilio quel tanto che basta a creare una divergenza tra il foro del domicilio e il foro del luogo in cui si svolge la prestazione. La soluzione potrebbe risultare da un'interpretazione evolutiva dello stesso quarto comma che consentisse al telelavoratore di poter scegliere anche uno dei criteri stabiliti nel secondo comma, cioè la sede dell'azienda o di una sua dipendenza; ciò in considerazione del fatto che il quarto comma opera in favore della parte debole del rapporto di lavoro ed è quindi solo il lavoratore a potervi rinunciare non potendovisi opporre il datore di lavoro per difetto di un interesse ad agire (art.101 c.p.c.) che non sia quello meramente dilatorio e colpevole sanzionato dall'art. 96 c.p.c. . Infatti il datore di lavoro non può che ritenersi avvantaggiato dal una eventuale

scelta del telelavoratore para-subordinato di radicare il processo nel foro dell'azienda o della dipendenza invece del foro del domicilio dato che ciò gli consente allo stesso datore di reperire le prove con più facilità e con minori spese processuali.

L'altra questione da affrontare è telelavoro mobile. Come si può radicare una competenza che sia vicina al luogo di svolgimento della prestazione rispetto ad una modalità di lavoro itinerante?

La fattispecie concreta oggetto della sentenza esaminata si presta a risolvere il problema: per il piazzista la sede di lavoro era stata fissata in Bergamo dalla stessa società datrice, che si era pure riservata espressamente la facoltà di trasferirlo ad altra sede *"...quindi, quotidianamente, il V. doveva iniziare ad espletare la sua prestazione lavorativa partendo da Bergamo, dov'era il riferimento spaziale per l'inizio ed il termine della sua attività itinerante lavorativa di contatto della clientela della società nell'area finitima e dove soprattutto rimanevano quei beni aziendali, seppur minimi (l'autovettura, il computer, la modulistica), necessari per l'espletamento della prestazione lavorativa di piazzista; i quali - per quanto finora detto - integrano la nozione di "dipendenza" alla quale era assegnato il ricorrente e radicano il relativo foro."* Sicché per il telelavoratore mobile il foro competente sarà presumibilmente quello in cui si trova il riferimento spaziale per l'inizio ed il termine della sua attività itinerante lavorativa, sia esso una sede dell'azienda, un centro satellite o il proprio domicilio se quest'ultimo è il centro di imputazione di rapporti giuridici imputabili all'azienda.

In conclusione si possono estrapolare dalla giurisprudenza ultima della Cassazione due chiavi di lettura nell'analisi giuridica del telelavoro:

- il principio di uguaglianza sostanziale enunciato nell'art.3 della Costituzione deve fungere da guida per l'interprete nella valutazione delle norme del lavoro classiche affinché l'applicazione letterale e acritica delle stesse non provochi delle discriminazioni a carico dei telelavoratori. In particolare bisogna estrapolare dalle norme il bene giuridico tutelato per fare in modo che lo stesso continui ad essere tutelato nonostante le peculiarità spaziali e temporali del telelavoro.
- Il concetto di "dipendenza d'azienda", dilatato dalla giurisprudenza in conseguenza della maggiore flessibilità organizzativa praticata per mezzo delle nuove tecnologie, porta a considerare ogni postazione di telelavoro come una *parte integrante dell'azienda* nonostante la sua collocazione topografica esterna alla stessa. Su questa base sarà ben facile costruire un tessuto argomentativo a sostegno dell'applicabilità alle postazioni di telelavoro di tutte le norme attualmente applicabili nei locali aziendali, prima fra tutte quelle relative alla sicurezza

Capitolo IV

Controllo a distanza e tutela della libertà morale

Una prestazione di lavoro svolta col prevalente utilizzo di un'apparecchiatura telematica porta necessariamente alla mente il tema del controllo a distanza della prestazione stessa: ciò a maggior ragione nel telelavoro dove per definizione la prestazione non solo si svolge con l'utilizzo di mezzi telematici, ma è caratterizzata dal collegamento in tempo reale con l'impresa e dal fatto che la postazione di lavoro risulta integrata nel sistema informatico aziendale.

La crescente diffusione degli elaboratori elettronici, che oggi sono prevalentemente utilizzati come strumenti accessori all'esecuzione della prestazione nelle organizzazioni produttive, pone, sotto profili inediti, il problema della legittimità dell'uso di tali apparecchiature in grado di essere utilizzate anche per fini di controllo a distanza dei lavoratori e/o in grado di combinare una grande quantità di informazioni sulla loro vita e sulle loro abitudini lavorative⁴⁸. La potenza raggiunta negli ultimi anni dai mezzi telematici e informatici danno l'esatta immagine della pervasività, della velocità e della completezza del controllo.

Come giustamente evidenziato «è indubbio che la prestazione a distanza risulterà sottoposta ad un potere di controllo maggiore e

⁴⁸ «È questa, senza dubbio, una situazione nuova e non prevista, dal legislatore nel momento in cui si formularono le disposizioni contenute nell' art. 4 della l. n. 300 del 1970» come affermato da L. BATTISTA, *Telelavoro: quale subordinazione? riflessioni minime sul potere di controllo*, in *Giust. civ.* 1998, 11, 555

più invasivo rispetto a quello esercitabile sul dipendente inserito in azienda»⁴⁹.

Già nel 1970 si avvertiva la vessatorietà del controllo a distanza dei lavoratori, tant'è che venne inserito nello Statuto dei Lavoratori una norma, l'art. 4, composta di due parti fondamentali :

- il primo comma prevede il divieto assoluto del controllo a distanza mediante l'uso di impianti audiovisivi o altre apparecchiature (tra le quali, per quel che riguarda il telelavoro, sono da considerarsi anche i softwares);
- il secondo comma che permette l'utilizzo di impianti e apparecchiature di controllo dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori se motivato da esigenze organizzative e produttive ovvero di sicurezza del lavoro, condizionandone l'utilizzo al previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna o a seguito di un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro.

Come si vede l'art.4 della legge n.300 del 1970 non vieta in termini assoluti il potere di controllo dell'imprenditore, ma ne regola e ne disciplina le modalità d'esercizio in funzione di tutte le esigenze emergenti dal rapporto di lavoro: si viene così a modellare la fattispecie del "controllo corretto"⁵⁰.

Difatti non viene messo in dubbio il diritto del creditore di lavoro di controllare lo svolgimento dell'attività imposta al lavoratore:

⁴⁹ L. BATTISTA, *Telelavoro: quale subordinazione? riflessioni minime sul potere di controllo*, in *Giust. civ.* 1998, 11, 555

⁵⁰ B. VENEZIANI, *Lo statuto dei lavoratori. Commentario* a cura di G.GIUGNI, Milano, 1971, pag. 20.

l'esistenza di tale potere organizzativo deriva direttamente dall'art.2104 Cod. Civ. che riconosce il "diritto di impartire disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro", al quale è complementare l'esercizio dell'attività di verifica della conformità del risultato dovuto dal prestatore alle direttive impartite.

L'esercizio di tale potere datoriale sembra essere l'aspetto pratico più delicato in ordine all'effettiva diffusione del telelavoro: sia per garantire al datore di lavoro di organizzare la sua azienda al meglio, sia al lavoratore per un'effettiva tutela della sua dignità e riservatezza.

L'introduzione dell'art.4 nel nostro ordinamento ha avuto delle precise finalità sociali: così come si legge nella relazione del disegno di legge governativo la norma si prefigge il fine di mantenere la vigilanza sui dipendenti «...*in una dimensione umana, vale a dire non esasperata dell'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro*». Quando si fa ricorso a tali strumenti elencati nella norma il controllo è potenzialmente continuo e, quindi, vessatorio, dal momento che è possibile controllare il lavoratore anche nei momenti di distrazione, normalmente presenti nel lavoro di chiunque e che vanno tollerati poiché «*la stessa produzione si deve adeguare a questi limiti che sono proprio i limiti di applicazione del lavoro umano*»⁵¹.

⁵¹ G. GIUGNI, in *Confindustria. Atti del seminario sullo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Rapallo, 4 luglio 1970, Genova, 1970, pag.22.

La norma in esame è stata oggetto di una evoluzione giurisprudenziale che ne ha specificato i profili applicativi: innanzitutto si è detto che la norma tutela l'interesse del prestatore di lavoro a non essere controllato in relazione a fatti non rilevanti ai fini della valutazione del corretto adempimento dell'obbligazione assunta; infatti, poiché riguarda apparecchiature destinate ad essere installate in maniera fissa e permanente nel luogo di lavoro, *non è possibile operare alcuna distinzione in seno all'attività svolta dal dipendente e sottoposta ininterrottamente al controllo a distanza.*⁵²

La Corte di Cassazione ha precisato che l'art.4 della legge n.300 del 1970 pone il divieto non nei confronti della più circoscritta e definita "*attività lavorativa*" del dipendente, così come nei due articoli che lo precedono, ma nei confronti della più estesa "*attività del lavoratore*"⁵³; la giurisprudenza di merito, dello stesso avviso, ha avuto modo di precisare che l'art.4 tutela il lavoratore sia per quanto attiene la qualità e quantità della prestazione, sia in ordine alle modalità di esecuzione del lavoro ed al *comportamento in*

⁵² G. GHEZZI, F.LISO, *Computer e controllo dei lavoratori*, in *Dir. Lav. Rel.Ind.*, 1986, pag.362; A. FONTANA, *In tema di controllo a distanza*, in *Dir. Lav.*, 1985, II, pag. 187; T. PADOVANI, *Il controllo a distanza dell'attività lavorativa svolta mediante elaboratori elettronici*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1985, II, pag. 209; P. ZANELLI, in *Lavoro '80*, 1987, pag. 225.

⁵³ Cass. 8 ottobre 1985, n. 2432, in *Mass. Giur. Lav.*, 1986, pag. 404, con nota di M. PAPALEONI; Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, in *Foro It.*, 1985, II, col. 285 e sgg. Con note di A. ROSSI e D. PULITNO', *Software e controllo a distanza sul lavoro*, in *Giur. It.*, 1985, I, 2, col. 654, con nota di P. ZANELLI e C. DEGLI ESPOSITI, *Calcolatori e controllo sugli elaboratori*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, pag. 209, con nota di T. PADOVANI; in *Or. Giur. Lav.*, 1985, pag. 688.

azienda dello stesso⁵⁴. Naturalmente (n.d.r.) un tale comportamento è ravvisabile sia quando il lavoratore si trovi fisicamente in azienda che quando la sua prestazione venga svolta a distanza dall'azienda in forma di telelavoro: in questa prospettiva si può avere una proiezione in azienda del comportamento del telelavoratore per mezzo dell'inserimento della relativa postazione nella rete informatica aziendale.

L'art.4 della legge n. 300 del 1970 è stato a lungo al centro dell'attenzione della dottrina che si è interrogata in merito agli elementi costitutivi della fattispecie in esame e, in primo luogo, sul significato da attribuire alla locuzione "a distanza", cioè se è necessario o meno ricomprendere sia l'elemento spazio che l'elemento tempo nell'interpretazione di tale termine.

Dall'analisi svolta emerge che la locuzione "a distanza" indica un apprezzabile intervallo spazio-temporale tra chi esercita il controllo e chi lo subisce poiché è possibile costatare come nel cosiddetto controllo diacronico o storico la "sfasatura temporale" non altera significativamente gli elementi identificativi della materia disciplinata dalla disposizione.

Un punto fermo al dibattito dottrinale è stato posto dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha ritenuto che "la distanza" di cui all'art.4 della legge n.300 del 1970 vada intesa sia in senso spaziale che temporale: proprio nella prima sentenza emessa in tema di "controlli a distanza" la Corte di Cassazione ha confermato

⁵⁴ Trib. Milano 29 settembre 1990, in *Or. Giur. Lav.*, 1990, pag. 10; Pret. Milano 5 dicembre 1984, in *Foro It.*, 1985, II, col. 285; in *Giur. It.*, 1985, 2, col. 654.

l'efficacia del divieto imposto dall'art. 4 anche con riferimento ai controlli a posteriori rispetto allo svolgimento dell'attività⁵⁵.

In particolare è stata affermata l'illegittimità di apparecchiature che permettevano la successiva rielaborazione dei dati, così da poter tracciare grafici differenti a seconda delle fasi di funzionamento e di arresto delle macchine attraverso il cui esame era possibile valutare ex-post la quantità e la qualità dell'attività svolta dagli operai.

Un altro punto controverso in dottrina ha riguardato la continuità del controllo, vale a dire la possibile lesione del bene prodotta da una vigilanza non necessariamente continua o sincronica all'esecuzione del lavoro, ma anche saltuaria e/o posteriore allo stesso.

Dal punto di vista delle sanzioni penali ricollegate all'art.4 la violazione del primo comma della norma in esame si realizza al

⁵⁵ Cass. 18 febbraio 1983. n. 1236, in *Foro It.*, 1985, II, col. 285. In particolare si trattava di dischi collegati ad un registratore Kienzle che venivano apposti dallo stesso lavoratore all'inizio della giornata lavorativa e riconsegnati alla fine al capo reparto. Su di essi risultavano impressi vari tipi di linee: una serie di linee a zig-zag segnalava la condizione normale di funzionamento; altre linee circolari di varia forma indicavano gli arresti automatici della macchina seguiti da segnalazioni dell'addetto effettuate a mezzo di uno dei cinque pulsanti descrittivi della causa di fermata; una linea circolare e sottile l'assenza dell'operaio all'atto del fermo automatico. Dello stesso parere la giurisprudenza di merito: Pret. Roma 22 dicembre 1988, in *Foro It.*, 1989, I, col. 1309. Di diverso avviso si è mostrata un'altra parte della giurisprudenza di merito: Pret. Venezia 26 giugno in *Mass. Giur. Lav.*, 1973, 5, pag. 362; Pret. Pisa 25 giugno 1992, in *Foro It.*, 1993, II, col. 392, con nota di M. MARIANI, *Sul controllo a distanza dell'attività lavorativa nel pubblico impiego*; in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1992, pag. 881; nella specie di controllo consisteva nella prescrizione per cui gli operatori ai video terminali dovevano annotare su un registro tutte le pratiche trattate quotidianamente; tali annotazioni, lette in connessione con i dati registrati del computer consentivano un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

momento dell'uso, cioè della concreta utilizzazione dell'impianto, ma per realizzare la fattispecie vietata potrebbe non essere necessario un controllo attuale; *sarebbe sufficiente un controllo potenziale*, anche perché l'art. 4 in esame non distingue tra atto e potenzialità, ma solo tra *intenzionalità e preterintenzionalità*.

A tale interrogativo ha dato una risposta la giurisprudenza di legittimità ritenendo che il divieto posto dall'art. 4 al datore di lavoro di far uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dei lavoratori non è escluso né dalla circostanza che tali apparecchiature siano state solo installate ma non siano ancora funzionanti, né dal fatto che tale controllo sia destinato ad essere discontinuo perché esercitato in locali dove i lavoratori possono trovarsi solo saltuariamente; il mancato esercizio del controllo a distanza mette il datore di lavoro al riparo dalle sanzioni penali previste dall'art. 38 della legge n. 300 del 1970, ma non esclude l'illiceità della semplice installazione⁵⁶.

Nel delineare l'ambito di applicazione della norma è stata messa in discussione la rilevanza della consapevolezza del controllo da parte del lavoratore; in altre parole si credeva possibile non ricomprendere nel divieto l'installazione degli impianti che permettevano un controllo a distanza di cui il lavoratore era a conoscenza e limitare l'efficacia della norma ai soli impianti e apparecchiature che rendevano possibile un controllo occulto.

⁵⁶ Cass. 8 ottobre 1985, n. 2432, in *Not. Giur. Lav.*, 1986, pag. 160; Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, in *Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 83.

Nella giurisprudenza più recente prevale l'affermazione dell'*irrelevanza della consapevolezza nel prestatore di lavoro della sottoposizione al controllo*: la Corte di Cassazione ha ritenuto che il divieto posto dall'art. 4 per il datore di lavoro di far uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori non è escluso dall'eventuale preavviso dato ai lavoratori, i quali quindi siano avvertiti del controllo suddetto⁵⁷.

La nozione di impianti audiovisivi non ha dato luogo ad eccessivi problemi interpretativi, dal momento che il legislatore ha inteso far riferimento a tutti quegli strumenti che consentono al datore di lavoro, attraverso la trasmissione di immagini e/o di suoni, da captare informazioni o acquisire diretta conoscenza dell'attività dei propri dipendenti, come ad esempio telecamere, citofoni aperti, microfoni, ecc...

La nozione di "altre apparecchiature" è stata invece al centro di dibattiti dottrinali poiché l'espressione del legislatore assolve una funzione residuale, cioè ricomprende ogni strumento, anche se incorporato nelle apparecchiature di lavoro e deve ritenersi, in generale, che tale locuzione si riferisca ad ogni congegno potenzialmente in grado di essere usato al fine di controlli occulti, ovunque collocato ed inserito e non necessariamente caratterizzato

⁵⁷ Cass. 6 marzo 1986, n. 1490, in *Dir. Lav.*, 1987, II, pag. 83; Cass. 16 settembre 1997, n. 9211, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, pag. 236; Cass. 18 febbraio 1983, n. 1236, in *Foro It.*, 1985, II, pag. 285; negli stessi termini sembra muoversi Cass. 9 giugno 1990, n. 5599, in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, 30, pag. 1946

da una sua distinta ed autonoma struttura e da una esclusiva destinazione al controllo.

Viceversa, il secondo comma dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 consente l'installazione degli impianti e delle apparecchiature di controllo che si rendano necessari per obiettive esigenze organizzative e produttive, o per garantire la sicurezza del lavoro, anche qualora gli stessi rendano possibile quel controllo a distanza dell'attività lavorativa vietato, in termini assoluti, dal primo comma, previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali e in mancanza con la commissione interna, oppure, in difetto di accordo, su provvedimento dell'Ispettorato del lavoro, ora Direzione del lavoro.

Il divieto contenuto nel primo comma ha una portata assoluta, non può subire eccezioni o trovare deroghe nel disposto del secondo comma che, al contrario, va interpretato in termini tali da assicurare la non effettuazione dei controlli a distanza.

L'articolo distingue nettamente a seconda che le apparecchiature siano destinate esclusivamente al controllo a distanza, assolutamente vietate, e quelle richieste da esigenze organizzative e produttive, ovvero dalla sicurezza del lavoro, non finalizzate al controllo sul lavoratore ma che tuttavia lo rendono possibile: il legislatore ha ritenuto che, nel momento in cui si manifesti un conflitto tra l'interesse dei lavoratori a non sottostare al controllo a distanza ed obiettive esigenze organizzative e produttive dell'impresa, ovvero l'esigenza di garantire l'integrità fisica dei lavoratori stessi, si deve operare un bilanciamento di interessi

sacrificando in misura più o meno incisiva e con ben precise garanzie, il primo interesse.

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che, nell'ambito degli impianti audiovisivi e delle apparecchiature, occorre operare una netta separazione tra le due fattispecie disciplinate dall'art. 4: da una parte le apparecchiature finalizzate al controllo a distanza (primo comma) e dall'altra le apparecchiature installate per far fronte alle esigenze produttive, organizzative e di sicurezza del lavoro (secondo comma) che comportano il controllo a distanza come evento meramente accidentale rispetto agli scopi salvaguardati dalla legge.

Mentre le apparecchiature di cui al primo comma sono assolutamente vietate data la loro odiosità, il loro contrasto con i principi della Costituzione e il danno che possono arrecare alla stessa produttività del lavoratore, quelle di cui al secondo comma sono consentite soltanto a condizione che il datore di lavoro osservi quanto tassativamente previsto nello stesso comma oltre che nei successivi.

I mezzi di controllo sono ammissibili in quanto e nella misura in cui la possibilità che ne deriva di controllare a distanza l'attività dei lavoratori sia del tutto accidentale, non sia la ragione della loro installazione: sia tale, insomma, che sia corretto parlare di *preterintenzionalità* di controllo.

I singoli lavoratori sono titolari di un diritto soggettivo a non essere sottoposti a controlli a distanza fuori dalle ipotesi contemplate della legge, dalle ipotesi, cioè, nelle quali il controllo è

preterintenzionale; naturalmente la questione va risolta caso per caso, alla stregua del criterio dettato dalla legge.

L'accordo raggiunto con le rappresentanze sindacali rappresenta una condizione necessaria ma non sufficiente per la legittimità dell'installazione poiché è altresì necessaria la reale esistenza delle esigenze produttive, organizzative e di sicurezza.

Poiché la norma non attribuisce al soggetto collettivo il potere di disposizione di diritti individuali, il lavoratore assoggettato ad un controllo a distanza non conforme a quanto previsto dall'art. 4 può agire contro il datore di lavoro, in sede di giurisdizione ordinaria, per la tutela del proprio interesse, chiedendo la rimozione degli impianti non solo nel caso in cui manchi l'accordo sindacale o l'autorizzazione amministrativa, ma anche nel caso in cui, pur essendo in presenza dell'uno o dell'altra, difettino le esigenze e le modalità di utilizzo degli impianti e delle apparecchiature di controllo⁵⁸.

In definitiva, l'art. 4 dello Statuto s'attingerebbe come norma aperta per l'indeterminatezza del bene tutelato, il che consentirebbe altresì di adeguare il contenuto dell'art. 4 alle nuove situazioni aziendali caratterizzate dall'innovazione tecnologica.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il divieto di cui all'art. 4 della legge in esame sia totalmente inapplicabile allorché vengano impiegate, per il controllo a distanza, le tecnologie

⁵⁸ G.GENTILE, *Innovazioni tecnologiche e art.4 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1996, I; P.CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, in *Dottrina e giurisprudenza del lavoro* diretto da G.GIUGNI, Torino, 1996

informatiche e telematiche, argomentando dal divieto di analogia in materia penale.

Si deve ritenere, al contrario, coerentemente a quanto sostenuto dai più recenti orientamenti, che il generico riferimento alle "altre apparecchiature" di cui al primo comma dell'articolo citato comprenda anche l'impiego di siffatti strumenti, la cui diffusione non poteva certo essere prevista dal legislatore del 1970. E ciò in quanto la finalità della norma è quella di vietare, considerandolo vessatorio, ogni controllo a distanza, in qualsiasi forma attuato.

Si è quindi ritenuto che le apparecchiature informatiche applicate in azienda, cumulando la qualità di strumenti di lavoro e, contestualmente, di mezzi di controllo dell'attività lavorativa del dipendente, siano anch'esse da includere nel divieto *ex* art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Ma l'elaboratore elettronico, di per sé, non risulterebbe idoneo a concretare la fattispecie vietata dall'art. 4; è necessario che il datore di lavoro, utilizzando la suddetta apparecchiatura, ponga in essere un controllo non necessario alle sue esigenze organizzative e produttive.

Analizzando più specificatamente i problemi del controllo a distanza nel telelavoro l'orientamento prevalente sembra propendere a ritenere che anche gli elaboratori elettronici sono strumenti da includere, per la loro potenzialità ad assolvere finalità di verifica, tra le apparecchiature utilizzabili per il controllo a distanza, in quanto il divieto posto dalla norma folgorerebbe qualunque congegno dotato di potenzialità (o suscettibile di essere utilizzato in

funzione) di controllo, ovunque collocato ed inserito, e non necessariamente caratterizzato da una sua distinta ed autonoma struttura o da un'esclusiva destinazione a finalità di controllo. In sostanza, l'elaboratore, composto dalla macchina (*hardware*) e dai programmi (*software*) che guidano l'attività dell'operatore, sarebbe potenzialmente uno strumento di controllo sull'attività in atto del telelavoratore in ragione del programma installato; potrebbe essere sufficiente, dunque, dividere le diverse funzioni esplicabili dall'apparecchiatura onde provvedere all'eliminazione o regolamentare le modalità di utilizzo di quelle idonee a concretare la funzione di controllo a distanza.

L'elaboratore esporrebbe l'operatore ad un controllo del datore di lavoro allorché esso è programmato in modo tale da rendere possibile il controllo con la registrazione di ciascun singolo dipendente, dell'orario di lavoro iniziale e finale, delle pause e dei tempi morti, della quantità delle operazioni eseguite nonché dei dati trattati, di eventuali errori e del tempo impiegato per lo svolgimento delle singole operazioni.

Chiarito che il terminale, unitamente ai programmi destinati al suo funzionamento, sarebbero strumenti idonei per procedere al controllo dell'attività lavorativa in atto del singolo operatore, ci si deve domandare quali modalità dell'esame datoriale, per garantire la conformità del risultato della prestazione, siano vietate in ragione del loro manifesto contrasto con principi fondamentali della nostra Costituzione, a tutela della libertà e dignità del dipendente (art. 41, comma 2, cost.) e della stessa produttività del telelavoratore.

Fra queste modalità di controllo vietate la giurisprudenza ha ritenuto di non ricomprendere i cosiddetti "controlli difensivi" che il datore può predisporre via software per rilevare gli inadempimenti contrattuali del lavoratore e gli illeciti commessi dallo stesso per mezzo della postazione di telelavoro (download di programmi illegali, accesso a siti pedofili, ecc.)

Di recente una sentenza del *Tribunale di Milano 14/6/2001* si è espressa a proposito degli abusivi collegamenti Internet del lavoratore in azienda e abusivo controllo elettronico dell'azienda sull'attività del lavoratore (Giur. merito 2003, 1, 27 con nota di Giuseppe Cassano) La fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici milanesi attiene al caso di una giovane lavoratrice che è stata licenziata in quanto effettuava collegamenti internet giornalieri e di lunga durata, che si erano interrotti in concomitanza con il periodo di congedo matrimoniale della stessa e che, al rientro di lei, erano ripresi con lo stesso ritmo.

Data la frequenza e regolarità delle connessioni alla rete durante l'orario di lavoro, il tribunale ha accertato che la ricorrente ha provocato con il suo comportamento costi aziendali non necessari e, rilevata l'entità, ha ritenuto integrati gli estremi di un rilevante inadempimento degli obblighi contrattuali di lavoro: in altri termini, quale che fosse la ragione (internet o qualsiasi altra cosa), per tutte quelle ore la lavoratrice, si legge nella sentenza, non ha effettuato la prestazione per la quale era retribuita.

La decisione, pur ineccepibile in ordine alla gravità del fatto, ripropone all'attenzione generale il problema dei controlli a distanza attuati a scopo difensivo dal datore.

L'utilizzo di un *provider* che «spia» sistematicamente il lavoro del dipendente sembra, infatti, porsi in contrasto con il disposto dell'art. 4 della legge n. 300/1970.

In tale norma non è indicato espressamente il bene tutelato. Esso, tuttavia, è chiaramente individuabile nella dignità della persona del lavoratore ed in particolare nel diritto del lavoratore alla riservatezza nel luogo di lavoro: sintomatica di ciò si può ritenere la collocazione della norma nell'ambito del Titolo I, relativo alle norme a tutela della libertà e dignità del lavoratore. D'altra parte, non è casuale la tutela particolarmente forte apprestata dall'ordinamento nell'ipotesi di sua violazione, posto che la trasgressione al divieto è penalmente sanzionata ai sensi dell' art. 38 dello Statuto.

In termini sostanziali, la previsione di cui all'art. 4 dello Statuto si traduce nell'impossibilità che il potere di direzione dell'imprenditore possa spingersi fino a controllare, sempre ed in qualunque momento, l'operato dei suoi dipendenti. Tale potere deve dunque poter trovare un limite nel rispetto della dignità dei lavoratori e della loro riservatezza.

Senonché, è opportuno precisare come il legislatore del 1970 non abbia inteso vietare il controllo del datore di lavoro sull'operato del lavoratore.

Occorrerà verificare se nell'ambito di una nuova fattispecie quale il telelavoro, il controllo esercitato per mezzo dei sistemi informatici e telematici debba essere considerato intenzionale e, come tale, assolutamente vietato, ovvero preterintenzionale e, dunque, lecito purché circondato dalle garanzie di cui al secondo comma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

È importante notare come nel telelavoro, in quanto forma di esecuzione a distanza dell'attività lavorativa, il controllo sull'operato del lavoratore, rientrando nel suo legittimo potere dispositivo, non può che essere esercitato nella forma suindicata, cioè a distanza, data l'assenza del lavoratore dalla sede aziendale.

Pertanto, il controllo effettuato a distanza deve essere considerato funzionale allo svolgimento del rapporto e richiesto da precise esigenze organizzative⁵⁹.

Nel telelavoro, inoltre, il potere di controllo è intrinseco alla stessa attività lavorativa, in quanto inserito nello stesso software utilizzato dal lavoratore per l'espletamento della prestazione. A dire il vero, stando all'attuale livello di normazione in materia di telelavoro (si consideri, per l'applicazione di tale modalità di svolgimento della prestazione nell'ambito della p.a, il d.P.R n. 70 del 1999), il Legislatore fornisce in merito poche indicazioni, limitandosi a disporre che, sulla base di una specifica analisi dei rischi, l'amministrazione garantisce adeguati livelli di sicurezza delle comunicazioni tra la postazione di telelavoro ed il proprio sistema

⁵⁹ da ultimo MAZZARO e SILVESTRO, *Telelavoro e P.A.*, in *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'internet*, a cura di CASSANO, Milano, 2002, 1342

informativo. Più che quella di garantire la riservatezza del lavoratore la *ratio legis* sembra, pertanto, fare riferimento alla non alterazione e alla segretezza dei dati.

Né pare condivisibile, d'altra parte, la tesi in base alla quale gli strumenti informatici e telematici, per il solo fatto di essere macchine direttamente produttive o, comunque, introdotte per soddisfare precise esigenze organizzative, giustificano sempre anche le funzioni di controllo che ad esse ineriscono, rendendo così i controlli stessi, *ipso iure*, di carattere preterintenzionale.

Ed infatti, come si osserva in dottrina, il controllo esercitato attraverso tali strumenti, anche se diretto al momento solutorio del rapporto, può essere particolarmente penetrante e subdolo, poiché il computer è in grado di controllare il lavoratore ad ogni passo della sua attività, registrando il numero di operazioni compiute, di errori commessi, le soste effettuate, il tempo impiegato per compiere le diverse operazioni. Inoltre, il datore di lavoro ha la possibilità di inserirsi nella linea telematica utilizzata dal lavoratore per effettuare controlli occulti, non dettati da esigenze organizzative e produttive e lesivi della riservatezza del lavoratore. Proprio in ragione di tali caratteristiche, è necessario che l'analisi della legittimità dei controlli continui ad essere fatta caso per caso, sia pure in modo più adeguato alla nuova realtà, senza ricorrere a valutazioni globali per fattispecie.

I rilievi messi in luce dalla dottrina per giustificare l'utilizzo del software quale strumento di controllo, garantendone la liceità rispetto all'art. 4 comma 1, nonché l'interpretazione

giurisprudenziale su esposta che ammette i controlli difensivi, vanno rivisti alla luce di una norma introdotta recentemente col codice della privacy (decreto legislativo 30 giugno 2003, n.196 - Codice in materia di protezione dei dati personali.) e in particolare con gli articoli 114 e 115 inseriti nel capo III (intitolato “divieto di controllo a distanza e telelavoro”) del titolo VIII.

L' art. 114 si preoccupa di ribadire la vigenza dell'art.4 della legge 20 maggio 1970 n. 300 nonostante l'entrata in vigore delle nuove norme sulla privacy: queste, riguardando la raccolta di dati relativi al lavoratore, sarebbero potute apparire in conflitto o comunque abroganti della precedente disciplina stabilita dallo statuto dei lavoratori a tutela della libertà e dignità del lavoratore (tale finalità è espressamente dichiarata nella rubrica del titolo 1 dello statuto stesso).

Il successivo art. 115, invece, introduce una nuova regola sul controllo a distanza stabilendo che “*nell'ambito del rapporto del telelavoro, il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale*”.

La portata rivoluzionaria di questa norma che potremmo definire una fattispecie aperta un quanto teleologicamente strutturata è passata del tutto inosservata agli occhi della dottrina, forse anche per il ristretto ambito soggettivo di applicazione (lavoro domestico e telelavoro) che si scontra con una tradizione letteraria improntata principalmente ad un'analisi dei controlli a distanza attuati verso qualsiasi tipo di lavoratore. Ciò a riprova della diffidenza della dottrina a confrontarsi con la fattispecie del telelavoro che per i suoi

connotati si presta a destrutturare le tradizionali categorie concettuali elaborate attorno al lavoro di tipo industriale.

Al contrario dell'art.4 dello statuto dei lavoratori, che è strutturato sotto forma di *divieto* di controllo a distanza per mezzo di determinate apparecchiature, l'art.115 trasforma il divieto in un *obbligo di comportamento* per il datore di lavoro: questi deve svolgere la propria azione e orientare le proprie scelte al fine di garantire la salvaguardia delle libertà morale e della personalità del lavoratore con formula ancor più garantistica di quella che rubrica il titolo I della legge n.300/70.

Naturalmente il richiamo del precedente art.114 alla permanenza in vigore della disciplina del 1970 ha l'unico scopo di richiamare l'attenzione sul fatto che la disposizione dell'articolo successivo non è da interpretarsi in maniera estensiva o analogica data la diversità sostanziale fra la situazione del lavoratore presente in azienda (che si trova tutto sommato in un ambiente di pertinenza del datore e può normalmente prefigurarsi la possibilità di un controllo diretto sulla sua prestazione) e quella del telelavoratore che invece ha una minore consapevolezza del controllo operato dal datore per il tramite del mezzo telematico.

Sicché l'evoluzione interpretativa dell'art.4 continua ad avere la sua validità per la generalità dei lavoratori. Per i telelavoratori, paradossalmente, il trattamento di minor favore che la dottrina riservava loro in ragione dell'affermata liceità del controllo tramite software (perché essenziale ai fini dell'organizzazione produttiva e perché unico mezzo per l'accertamento dell'esatto adempimento

della prestazione) viene così ribaltato dalla previsione normativa che, essendo sganciata da qualsiasi indagine circa la preterintenzionalità o meno del comportamento del datore, valuta il dato oggettivo della predisposizione da parte del datore stesso di tutto quello che sia necessario a garantire il lavoratore.

Il cambio di prospettiva è evidente: l'art.4 prevede una fattispecie sanzionata penalmente che soffre del divieto di analogia, così come più volte ribadito dalla giurisprudenza, ed è orientata a reprimere il solo controllo a distanza senza nulla dire circa altri possibili forme di lesione del bene giuridico tutelato. L'art.115, al contrario, individua perfettamente il bene giuridico da tutelare e impone un comportamento del datore finalizzato alla tutela dello stesso, permettendo al giudice (ma soprattutto al garante della privacy che ha competenze molto simili a quelle giurisdizionali) di operare una valutazione nel merito di tutte le scelte imprenditoriali relative al telelavoratore e di sanzionare le stesse a prescindere dal fatto che siano dettate dalla volontà di controllare l'attività lavorativa oppure da esigenze organizzative, produttive e di sicurezza.

Le applicazioni pratiche di questo principio enunciato nell'art.115 possono essere molteplici: innanzitutto nella scelta del software che dovrà essere orientata verso quei programmi per elaboratore che più di tutti garantiscano le prerogative individuali del telelavoratore in quanto permettono una memorizzazione anonima dei dati inerenti all'attività del lavoratore.

In secondo luogo, ove non è possibile, a causa della natura del software, scindere i dati relativi alle modalità di svolgimento

dell'attività dai dati relativi ai risultati della prestazione lavorativa, dovrà essere premura del datore di lavoro di far apportare le necessarie modifiche al software affinché i dati memorizzati sull'elaboratore e necessari allo stesso per il suo funzionamento (quelli cioè richiesti da specifiche esigenze produttive) siano criptati e decriptati in automatico dallo stesso elaboratore solo e unicamente in funzione delle esigenze produttive senza che il datore di lavoro possa accedere a questi dati. Le possibilità tecniche attualmente presenti nel panorama della programmazione informatica consentono un'interpretazione in tal senso dato che già da alcuni anni i sistemi operativi commercialmente più diffusi adottano questo tipo di sistema per combattere la pirateria informatica.

Un'altra considerazione rinvenibile dalla lettera dell'art.115 è l'applicabilità dello stesso al telelavoro tout court visto e considerato che lo stesso progetto di legge presentato al Senato parlava di telelavoro in termini generali senza fare nessuna distinzione fra le prestazioni subordinate e quelle autonome. Per la verità, una siffatta interpretazione non terrebbe conto del profilo sistematico adottato dal decreto legislativo n.196/2003 che individua principalmente la fattispecie del telelavoro subordinato quale campo di applicazione dell'art.115: fa propendere in tal senso la posizione dello stesso subito dopo l'art.114 che si riferisce chiaramente al lavoratore subordinato a cui sono garantite le tutele dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori.

Tuttavia, non è da escludere un'applicabilità della garanzia in esame anche al telelavoratore parasubordinato stante la possibilità

di estensione analogica della disposizione che non è possibile escludere con le stesse argomentazioni utilizzate dalla dottrina in riferimento all'art.4 (in particolare il divieto di applicazione analogica di una norma penale).

Ultimo profilo da prendere in considerazione è la posizione del telelavoratore autonomo: qui il problema della libertà morale e della personalità del telelavoratore non solleva grossi problemi in quanto le tutele apprestate al domicilio informatico sono ben più forti. Come già evidenziato nel secondo capitolo, il telelavoratore autonomo organizza da sé la prestazione scegliendo hardware e software necessari; quindi qualsiasi intrusione del committente-datore di lavoro nel computer del lavoratore a distanza dovrà considerarsi una violazione di domicilio con tutte le conseguenze penali che ne derivano. Solo il telelavoratore può consentire l'accesso ai dati relativi alla propria prestazione dietro richiesta fatta, volta per volta, dal committente di accedere al sistema informatico.

Capitolo V

Telelavoro e sicurezza.

Il telelavoro, al pari del lavoro tradizionale, espone la salute del lavoratore ad una serie di rischi connessi all'utilizzo delle attrezzature e all'ambiente di lavoro.

In particolare, i principali parametri che possono venire in considerazione ai fini della sicurezza del telelavoratore sono: la dimensione dell'abitazione, la luminosità naturale del locale, la qualità dell'illuminazione artificiale, l'affidabilità e sicurezza dell'impianto elettrico, la compatibilità di una attività che richiede il telefono con la tranquillità del riposo dei familiari, la ergonomia dei mobili della postazione (adozione di schienali anatomici, eliminazione degli spigoli vivi), la qualità delle attrezzature informatiche che sono date in dotazione, specialmente il monitor e la CPU (rumorosità della ventola, schermatura dei cavi, rumorosità del modem in fase di collegamento nelle ore notturne, ecc.) e la tossicità di toner e inchiostri delle stampanti.

La necessità di garantire al telelavoratore una adeguata protezione dai rischi per la salute è stata avvertita innanzitutto nella contrattazione collettiva delle aziende private...

Successivamente, con l'avvento del telelavoro nelle P.A., le norme in materia di sicurezza sono state estese al pubblico dipendente, travalicando i confini "spaziali" di applicazione stabiliti dal d. leg. n. 626 del 1994.

La normativa, come è stato osservato, è caratterizzata da una centralità concettuale- spesso carsica, "magari inconsapevole"- di quello domiciliare come modello archetipico del telelavoro⁶⁰. Difatti si riferiscono al telelavoro domiciliare:

- l'art. 4, comma 2, del regolamento n. 70/'99, che subordina l'assegnazione del dipendente allo svolgimento di una teleprestazione domiciliare all'accertata disponibilità di un "ambiente di lavoro" del quale l'amministrazione abbia preventivamente verificato la conformità "alle norme generali di prevenzione e sicurezza delle utenze domestiche";
- l'art. 8, comma 2, del regolamento n. 70/'99, che devolve alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità di accesso al domicilio del dipendente addetto al telelavoro dei soggetti aventi competenza in materia di salute, sicurezza e manutenzione";
- il comma 2 dell'art. 6 del CCNQ, che sancisce l'obbligo del lavoratore di consentire ai soggetti responsabili della sicurezza e degli addetti alla manutenzione "l'accesso alle attrezzature di cui ha l'uso" (ma, in realtà, l'ingresso nello spazio domestico privato)...

Carattere generale ha invece l'art. 5, comma 5, del contratto ai cui sensi l'amministrazione risulta destinataria di un duplice obbligo:

⁶⁰ Donata Gottardi, Il telelavoro domiciliare, in in GAETA, PASCUCCI, POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, Il Sole-24 Ore, 145 ss.

- di “garantire” che la prestazione del telelavoro “si svolga in piena conformità con le normative vigenti in materia di ambiente, sicurezza e salute dei lavoratori”;
- di fornire la formazione necessaria perché la prestazione di lavoro sia effettuata in condizioni di sicurezza per sé e per le persone che eventualmente vivono negli ambienti prossimi al suo spazio lavorativo”

Anche l’art.3, comma 2, del regolamento ha attinenza con le questioni della sicurezza sul lavoro, almeno nella parte in cui impone che le modalità di effettuazione del telelavoro ed i sistemi informatici utilizzati debbano essere conformate e progettate tenendo conto dei principi di “ergonomia cognitiva”⁶¹.

Nonostante questo ampio spettro di applicazione della normativa prevenzionistica permane una fascia apparentemente scoperta, quella cioè del telelavoro privato non contrattualizzato o comunque non tutelato dai contratti aziendali.

In dottrina la risoluzione della problematica relativa alla applicabilità al lavoro a distanza della disciplina prevenzionistica, è stata imperniata sulla possibilità o meno di configurare il telelavoro domiciliare come forma di lavoro subordinato⁶². Si tratta, in altre parole, di determinare, in relazione al caso concreto, la presenza di un rapporto di dipendenza tra il lavoratore e il soggetto imprenditore. Nel caso, infatti, di sussistenza di tale rapporto appare

⁶¹ A. VISCOMI (1999), *La salute e la sicurezza*, in Gaeta, Pascucci, Poti (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole-24 Ore, 145 ss.

⁶² MARCO BIAGI e ALESSANDRA LOPEZ, *Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica*, in *Dir. relaz. ind.* 2000, 3, 295

plausibile includere il lavoro a distanza nel concetto di subordinazione speciale di cui all’art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 626/94 e quindi considerare applicabile l’intero sistema di tutela predisposto dal predetto decreto e, in particolare, le disposizioni relative all’uso dei videoterminali.

Altra parte della dottrina ha suggerito una prospettiva in cui l’applicabilità delle regole prevenzionistiche è ricostruita «scomponendo» la fattispecie telelavoro nei suoi elementi fondamentali giungendo, in particolare, a ritenere applicabile il comma 1 dell’art. 4 del D.Lgs. n. 626/1994, che impone al datore di lavoro di valutare rischi producibili nei confronti dei lavoratori anche al momento della scelta delle attrezzature di lavoro e quindi *ex ante*⁶³. Ne consegue che la scelta del datore di lavoro dovrà vertere su arredi ergonomici, schermi a matrice attiva, ma anche di software rispondenti ai canoni di ergonomia cognitiva.

In particolare l’ergonomia cognitiva assume primaria importanza⁶⁴ in considerazione del pericolo alla salute psichica del telelavoratore che può derivare da una cattiva progettazione del software: poca differenziazione dei colori dei pulsanti, scarsa intuitività dei comandi, assenza di memorizzazioni intermedie che salvano il lavoro parziale e che costringono l’utente a ricominciare daccapo in caso di errori e quantalto risulti irrazionale dal punto di vista della

⁶³ TAMPIERI A. *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, 1999, Giappichelli, Torino.

⁶⁴ In particolare nel telelavoro parasubordinato dove può facilmente verificarsi la situazione in cui l’hardware sia di proprietà del collaboratore mentre il software venga fornito dal datore di lavoro.

programmazione e non rispondente alle normali aspettative dell'utente medio.

L'ostacolo più grande all'applicabilità delle normative prevenzionistiche al telelavoro domiciliare risiede in una asserita identificazione dottrinale dello stesso col modello del lavoro a domicilio. Il telelavoro, in questa ottica, viene definito come quella forma lavorativa che si svolge al di fuori dei locali dell'azienda, assumendo la qualifica di prestazione domiciliare ai sensi della legge 877/73 nel caso in cui il luogo di lavoro coincida con l'abitazione dell'addetto.

Detto questo, sembra non condividersi l'opinione di chi, considerando questo tipo di attività coincidente con il tradizionale modello di lavoro domiciliare, limita l'applicabilità del D.Lgs. 626/94 ai soli obblighi formativi e informativi di cui agli artt. 21 e 22 della normativa in questione.

Il lavoro a distanza, infatti, implica necessariamente la presenza di strumenti telematici, il cui utilizzo è considerato per definizione attività pericolosa: si pensi innanzitutto, ma non solo, ai pericoli per la vista legati all'utilizzo di videoterminali previsti a fini di tutela dalle norme in materia di salute e sicurezza del D.Lgs. n. 626/94.

Occorre, peraltro, fare molta attenzione a definire il D.Lgs. n. 626/94 e le direttive in esso recepite come strumenti sempre puntuali in grado di far fronte a tutte le molteplici esigenze e forme di organizzazione che si sono via via sviluppate. In particolare, poi, in relazione al telelavoro si devono considerare le oggettive difficoltà di tramutare una disciplina prevista per la struttura della

medio e grande impresa in una normativa di tutela dei lavoratori all'interno delle proprie abitazioni (o comunque fuori dai locali dell'azienda). Si pensi, innanzitutto ai poteri ispettivi degli appositi organi di vigilanza, il cui esercizio forzoso è da considerare inverosimile, data la delicatezza della legislazione che protegge il domicilio e che, in ogni caso, potrebbe avvenire solo con il consenso del telelavoratore o (improbabile) su sua richiesta.

Le soluzioni offerte dalla dottrina per l'attuazione di una adeguata struttura di tutela dei telelavoratori, devono individuarsi o, nell'emanazione di una specifica normativa, in grado di affrontare le peculiari caratteristiche di questo « alternativo » modello di attività lavorativa, o, meglio, nel rafforzamento dei meccanismi di autotutela dei lavoratori in questione, lasciando così alla contrattazione sociale il compito di predisporre i necessari aggiustamenti alla disciplina generale di cui al D.Lgs. n. 626/94. Qualsiasi sia la soluzione che si adotterà, si deve, comunque, sottolineare la necessità di definire una procedura-base per la valutazione dei rischi e degli impatti per ciascuna prestazione di lavoro che viene teleubicata. Sia chiaro, in questo senso non si fa riferimento ai « cottages telematici » che riuniscono in una determinata zona o paese più telelavoratori, poiché questi centri dovranno essere predisposti e organizzati come unità produttive sottoposte, come qualsiasi ufficio aziendale, al rispetto delle norme per la sicurezza. Si fa riferimento, invece, al tipico telelavoro a domicilio che dovrà essere adeguato dal punto di vista ergonomico e sotto controllo per quanto attiene la emissione di sostanze nocive

(stampanti laser, fotocopiatrici, ecc.), procedendo, in tal modo, a una valutazione preventiva dei rischi avente come punto di riferimento il cambiamento che può produrre l'introduzione di una postazione di telelavoro. In particolare, i principali parametri da prendere in considerazione sono: la dimensione dell'abitazione, luminosità e qualità dell'illuminazione del locale, l'affidabilità e sicurezza dell'impianto elettrico, la compatibilità di una attività che richiede il telefono nelle ore notturne con la tranquillità del riposo dei familiari, la ergonomia dei mobili della postazione, la qualità delle attrezzature informatiche che sono date in dotazione, specialmente il monitor e la CPU (rumorosità e schermatura-rumorosità del modem in fase di collegamento nelle ore notturne, ecc.).

In sostanza tutti questi aspetti vanno valutati prima di impiantare la stazione di lavoro, tenendo anche conto di problemi tipici dell'Italia, quali ad esempio la dimensione assai piccola delle abitazioni tipo. In molti casi, infatti, vi potrebbe essere una logica di sacrificio di spazi destinati alla vita familiare per dedicarli al telelavoro.

Occorre non dimenticare che il telelavoro può presentarsi anche in forma autonoma e non domiciliare. Qui gli aspetti relativi alla sicurezza si complicano e divengono più confusi. Quanto alla prima ipotesi (telelavoro autonomo) bisogna precisare che gli spazi in cui si muove la normativa in materia di salute e sicurezza sono piuttosto angusti⁶⁵.

⁶⁵ cfr. TAMPIERI A., 1999, op.cit.

L'unica via interpretativa per ampliare l'area della tutela anti-infortunistica potrebbe essere quella che fa leva sull'art. 7 del D.Lgs. n. 626, ove si prevede l'applicabilità di una parte della normativa in materia anche ai « lavoratori autonomi » cui si sia affidato l'imprenditore⁶⁶.

Quanto, invece, alla seconda ipotesi - quella, cioè, del telelavoro non domiciliare - l'interprete si deve arrestare di fronte alla chiarezza della previsione contenuta nell'art. 50, comma 2, lett. d) del D.Lgs. n. 626 secondo cui nei confronti dei lavoratori addetti « a sistemi denominati portatili » che « non siano oggetto di utilizzazione prolungata in un posto di lavoro » non trovano applicazione le norme in materia di sicurezza.

Rispetto a queste possibili applicazioni del d.lgs.626/94 c'è da chiedersi se effettivamente il telelavoro sia una fattispecie da scomporre nei suoi elementi e, per quel che riguarda la forma domiciliare, da sovrapporre alla figura del lavoro a domicilio.

La risposta a questo interrogativo deve ritenersi sicuramente negativa : il telelavoro deve considerarsi una fattispecie diversa e non sovrapponibile al lavoro a domicilio per tre ordini di ragioni.

La prima riguarda l'evoluzione giurisprudenziale esaminata nel terzo capitolo che, configurando la dipendenza d'azienda come un complesso di beni organizzato dall'imprenditore, indipendentemente dal luogo fisico di localizzazione degli stessi, ha esteso i confini spaziali dell'impresa rendendo di fatto applicabile la normativa prevenzionistica prevista per i locali aziendali anche

⁶⁶ VISCOMI A., 1999, op.cit e TAMPIERI A., 1999, op.cit.

laddove la postazione di telelavoro sia ubicata nel domicilio del lavoratore. Qui il richiamo è all'indicazione interpretativa della Cassazione fondata sull'articolo 3 della Costituzione: non è possibile rendere operante un criterio di applicazione della normativa prevenzionistica che non tenga conto del bene tutelato discriminando in base alla localizzazione del lavoratore.

La seconda ragione si fonda su un argomento logico: come già detto nel lavoro a domicilio è vietato l'utilizzo di sostanze nocive e di materiali pericolosi mentre nel telelavoro vi sono delle peculiarità applicative in netto contrasto con la disposizione in esame. Innanzitutto la presenza necessaria di un video terminale implica il concretizzarsi di un'attività pericolosa dato che l'uso di questa apparecchiatura è considerato nocivo alla salute (in particolare alla vista) dallo stesso decreto legislativo 626 all'art. 54.

In secondo luogo la postazione di telelavoro comprende nella generalità dei casi l'utilizzo di stampanti che funzionano con toner e inchiostri e che quindi rappresentano sostanze nocive ai sensi dell'art.2 della legge n.877 del 1973.

Se vi fosse una identificazione del telelavoro domiciliare col lavoro a domicilio ci si troverebbe di fronte all'impossibilità di praticare il telelavoro in casa dato che esso risulterebbe sempre illecito, la qual cosa oltre a non essere ammissibile, è in netto contrasto con la realtà applicativa sia del pubblico impiego che delle aziende private.

L'ultima ragione va ricercata in un'analisi storica del lavoro a domicilio. Questo tipo di prestazione nasceva nell'ambito della

produzione manifatturiera ed era caratterizzato dall'omogeneità fra l'attività lavorativa del lavoratore a domicilio e quella del committente, senza un controllo diretto da parte del datore che non fosse quello ex post sui manufatti stessi. La realtà del telelavoro si presenta in maniera diametralmente opposta: il telelavoratore è inserito nell'organizzazione dell'azienda e partecipa solo a una porzione del ciclo produttivo, molto spesso collegandosi in tempo reale con gli altri lavoratori per la realizzazione collettiva della prestazione; inoltre, a differenza del lavoro a domicilio, il telelavoratore è sottoposto al controllo a distanza del datore e al suo potere disciplinare in itinere della prestazione.

Vale la pena precisare che il dibattito sui caratteri individuativi della fattispecie «lavoro a domicilio» della legge n. 877/1973 (ha portato alcuni - compresa parte della giurisprudenza - ad escludere che il telelavoro possa essere ricondotto al lavoro a domicilio e, su questa via a ritenere comunque insoddisfacente l'alternativa tra lavoro a domicilio e telelavoro domiciliare, specie se l'attenzione si focalizza sulla normativa in materia di sicurezza⁶⁷).

Non va trascurata, infine, la portata generale dell'art.2087 c.c. laddove dispone “che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”; questo articolo può ben essere invocato “pur in assenza di una

⁶⁷ A.VISCOMI, *La salute e la sicurezza*, in GAETA, PASCUCCI, POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1999, Il Sole-24 Ore, 145 ss.

normativa specifica e di dettaglio, in tutti i casi in cui si profila, in connessione con l'attività lavorativa, la lesione o la messa in pericolo del diritto del prestatore alla propria integrità fisica e morale". Tanto che si è potuto affermare l'applicazione di regole tecniche di ergonomia e salute per le lavorazioni ai video terminali anche al di fuori della vigenza delle specifiche e più recenti disposizioni legislative, proprio perché in linea di massima il legislatore italiano "si è preoccupato di tutelare la salute dei lavoratori non già attraverso specifiche regolamentazioni mirate sui singoli rischi o settori professionali, bensì mediante normative a carattere generale, finalizzate a governare l'insieme dei luoghi di lavoro e, dunque, destinate ad applicarsi anche alle lavorazioni informatizzate"⁶⁸.

Una volta chiarita la generale applicabilità al telelavoro domiciliare delle disposizioni in materia di sicurezza il problema che si presenta immediatamente agli occhi dell'interprete è la compatibilità di dette disposizioni con le garanzie costituzionali relative alla inviolabilità

⁶⁸ I dubbi avanzati sulla natura precettiva dell'art. 2087 c.c., la sua scarsa determinatezza e l'inesistenza di una specifica sanzione, hanno impedito a tale norma di svolgere una effettiva funzione prevenzionale, essendo stata solitamente invocata *ex post*, in funzione risarcitoria di eventi dannosi già verificatesi: cfr. BETTERA, *Le nuove norme sulla sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 330; STOLFA, *Il nuovo sistema giuridico*, in *Dir. prat. lav.*, 1996, I, 6. *Contra*, VITALE, *Aspetti sistematici e profili di novità della sicurezza del lavoro*, in *Dir. lav.*, I, 1996, 82 ss., la quale sostiene la vocazione spiccatamente prevenzionale dell'art. 2087 c.c. Per l'autrice, l'articolo citato rappresenta una clausola generale, ma non generica, perché esso ancora l'obbligo di sicurezza a tre punti di riferimento, cioè alla particolarità del lavoro, all'esperienza al riguardo acquisita ed al livello della tecnica. Si tratta di indici che non delimitano l'oggetto della statuizione, che resta aperto e destinato a variare nel tempo.

del domicilio e alla libertà di autodeterminazione. Uno spazio come quello domestico è di solito organizzato e arredato secondo le inclinazioni personali dei soggetti che vi abitano; l'intrusione di postazioni di telelavoro non in linea con l'organizzazione domestica può destabilizzare l'armonia all'interno del gruppo familiare, perciò non può configurarsi un obbligo assoluto del telelavoratore ad accettare l'inserimento nel proprio domicilio di apparecchiature ed arredi che possano arrecare danno alla libera esplicazione della sua personalità.

D'altronde non si può addebitare al datore di lavoro il maggior costo di una postazione di telelavoro che risponda alle aspettative personali del telelavoratore e che si ponga in armonia con il contesto domestico.

Ne discende che le obbligazioni del datore di lavoro in materia di sicurezza saranno adempiute nel momento dell'offerta fatta al lavoratore delle apparecchiature normalmente predisposte dal mercato per l'allestimento di postazioni di lavoro in azienda (luce al neon, tavoli in metallo, hardware dal basso livello estetico, ecc.) secondo gli schemi civilistici della *mora credendi*.

Spetterà, invece, al telelavoratore la differenza monetaria fra l'offerta fatta dal datore e il maggior costo che le apparecchiature avranno per soddisfare le proprie esigenze abitative, il tutto condizionato all'accertamento datoriale della rispondenza di tali diverse apparecchiature alle esigenze organizzativo-produttive e alle prescrizioni in materia di sicurezza.

Capitolo VI

L'orario di (tele)lavoro

Storicamente il telelavoro nasce come prestazione svincolata da un orario di lavoro e strutturata sul modello del cottimo, della prestazione di risultato: questa connotazione genetica era dovuta allo stato della tecnologia che non permetteva al datore di lavoro un controllo (a bassi costi) sull'espletamento della prestazione lavorativa⁶⁹. A ciò si aggiungeva una alta specializzazione delle mansioni telelavorabili (programmatori, analisti di sistema, progettisti, manager, traduttori e, in genere prestazioni caratterizzate da una qualche progettualità) derivante dal fatto che solo pochi lavoratori erano in grado di interfacciarsi con software complicati e poco intuitivi.

Oggi lo scenario è profondamente mutato: il progresso tecnologico e la velocità sempre maggiore delle reti di telecomunicazione hanno permesso di rendere telelavorabili un numero sempre maggiore di mansioni includendo quelle che per loro natura devono svolgersi in tempo reale perchè caratterizzate da un rapporto funzionale di immediatezza fra lo svolgimento della prestazione e l'utilizzo della stessa.

Inoltre la creazione di interfacce grafiche molto intuitive ha rivoluzionato l'approccio lavorativo al software e, mandate ormai in soffitta le vecchie interfacce a riga di comando, un numero sempre

⁶⁹ Era necessario creare un intranet (non esisteva ancora internet), implementare un sistema di gestione server-client, creare programmi e architetture di rete appositi per un tipo di scambio di dati che oggi si realizza con una semplice e-mail.

crescente di lavoratori poco specializzati e a digiuno di informatica possono ora svolgere le proprie mansioni per via telematica.

La conseguenza di questi mutamenti è rappresentata dal fatto che molte delle obbligazioni di mezzi, caratterizzate dalla messa a disposizione delle energie lavorative per un tempo determinato, sono diventate telelavorabili: ad esempio l'aiuto on-line (help desk), gli addetti al call center, l'insegnamento a distanza (e-learning), e, per citare qualcosa di più familiare, ma che al tempo stesso dà la percezione del cambiamento, il servizio 12 della Telecom che è stato remotizzato e trasformato in telelavoro per i dipendenti che hanno optato per il part-time.

Di questi dati di fatto sembra non tener conto la dottrina che, in tema di riflessioni sul rapporto fra orario di lavoro e compenso della teleprestazione, tende a rimanere ancorata ai vecchi schemi del lavoro a domicilio e del cottimo pieno⁷⁰: l'aporìa è ancor più grave se si pensa che questo modo di procedere viene utilizzato anche in riferimento al telelavoro nella P.A., laddove il *pubblico servizio* implica, nella maggior parte dei casi, la messa a disposizione dei cittadini delle energie lavorative dei pubblici dipendenti e non il risultato delle stesse⁷¹ (risultato che, per legge, deve mancare tutte

⁷⁰ L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in L. Gaeta-P.Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Torino, Giappichelli, 1998; L. GAETA, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, in *DRLI*, 1995; Giuseppe Cassano, *Il telelavoro nella pubblica amministrazione (a proposito del d.p.r. 8 marzo 1999, n. 70)*, in *Giur. merito* 2000, 6, 1358; B.M. MANTOVANI, *I passi avanti e i problemi irrisolti per evitare che il telelavoro degeneri nel cottimo*, in *ItaliaOggi* 7, 27 settembre 1999, 4.

⁷¹ In questo senso B.CARUSO, *La retribuzione e l'orario di lavoro "alla corte" della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in *QDLRI*, 1995, n.17. pagg.100-101: "Da qui un indebolimento della nozione di orario di lavoro

le volte che non siano adempiute esattamente le fasi del procedimento amministrativo.

L'influsso della dottrina sembra aver condizionato anche le scelte del legislatore nella riforma della disciplina dell'orario di lavoro attuata col decreto legislativo 8 aprile 2003 n.66, rubricato "Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro": il quinto comma dell'art.17 del decreto recita:

“ Nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 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:

- a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo;*
- b) di manodopera familiare;*
- c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose;*
- d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di **telelavoro**. ”*

“effettivo”, suscettibile di riflettersi sui rapporti fra tempo di lavoro e retribuzione o, più precisamente, sulla possibilità dell'orario di lavoro di costituire nel telelavoro parametro affidabile di misurazione del compenso, secondo la tecnica standard della retribuzione “a tempo”, mentre più concreta appare, prima facie, la possibilità di estendere al lavoro a distanza le disposizioni sul lavoro a domicilio, con applicazione in particolare della tecnica retributiva del cottimo pieno.”

Come si vede la norma preclude l'applicazione delle sue norme più importanti al telelavoro: orario normale di lavoro, durata massima dello stesso, straordinario, riposo, pause, lavoro notturno).

La ratio della norma in esame sembra essere quella di non applicare regole abbastanza rigide in tema di orario di lavoro ad una fattispecie quale il telelavoro caratterizzata dall'assenza di una scansione temporale predeterminata e dalla possibilità data ai lavoratori stessi di organizzarsi da sé per quanto concerne i ritmi di lavoro.

Una tale motivazione sarebbe stata plausibile venti anni fa quando, per le ragioni su esposte, l'interazione in tempo reale era difficoltosa e costosa; oggi invece l'eterorganizzazione e la predeterminazione dell'orario di lavoro sono la regola per gran parte delle prestazioni di telelavoro: l'esempio più calzante è rappresentato dai call-center (strutturati di solito come centri satellite in collegamento telematico col server dell'azienda madre), in cui la prestazione di assistenza alla clientela è scandita da turni, da pause prestabilite, dal “timbrare il cartellino” all'inizio e alla fine della prestazione.

Un altro esempio a tutti noi familiare è rappresentato dal servizio 12 della Telecom che altro non è che la messa a disposizione di un operatore telefonico per venire incontro alle richieste di informazioni della clientela: questo tipo di servizio viene reso dal telelavoratore per una fascia oraria corrispondente alla normale giornata lavorativa. Si legge, infatti, nel contratto della Telecom che *“L'organizzazione del servizio avverrà' nell'arco orario in vigore*

nell'unità produttiva di appartenenza secondo modalità di turnazioni o comunque precedentemente o comunque predeterminabili. Le prestazioni lavorative saranno prevalentemente collocate in coincidenza di orari eccedenti quello base osservato nel centro di lavoro di appartenenza.” e inoltre che “Il lavoratore comunicherà inizio e termine della prestazione lavorativa azionando l'apposito dispositivo di presenza”⁷².

Le previsioni dei contratti collettivi aziendali indicano chiaramente la perfetta identità fra le mansioni telelavorate e le analoghe mansioni svolte in azienda data la prevalenza del supporto tecnico di collegamento rispetto al luogo fisico di posizionamento dell'operatore (che diviene perciò irrilevante). Appare subito evidente la discriminazione che può nascere nel momento in cui al telelavoratore non siano applicabili le norme più rilevanti del decreto legislativo in esame: ad esempio, non si potrebbe riconoscere al lavoratore a distanza la maggiorazione retributiva conseguente all'effettuazione di lavoro straordinario, operando così una discriminazione immotivata e perciò censurabile costituzionalmente con riferimento al principio di uguaglianza sostanziale sancito nell'art. 3 della Costituzione. Tornando all'esempio del call-center si può immaginare una situazione in cui, nella stessa impresa, coesistano lavoratori ubicati nella sede centrale che vedono riconosciuto il compenso per il lavoro straordinario e telelavoratori domiciliari che, a parità di ore

⁷² Il testo del contratto è rinvenibile all'indirizzo <http://www.artel.sardegna.it/biblioteca/legislazione/accordi/telecom.html>

lavorate, non avrebbero diritto alla medesima maggiorazione retributiva

Ma la previsione normativa, oltre a risultare discutibile sul piano pratico e della ragionevolezza, si presta altresì ad essere criticata sotto il profilo sistematico: si può infatti rilevare l'ambiguo e contraddittorio orientamento del legislatore che in più occasioni ha espresso un'evidente propensione verso una predeterminazione dell'orario di telelavoro.

Innanzitutto, nella normativa del pubblico impiego relativa al telelavoro, laddove viene specificato che “la prestazione del telelavoro è orientata a modelli innovativi di distribuzione dell'orario di lavoro, ferma restando la stessa quantità oraria globale prevista per il personale che presta la sua attività nella sede e secondo i criteri generali definiti ai sensi dell'articolo 3, comma 5, lettera b).”⁷³; il concetto di quantità oraria globale sta proprio ad identificare una particolare protezione che il legislatore stesso ha voluto accordare al telelavoratore affinché l'espletamento della prestazione non implichi una maggiorazione del tempo dedicato al lavoro. Alla stessa finalità è orientato il secondo comma dell'art.6 del CCNQ che prevede l'inclusione dei periodi di breve interruzione del circuito telematico nel computo del monte ore prestabilito per il telelavoratore. E' da notare, infine, che il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni risulta ancor più tutelato rispetto al settore privato perché, ai fini della valutazione dell'orario di lavoro, non si fa nessuna distinzione fra obbligazioni di mezzi e

⁷³ Art. 6 del CCNQ sul telelavoro nelle P.A.

obbligazioni di risultato restando essendo queste ultime soggette alla sola valutazione del dirigente, in base ai criteri predeterminati del progetto di telelavoro.

Un'altra norma orientata nel senso della predeterminazione dell'orario di lavoro è contenuta nella legge del 12 marzo del 1999, n. 68 che stabilisce la computabilità ai fini della copertura della quota di riserva dei *“I lavoratori disabili dipendenti occupati a domicilio o con modalità di telelavoro, ai quali l'imprenditore affida una **quantità di lavoro** atta a procurare loro una **prestazione continuativa corrispondente all'orario normale di lavoro** in conformità alla disciplina di cui all'articolo 11, secondo comma, della legge 18 dicembre 1973, n. 877, e a quella stabilita dal contratto collettivo nazionale applicato ai lavoratori dell'azienda che occupa il disabile a domicilio o attraverso il telelavoro,...*”. Il riferimento chiaro all'orario normale di lavoro e a una prestazione continuativa corrispondente a quella stabilita per gli altri lavoratori dell'azienda fa intendere che il legislatore del '99 si è prefigurato delle modalità di telelavoro del tutto corrispondenti, in termini di quantità di tempo di lavoro e di continuità dello stesso, a quelle delle analoghe mansioni espletate in azienda; inoltre il riferimento alla *prestazione continuativa* evoca immediatamente l'art. 8 del decreto legislativo 66/2003 (relativo alle pause per il recupero delle energie psicofisiche e per l'eventuale consumazione del pasto) che il successivo art. 17 non ritiene applicabile al telelavoro e fa apparire l'evidente discriminazione di un'interpretazione che non permetta al disabile di usufruire delle suddette pause; così come

non appare ammissibile la sottrazione del telelavoratore disabile alle norme sul riposo giornaliero e sul lavoro straordinario, sottrazione che l'art. 17 ritiene di dover sempre operare “quando si tratta di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro”.

A favore della tesi della effettiva predeterminabilità dell'orario di telelavoro milita la generalizzazione, sia a livello di contrattazione privata che di pubblico impiego, dell'istituto della *reperibilità telematica* che consiste nel dovere del telelavoratore di rendersi reperibile all'interno della rete in orari prestabiliti per le esigenze di comunicazione e di organizzazione del lavoro.

Nelle pubbliche amministrazioni l'istituto della reperibilità viene disciplinato, con carattere di generalità, dall'art. 3, comma 5, lett. b) del CCNQ che attribuisce alla contrattazione, nell'ambito di ciascun comparto, la definizione dei criteri generali non solo per l'articolazione del tempo di lavoro ma anche “per la determinazione delle fasce di reperibilità telematica”, prevista più specificatamente nei CCNL che fissano periodi di reperibilità definiti. Si legge nel manuale illustrativo edito dal ministero della funzione pubblica⁷⁴ che «poiché l'esecuzione dell'attività di telelavoro viene prestata al di fuori della sede di lavoro, si rende indispensabile, al fine di assicurare necessari contatti con il datore di lavoro, che il dipendente garantisca *“la propria reperibilità per un certo numero di ore al giorno durante le quali il lavoratore deve essere rintracciabile telefonicamente o telematicamente”*»

⁷⁴ Reperibile all'indirizzo www.funzionepubblica.it/telelavoro.htm

Un simile istituto pone il telelavoratore nella condizione di non poter scegliere autonomamente la distribuzione, nell'arco della giornata, del proprio orario di lavoro, sicchè ogni qualvolta il datore di lavoro richieda al telelavoratore una reperibilità straordinaria in fasce orarie che esulano dalle previsioni contrattuali sarà lecito addebitare allo stesso la maggiorazione dovuta per il lavoro straordinario nonché l'applicazione dei limiti stabiliti per il lavoro notturno dal decreto legislativo 66/2003. Nel settore del pubblico impiego una eventualità del genere può verificarsi, ad esempio in caso di svolgimento di operazioni elettorali che richiedono un supplemento di attività lavorativa nelle ore notturne e nei giorni festivi.

La tendenza legislativa è nel senso di una quanto più possibile equiparazione del rapporto di telelavoro al lavoro tradizionale, tendenza testimoniata anche dal punto di vista tecnico che vede affermarsi di strumenti e tecniche di autenticazione al fine di registrare l'ingresso e l'uscita dal sistema informatico; la "timbratura del cartellino" tipica del lavoro industriale è stata così trasferita al mondo del telelavoro permettendo da un lato il controllo della prestazione con obbligazione di soli mezzi e dall'altro di determinare la quantità (numero di ore) e qualità (diurna o notturna) dell'orario di lavoro.

Anche la pubblica amministrazione sembra seguire quest'indirizzo di scelte mirante all'equiparazione: recentemente l'INPS ha espresso un chiaro orientamento in tal senso con la circolare n. 181 del 2003, stabilendo che *"A causa della particolare natura dei*

rapporti di lavoro e le particolari modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, per il personale dirigenziale e con funzioni direttive e per i lavoratori a domicilio non è dovuto, come noto, il versamento del contributo aggiuntivo sul lavoro straordinario. Per quanto attiene, invece, alle prestazioni rese nell'ambito dei rapporti di telelavoro, lo stesso contributo aggiuntivo deve essere versato in assenza di esplicite previsioni normative di esonero". E' da notare che la circolare non fa alcuna differenza in merito all'organizzazione dell'orario del telelavoratore, con ciò confermando la possibilità che vi possa essere del lavoro straordinario sia nelle ipotesi di predeterminazione dell'orario di lavoro sia nel caso di telelavoratori svincolati da qualsiasi orario nel momento in cui venga a configurarsi a carico del datore di lavoro l'utilizzo di prestazioni straordinarie rese dagli stessi telelavoratori. Fin qui si è presa in considerazione una possibile interpretazione letterale e tutto sommato estensiva della norma contenuta nell'art. 17 dando per scontato che il riferimento della lettera d) del quinto comma sia al telelavoro tout court, qualunque sia la modalità applicativa dello stesso.

In realtà è ben possibile una diversa interpretazione che miri a ridimensionare il riferimento al telelavoro in chiave esemplificativa; difatti a ben vedere la norma è divisa in due parti ben distinte.

La prima parte descrive le caratteristiche che deve avere una determinata attività affinché sia sottratta all'applicazione delle norme di tutela previste dal decreto legislativo; queste caratteristiche sono alternativamente la mancanza di

predeterminazione dell'orario di lavoro, l'impossibilità di misurazione dello stesso o la libertà del lavoratore stesso di determinare da sé l'orario del lavoro.

La seconda parte, invece, elenca una serie di fattispecie la cui attività rispecchia una delle tre caratteristiche. Ma, a ben vedere, si tratta di un elenco che ha valore puramente esemplificativo che ha come unico scopo quello di focalizzare l'attenzione dell'interprete sul tipo di attività preso in esame dalla norma, così come lascia intendere l'inciso in particolare che introduce l'elenco. Come qualsiasi altro elenco esemplificativo, anche questo soggiace ad un'interpretazione non letterale dello stesso, dovendosi ritenere che le fattispecie elencate abbiano il compito di favorire l'esatta interpretazione della ratio della norma piuttosto che l'individuazione concreta delle fattispecie cui la stessa è applicabile. Ne deriva che intanto quelle fattispecie saranno vincolanti per l'interprete in quanto le stesse vadano a realizzare un'effettiva indeterminatezza ed indeterminabilità dell'orario di lavoro. Se ne conclude che anche il telelavoro sarà assoggettato alla disciplina dell'art. 17 solo se il concreto atteggiarsi della prestazione non permetta di quantificare e di delimitare l'orario di lavoro. Tutte le volte che sarà presente un elemento di predeterminazione o di misurazione dell'orario di lavoro il telelavoro sarà sottratto alla previsione del quinto comma e vedrà perciò riconosciute tutte le tutele in materia di orario normale di lavoro, di straordinario, di pause giornaliere, di lavoro notturno, ecc. Questo elemento potrà essere rappresentato dalla previsione di

fasce di reperibilità, di sistemi di monitoraggio del tempo di connessione alla rete aziendale o dalla predeterminazione di orari di disponibilità verso l'utenza.

Un siffatto tipo di ragionamento non è nuovo nel panorama giurisprudenziale: basti pensare ad una norma come l'art. 2083 che pur prevedendo una ancor più netta indicazione di fattispecie è stata tuttavia interpretata nel senso di ritenere l'elenco contenuto nella norma non come indicativo delle fattispecie di sicura applicazione ma come esemplificativo delle stesse; il requisito dell'esercizio di un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia deve effettivamente sussistere anche nelle fattispecie elencate dalla norma non rilevando l'affermazione perentoria dell'art. 2083 che li definisce ipotesi di piccolo imprenditore.

Viene da pensare che in materia di telelavoro vi siano ancora molte confusioni anche a livello legislativo, forse dovute a una non ben precisa conoscenza del fenomeno e degli aspetti tecnici dello stesso, così come testimoniato dai contributi della dottrina che ritengono prevalenti gli aspetti topografici del telelavoro e non considerano che lo stesso può avere tutti i connotati del lavoro in azienda dato che l'utilizzo della tecnologia permette di rendere sempre più irrilevanti le distanze fisiche.

Capitolo VII

Il telelavoro fra autonomia e subordinazione.

Nei capitoli che precedono si è visto come nel telelavoro il controllo a distanza è pregnante e invasivo; si è altresì rilevato come nel telelavoro l'uso massiccio del software permette un annullamento delle distanze e un inserimento pressoché perfetto del telelavoratore nell'organizzazione aziendale.

Alla luce delle caratteristiche intrinseche della teleprestazione viene da domandarsi quanta autonomia rimanga al telelavoratore: quando lo possiamo invece considerare un lavoratore subordinato?

La norma principe circa i criteri utili per accertare la sussistenza del lavoro subordinato è l'art. 2094 cod. civ. che si presenta come una norma indeterminata (o in bianco) che, se da un lato è incerta, dall'altro ha il pregio di essere sempre moderna ed evoluta.

Naturalmente dovrà farsi ricorso ad alcune valutazioni, non soffermandosi sul *nomen iuris* del contratto di lavoro, ma verificando in concreto l'attività effettivamente espletata dal lavoratore così come sottolinea la **teoria della sussistenza**.

Secondo questa teoria, fondata sull'interpretazione del contratto ex art. 1362 Cod. civ.⁷⁵, occorre confrontare i modelli astrattamente contenuti nella legge con i casi concreti onde incasellare questi ultimi nella fattispecie astratta corretta.

⁷⁵ Art. 1362 cod. civ.: "Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto."

E' pertanto necessario tener conto delle mansioni materialmente svolte e dell'attività effettivamente esercitata dal lavoratore che, essendo "contraente debole", potrebbe non essere in grado di far valere i propri diritti da un punto di vista formale.

Così solo attraverso un approfondito accertamento (in sede giudiziale e mediante l'assunzione di testimonianze) si potrà verificare l'attività effettivamente svolta dal lavoratore e l'eventuale sussistenza del vincolo di subordinazione gerarchica, così da poter successivamente ricorrere alla disciplina applicabile in tema di lavoro subordinato, o, invece, autonomo.

La distinzione tra lavoro autonomo e subordinato può opportunamente fondarsi su indici di tipo sociale e organizzativo, evidenziati dalla giurisprudenza, rivelatori del vincolo che lega il lavoratore e il datore.

Nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale si è appurato che molti indici rivelatori sono riscontrabili sia nel lavoro autonomo che nel lavoro subordinato: la collaborazione con l'imprenditore, la prestazione continuativa e coordinata, l'utilizzazione di mezzi, l'assoggettamento ad un orario, l'occasionalità di un lavoro, la prestazione in riferimento al risultato.

Sia i lavoratori autonomi che subordinati e parasubordinati collaborano con l'imprenditore e possono prestare la loro attività in maniera coordinata e continuativa, utilizzando anche i mezzi e l'organizzazione del datore di lavoro, ricevendo una retribuzione

periodica e svolgendo la loro attività secondo gli orari di lavoro prestabiliti.⁷⁶

Il potere direttivo e quello disciplinare, invece, sono presenti solo nel lavoro subordinato.

I criteri distintivi costantemente indicati dalla Suprema Corte di Cassazione per riconoscere una prestazione di lavoro subordinato o, al contrario, autonomo vengono così riepilogati: *il lavoratore è subordinato se risulta assoggettato al potere organizzativo-direttivo e disciplinare del datore di lavoro.*

Caratteristica essenziale del lavoro subordinato rimane, dunque, *l'eterodirezione dell'attività*, nel senso che la prestazione lavorativa deve essere svolta nel modo imposto dal datore di lavoro, mediante ordini che il lavoratore è obbligato a rispettare.⁷⁷

Tali poteri discendono dall'emanazione di precisi ordini da parte del datore, nonché dall'esercizio della vigilanza e del controllo nell'esecuzione della prestazione.

La recente giurisprudenza ha inoltre affermato che sarà necessario volta per volta apprezzare in concreto la natura del rapporto di

⁷⁶ Cfr. Cass. Sez. Lav. 11/09/2000 n. 11936, secondo cui le direttive, soprattutto se generali ovvero quando si limitano a predeterminare il risultato della prestazione lavorativa, sono compatibili anche con il lavoro autonomo, in tal caso- osserva la Corte- incombe al lavoratore, in base al principio della ripartizione dell'onere della prova, dimostrare, ai fini della subordinazione, l'esistenza di specifici ordini dati dal datore di lavoro per determinare, nell'ambito del suo potere organizzativo, le modalità, anche di tempo e di luogo, della prestazione lavorativa e l'esercizio da parte del datore di lavoro di un'assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione medesima. Cfr. anche Cass. Sez. Lav. 20/01/2004 n. 849; Cass. Sez. Lav. 13/02/2004 n. 2842; Cass. Sez. Lav. 23/02/2004 n. 3576.

⁷⁷ Così A. VALLEBONA, in "Istituzioni di diritto del lavoro", II, Il rapporto di lavoro, III^aed., CEDAM, 2002.

lavoro, verificando le modalità del suo svolgimento e soprattutto la sussistenza o meno dell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro.

Rimane ferma la considerazione che l'indice determinante della subordinazione è dato dall'obbligo del lavoratore di mettere personalmente e direttamente a disposizione dell'imprenditore le energie lavorative e di impiegare continuativamente secondo le direttive impartite dallo stesso.

Non potrà quindi considerarsi come subordinato un lavoratore appartenente ad in **gruppo di lavoro** che abbia accettato di svolgere un'attività lavorativa presso un'azienda per un determinato periodo di tempo in cambio di uno specifico compenso pattuito con il responsabile del gruppo stesso.⁷⁸

In conclusione, perché sussista un rapporto di lavoro subordinato, non sarà sufficiente accertare l'espletamento di una prestazione lavorativa continuata con un compenso periodico, che possa essere riferito tanto a mere prestazioni di attività quanto al raggiungimento di risultati⁷⁹ (come ad esempio il lavoro a cottimo). E' invece

⁷⁸ Cass. Sez. Lavoro- Sentenza n. 2842 del 26/02/2002: "*l'indice determinate della subordinazione consiste nell'obbligo di porre a disposizione del datore di lavoro le energie lavorative impiegandole con diligenza, fedeltà e continuità per eseguire le direttive del datore di lavoro.*"

⁷⁹ P. GUALTIEROTTI in, "*Il lavoro subordinato ed autonomo*", AGE, 2001, 27: "...Insomma il lavoro subordinato si differenzia dal lavoro autonomo perché pone il lavoratore nelle condizioni di vedere la propria vita programmata dal datore di lavoro il quale può imporre al dipendente, ovviamente nei limiti consentiti dalla legge e dal contratto collettivo, i tempi e il luogo della prestazione lavorativa, il tempo dei riposi settimanali ed annuali, con l'obbligo corrispondente del lavoratore di giustificare comportamenti difformi (mancata osservanza degli orari, assenze, rifiuto di recarsi in altra sede do lavoro, ecc.); può disporre che la

indispensabile verificare che il prestatore d'opera sia assoggettato a costanti **direttive** e controlli del suo datore o superiore gerarchicamente preposto e sia altresì sottoposto al potere **disciplinare** del datore di lavoro, anche se per via della diversità delle qualifiche e mansioni l'organico aziendale risulti costituito con una gerarchia a piramide per cui più che direttive, verrebbero impartite soltanto indicazioni di massima, in special modo ai lavoratori che si trovano ai vertici della piramide (*si pensi ai dirigenti, amministratori*).⁸⁰

Nell'affrontare il tema specifico del telelavoro la dottrina ha rilevato che la circostanza di lavorare in uno spazio di pertinenza propria non costituisce altro che una "variazione della modalità d'esecuzione della prestazione"⁸¹ ovvero – come si esprime l'interessante previsione di qualche accordo- "una mera modifica del luogo di adempimento dell'obbligazione lavorativa"⁸², ininfluenza ad ogni altro fine che non sia semplicemente descrittivo.

prestazione si svolga secondo modalità, anche minuziose, e nel rispetto della disciplina da lui dettata, e può controllare nel corso della prestazione il rispetto delle regole indicate; può sanzionare disciplinarmente il proprio dipendente per l'inosservanza di tali regole...

⁸⁰ G.PERA, "Diritto del Lavoro", Padova, CEDAM, 2000, 292: "...la subordinazione in concreto, cioè la possibilità di dirigere l'attività del lavoratore, dipende dal tipo specifico di lavoro. Il grado di subordinazione effettiva varia e si riduce mano a mano che si passa dal lavoro meno qualificato a quello qualificato. Si pensi alla diversa situazione del fattorino, del manovale, dell'impiegato con funzioni direttive, del dirigente specialmente tecnico. Al massimo livello, quando il lavoratore fornisce una prestazione di alta specializzazione (ignorata dagli altri operatori nell'impresa) se ne possono controllare tutt'al più la presenza ed i risultati esterni dell'attività, senza alcuna possibile interferenza sui modi di questa!".

⁸¹ Vedi i contratti di Confcommercio e Dimensione.

⁸² In tal senso i contratti di Telecom, ENPALC, Electrolux Zanussi e Confcommercio.

È anzi, assolutamente drastico l'accordo nazionale delle aziende di telecomunicazione, il quale ribadisce che «le diverse configurazioni del telelavoro non incidono sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale né sulla connotazione giuridica del rapporto di lavoro subordinato»⁸³.

Nel telelavoro subordinato "ordinario" esso può essere tanto un locale messo a disposizione dall'imprenditore (si pensi ai casi dei centri satellite: è appunto l'ipotesi individuata da un contratto aziendale di Caridata) quanto di pertinenza del lavoratore, quanto ancora di nessuno (è il caso del telelavoratore mobile che può lavorare anche all'aria aperta).

La nozione classica di subordinazione impedisce inoltre al lavoratore di avere la benché minima organizzazione di mezzi e di attrezzature salvaguardandone la fondamentale alienità rispetto all'organizzazione lavorativa⁸⁴, laddove invece l'imprenditore può pretendere che il telelavoratore disponga già di apparecchiature e strumentazioni di sua proprietà. Si disse che, proprio come effetto dell'irrompere dell'innovazione tecnologica nel mondo del lavoro l'art.2094 doveva essere interpretato nel senso di inglobare fattispecie caratterizzate da una certa auto organizzazione⁸⁵.

Ma una simile opzione non sembra aver attecchito e l'intento della norma codicistica viene sempre ritenuto quello di «escludere

⁸³ Così dispone in contratto di Intersind.

⁸⁴ U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, Giuffrè, 1967, p.195.

⁸⁵ F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, p.231.

rigorosamente l'elemento organizzativo dalla struttura giuridica del singolo contratto individuale»⁸⁶. La strumentazione necessaria per svolgere l'attività del telelavoro deve, allora, necessariamente essere di proprietà del datore di lavoro. Lo confermano i contratti aziendali finora conclusi che qualificano tutti subordinata la teleprestazione, prevedendo che la fornitura della postazione di lavoro nonché il costo delle bollette telefoniche per la comunicazione rimanga a carico dell'azienda⁸⁷.

Si è detto che col telelavoro il controllo e l'etero direzione non costituiscono più modalità esterne ed eventuali della prestazione, ma sono ora strettamente incorporati nello stesso strumento di lavoro⁸⁸ che costituisce una sorta di prolungamento del datore di lavoro e di incarnazione delle sue prerogative senonché da un po' di tempo la giurisprudenza non accontentandosi del criterio probabilmente più corretto- dell'integrazione del lavoro prestato nel ciclo produttivo organizzato dall'imprenditore pare enfatizzare proprio l'assoggettamento continuo all'etero direzione del datore di lavoro come dato essenziale di configurabilità della subordinazione⁸⁹. Occorre allora ricordare l'opinione secondo cui tale dato non può essere identificato nel mero vincolo tecnico del

⁸⁶ S. LIEBMAN, *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 87.

⁸⁷ Sebbene venga inspiegabilmente costenuto da R. FLAMMIA, *Telelavoro*, in MGL, 1995, p. 639 che l'accordo Telecom configurerebbe un'ipotesi di lavoro a domicilio.

⁸⁸ P. ICHINO, *Vecchi e nuovi problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata*, in G. DEODATO – E. SINISCALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, Giuffrè, 1988, p.87.

⁸⁹ Sul quale, anche per il telelavoro, insiste R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, Giuffrè, 1989, p.215 ss.

rispetto delle procedure imposte dal software di base con cui funziona il computer madre per l'accesso ai singoli programmi applicativi e per il dialogo operativo fra esso ed i terminali esterni.

Viceversa, il potere direttivo andrebbe individuato, in linea generale, nella facoltà contrattualmente riservata al datore di lavoro di scegliere e sostituire discrezionalmente ed in qualsiasi momento il cosiddetto software applicativo (programma operativo specifico): in tal caso il lavoratore sarebbe rigidamente vincolato in ogni fase della sua attività alle direttive inserite nel programma e non solo alle generali procedure tecniche necessarie per il funzionamento della macchina⁹⁰. Pertanto, secondo questa ricostruzione, se il lavoratore può liberamente scegliere di quale programma servirsi non c'è etero direzione e quindi non c'è subordinazione.

Ma questa facoltà di scelta del software applicativo potrebbe non essere evidente né nel contratto né nello svolgimento del rapporto. La conseguenza però è stata quella di dubitare del fatto che la subordinazione possa derivare dal solo inserimento nella rete informatica che fa capo al computer madre (il che, a ben vedere, è caratteristica intrinseca del lavoro informatico). Considerazioni simili sono state avanzate anche per il controllo continuativo, momento per momento, della prestazione⁹¹.

Il modo migliore per valutare la subordinazione del telelavoratore potrà quindi derivare da una sinergia fra tutti questi indici rivelatori della subordinazione: quest'ultima potrà ravvisarsi laddove vi sia la

⁹⁰ P. ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano, Giuffrè, 1992, p.212

⁹¹ P. ICHINO, *Il lavoro subordinato...* op. cit., p.213

contemporanea presenza di tre fondamentali caratteristiche (così come individuate dalla giurisprudenza):

- o Inserimento nell'organizzazione imprenditoriale: il telelavoratore sarà subordinato se viene inserito funzionalmente nell'organizzazione tramite, ad esempio, il collegamento telematico in un'*intranet* (che è un'organizzazione produttiva predisposta dal datore) o se è vincolato ad orari prestabiliti o a fasce di reperibilità telematica che condizionano la libertà di autorganizzazione del telelavoratore
- o Sottoposizione alla direzione del datore: questa caratteristica sarà riscontrabile nell'assoluta prevalenza dei vincoli dati dal software nell'esecuzione della prestazione; il telelavoratore subordinato deve seguire un percorso logico preimpostato e standardizzato, dialogare con un'interfaccia che richiede un'elaborazione dei dati fatta di passi necessitati, senza possibilità di modificare il percorso.
- o Potere di controllo e disciplinare: è sicuramente subordinato il telelavoratore che subisce il controllo per via telematica dei risultati della propria prestazione e può essere sanzionato, ad es. con l'inibizione dell'accesso alla rete aziendale (sanzione della sospensione dal rapporto di lavoro) o col r

Rimane telelavoratore autonomo il lavoratore che sceglie da sé il software ad utilizzare, le procedure da seguire e il mezzo per l'invio dei dati (e-mail, FTP, TELNET, ecc.).

Ulteriori argomenti a favore della subordinazione del telelavoratore possono essere offerti anche dalla giurisprudenza in tema di lavoro a domicilio, che si è sviluppata attorno al concetto di *subordinazione tecnica*, e che è applicabile in via analogica al telelavoro domiciliare: infatti nel lavoro a domicilio è stata ritenuta sussistente la subordinazione (e il relativo obbligo contributivo) anche se i materiali, le attrezzature e i locali non sono di proprietà del committente, se tuttavia il procedimento per l'espletamento della prestazione è predeterminato in tutti i suoi particolari dal committente.

Traslando la subordinazione tecnica nel telelavoro la predeterminazione della prestazione potrà concretizzarsi nella predisposizione di un software che preclude all'operatore di apportare modifiche allo stesso o di deviare rispetto alle operazioni da compiere in successione logica e temporale.

Il telelavoro potrebbe rappresentare per le sue modalità applicative (inserimento pressoché perfetto, ancorché a distanza, nell'organizzazione aziendale) il miglior modo per far transitare nell'area del lavoro subordinato tutto il mare magnum della para subordinazione: l'esempio più eclatante è quello degli addetti ai call center e ai centri servizi che, formalmente inquadrati come collaboratori a progetto (anche se non si comprende quale progetto ci possa essere nel dare informazioni al telefono) di piccole società create ad arte (e perciò prive di risorse finanziarie in caso di insolvenza ed escluse dalle norme in materia di ammortizzatori sociali), in realtà sono telelavoratori subordinati delle major delle

telecomunicazioni che impongono un'interfaccia prestabilita, delle risposte prestabilite da fornire alla clientela, un inserimento dati guidato attraverso un collegamento telematico che permette altresì il controllo a distanza e un potere disciplinare indiretto.

Quel che si avverte maggiormente è la necessità, in tempi brevi di una legge per regolamentare, e soprattutto definire, tutte le forme di telelavoro privato; tenendo conto che il problema definitorio è estremamente importante anche per la corretta erogazione dei finanziamenti statali dedicati alla implementazione di postazioni di telelavoro

Soprattutto sarà necessario promuovere un rafforzamento dei diritti sindacali attraverso l'effettività del diritto alla socialità (come prospettato nei disegni di legge sul telelavoro), primo passo per creare una coscienza comune dei telelavoratori.

BIBLIOGRAFIA

FLAMMIA, *Telelavoro*, in *Mass. Giur. lav.* 1995, 639.

GAETA-PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

L. NOGLER (2000), *Lavoro a domicilio, art. 2128 cc.*, in SCHLESINGER P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano.

R. PESSI (1992), *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, I, 133 e ss.

A. VISCOMI (1999), *La salute e la sicurezza*, in GAETA, PASCUCCI, POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Il Sole-24 Ore, 145 ss.

GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993.

GAETA-MANACORDA-RIZZO, *Telelavoro. L'ufficio a distanza*, Roma 1993.

NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni dir. lav. rel. ind.* 1998, 114 ss.

D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1988, 195.

Pizzi, *Il telelavoro nella contrattazione collettiva*, in *Flessibilità e diritto del lavoro* (a cura di G. Santoro-Passarelli, Torino 1997, 235 e ss.

ROSSI, *Software e controllo a distanza sul lavoro*, nota a Pret. Milano 5 dicembre 1984, *Foro it.* 1985, II, 285 ss.

DELL'OLIO, *Art. 4 St. lav. ed elaboratori elettronici*, in *DIR. LAV.* 1986, I, 487.

ICHINO (1987), *L'orario di lavoro e i riposi. Art. 2107- 2109 cod. civ.*, Giuffrè, Milano.

ESPOSITO, *Salute e Sicurezza*, in Gaeta, Pascucci, *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, 128.

RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata*, in PD, 1991, 521 ss.

MARCO BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro* Riv. it. dir. lav. 2001, 3, 257

MARCO BIAGI, *Cambiare le relazioni industriali considerazioni sul rapporto del gruppo di alto livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella u.e* Riv. it. dir. lav. 2002, 2, 147.

M. Buatier, *Le linee guida sul telelavoro*, *DRI*, 1/2002, 18.

G. CASSANO *Il telelavoro nella pubblica amministrazione (a proposito del d.p.r. 8 marzo 1999, n. 70)* Giur. merito 2000, 6, 1358.

PIZZI, *Telelavoro: prime esperienze applicative nella contrattazione collettiva italiana*, in *Dir. lav.*, 1996, n. 2, 170.

CEPOLLARO, *Dal lavoro distante al lavoro a distanza: verso il telelavoro*, in *Innos, Innovazione e sviluppo*, febbraio 1988, n. 2

COMMISSIONE EUROPEA, *Rapporto sul Telelavoro in Europa - Telework 1998*, Roma, 1998

CERRI, *Telelavorare è un'opportunità ma guardatene, se puoi: stanca*, in *Telema*, Estate 1998, Roma, 1998.

RIZZO, *Occorrono regole chiare per lanciare il telelavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 giugno 1996.

CARAVITA, *Internet, carta vincente che pochi sanno affermare*, in *Telema*, estate 1998, Roma, 1998.

RENDINA, *Il telelavoro decolla dall'Aquila*, in *Il Sole 24 ore*, 12 dicembre 1996.

COFFERATI, *Nel futuro del Sud c'è il telelavoro ma ci vogliono le autostrade informatiche*, in *Il Messaggero*, 7 aprile 1996.

MARGIOTTA, *La nuova mappa della sicurezza*, in *Dir. prat. lav.*, 1996, n. 23, 1583

GIUGNI, *È necessario subito un altro telestatuto*, in *Télema*, autunno 1995

ROSSELLI, *Art. 4 dello Statuto dei lavoratori e sistemi informatici*, in *Dir. lav.*, 1987, I, 452

BRATTOLI, PELAGGI, *L'interpretazione degli artt. 4 e 8 della l. 20 maggio 1970, n. 300 e le esigenze produttive delle imprese italiane*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 597 ss.,

BORGHI, *Appunti sulla riservatezza dei lavoratori e sugli strumenti di controllo informatico*, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 280

VENEZIANI, *Impianti audiovisivi*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, Commentario diretto da G. Giugni, Milano, 1979, 17 ss.

SANTORO-PASSARELLI, *Osservazioni in tema di artt. 3 e 4 dello Statuto dei lavoratori*, in *DIR. LAV.*, 1986, I, 490.

Pera, *Innovazioni tecnologiche e Statuto dei lavoratori*, in *Quaderni riv. it. dir. lav.*, 1989, 8 e 9,

ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*, in *Questione giustizia*, 1983, 211 ss.

Intervista sul telelavoro a B.M. MANTOVANI, *I passi avanti e i problemi irrisolti per evitare che il telelavoro degeneri nel cottimo*, in *ItaliaOggi* 7, 27 settembre 1999, 4

CNEL, *Salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro*, pronuncia n. 17, Roma, 24 gennaio 2002

BIAGI, LOPEZ, *Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica*, in *DRI*, 2000, 311

ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *RGL*, 2000, I, 627 ss.

E. MASSI, *Il telelavoro tra P.A. e settore privato: problemi e prospettive*, *DPL*, 1999, 1285.

LA MONICA, *Telelavoro: le novità per la pubblica amministrazione*, *DPL*, 2000, 1824

L. Pelaggi, *Il telelavoro; difficoltà di classificazione e possibili interventi legislativi*, *Lav. Rel. Ind.*, 1998, 175

SCOGNAMIGLIO, *Telelavoro: tipologie e aspetti problematici*, in *G.LAV.*, 1999, 27, 12

D. REPETTO, *Disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, *GLav*, 1999, 11, 18

P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1985, II, 401

CARMELO RUSSO, *Tutela della maternità e astensione dal lavoro*, Giur. merito 1998, 6, 1071

POTI U., CORDELLA C., *Contrattazione collettiva e Corte dei Conti: la certificazione non positiva dell'ipotesi di accordo quadro nazionale sul telelavoro*. Lav. nelle p.a. 1999, I, 1317

CASSANO G., *Telelavoro e danno esistenziale*. Nuova giur. civ. commentata 2001, II, 364

SITI CONSULTATI:

- www.telelavoro.it/
- www.mclink.it/telelavoro/
- www.telelavoro.rassegna.it
- www.societaitalianatelelavoro.it
- telelavoro.formez.it
- www.univr.it/iride
- www.inps.it/Doc/Professionista/Telelavoro/telelav.htm
- www.telelavorando.it
- www.funpub.it/telelavoro
- www.artel.sardegna.it
- www.comune.napoli.it/telelavoro/Intro.htm
- www.innovazione.gov.it/ita/intervento/normativa/normativa_telelavoro.shtml
- www.cisi.unito.it/progetti/telelavoro
- www.citinv.it/poli/lavoro www.telework-mirti.org
- www.italiadonna.it/public/percorsi/14001
- www.domotica.it/pages/rivista/telelavoro.htm
- www.galileo.it/crypto/
- www.confservizi.net/html/servizi/comunicazione/stampa/comunicati/2004/cs_2004_0806.pdf
- www.assotelema.it
- www.cnr.it/sitocnr/IICNR/Attivita/CNRreport/Report2001_file/pdf/060061fo.pdf