

MICHELA BANI METTE A CONFRONTO LAVORO AGILE E TELELAVORO

Quale differenza tra TELELAVORO E SMART WORKING?*

L'obiettivo dell'Autore è quello di fornire un quadro d'insieme delle tematiche connesse al tempo della prestazione, al controllo e al diritto alla disconnessione del lavoratore in *smart working*, evidenziando alcune differenze di tipo strutturale con il telelavoro.

IL TELELAVORO: SOLO UNA PRESTAZIONE REMOTIZZATA

Il telelavoro è definito come una forma di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta fuori dai locali della stessa. In ambito privato la disciplina dell'istituto è di fonte contrattuale attraverso l'implementazione dell'Accordo Interconfederale 9 giugno 2004 (per il recepimento dell'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002). In particolare, l'Accordo Interconfederale detta una disciplina generale a livello nazionale e lascia ampio spazio di intervento alla contrattazione collettiva di categoria o aziendale, per integrare e adeguare i principi e i criteri in esso definiti.

In estrema sintesi, gli elementi caratterizzanti della fattispecie sono:

- la natura volontaria della modalità;
- la delocalizzazione dell'attività rispetto al luogo in cui si trova il datore di lavoro;
- la flessibilità dei tempi di lavoro;
- l'utilizzo di tecnologie che consentono di fatto l'espletamento della prestazione lavorativa da remoto in collegamento con il datore di lavoro.

L'art. 2 dell'Accordo specifica che il telelavoro è espressione di una scelta volontaria dei contraenti.

Sotto questo profilo non si riscontra alcun vincolo in termini di esercizio di poteri datoriali di disporre la prestazione in telelavoro così come non è configurabile come un diritto soggettivo del lavoratore allo svolgimento della prestazione con questa modalità.

Ai sensi dell'art. 3 dell'Accordo, qualora il telelavoro non sia ricompreso nella descrizione iniziale della prestazione lavorativa, la decisione di passare al telelavoro è reversibile per effetto di accordo individuale o collettivo.

La reversibilità può comportare il ritorno all'attività lavorativa nei locali del datore di lavoro su richiesta di quest'ultimo o del lavoratore.

Le modalità di tale reversibilità sono fissate mediante accordo individuale o collettivo.

Con riferimento al contratto di lavoro agile assume rilevanza quanto previsto all'articolo 6 dell'Accordo laddove affronta il tema degli strumenti di lavoro: il rapporto con gli strumenti non è appannaggio del lavoratore ma è il datore di lavoro a farsi carico di regola della "fornitura, dell'installazione e della manutenzione degli strumenti necessari ad un telelavoro svolto regolarmente, salvo che il telelavoratore non faccia uso di strumenti propri".

Allo stesso modo, sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro si fa carico dei costi derivanti dallo svolgimento della prestazione in telelavoro.

Sotto il profilo più strettamente legato al tema dei controlli, la disciplina dell'Accordo sul telelavoro non fornisce alcun tipo di spe- ➤

* Sintesi dell'articolo pubblicato in *Modulo24 Contenzioso Lavoro*, 16 settembre 2022, n. 6, pp. 103-118 dal titolo *Smart working: un mondo diverso dal telelavoro fra la necessità di un cambio di paradigma, i controlli ed il diritto alla disconnessione*.



QUALE DIFFERENZA TRA TELELAVORO E SMART WORKING?

cificazione ulteriore se non richiamare la disciplina generale, il cui riferimento è evidentemente l'articolo 4 Stat. Lav.

La disciplina prevede, esclusivamente e in modo assolutamente generico, che eventuali strumenti di controllo debbano essere proporzionati all'obiettivo perseguito e comunque nel rispetto della disciplina relativa alla sicurezza sul lavoro.

Questo approccio minimalista trova probabilmente il proprio fondamento anche nei tempi in cui la disciplina è stata implementata, in cui il rapporto con lo strumento tecnologico non era percepito nei termini della propria capacità di generare forme di controllo. Occorre ulteriormente specificare che non si rinvenivano particolari arresti giurisprudenziali in materia tenuto conto lo scarso utilizzo del citato istituto.

LAVORO AGILE: ARTICOLAZIONE FLESSIBILE DEL LAVORO SUBORDINATO NEI TEMPI E NEI LUOGHI

Il lavoro agile, diversamente dal telelavoro, costituisce una diversa modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, con collegamento da remoto e possibile utilizzo degli strumenti tecnologici, che si caratterizza per l'assenza di vincoli di orario e di luogo. La fattispecie lavoro agile non è, o quanto meno non solo, una modalità di esecuzione della medesima prestazione da remoto ma una modalità di rendere la prestazione il cui fine è quello di conciliare per un verso i tempi di vita e di lavoro ma anche quello di incrementare la competitività.

In questo contesto attraverso l'accordo individuale tra le parti la prestazione potrà essere organizzata in "fasi, cicli e obiettivi" senza precisi vincoli di orario - se non quelli fissati per la durata massima della prestazione ai sensi D.lgs. n. 66/03 - e nemmeno di luogo. Secondo la posizione maggioritaria, però, il

lavoro agile rappresenterebbe una mera attenuazione del vincolo di subordinazione in cui l'accordo individuale varrebbe a esprimere un'estrinsecazione dell'esercizio del potere direttivo¹ senza comprometterne la sua struttura unidirezionale² o la sua densità³.

Come detto, il contratto di lavoro agile si caratterizza per un elevato grado di flessibilità nella gestione del tempo e del luogo in cui la prestazione va eseguita il tutto con l'unico limite della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale.

In questo contesto, l'esperienza mostra come l'accordo, spesso, ricalchi l'orario di lavoro degli altri lavoratori presenti in azienda.

Tale tipo di impostazione, per quanto assolutamente legittima, snatura largamente il concetto stesso di lavoro agile in cui il vincolo delle dell'orario di lavoro è per definizione largamente attenuato.

Più di recente gli accordi aziendali⁴ tendono invece a individuare un numero massimo di giornate ovvero una percentuale nel tempo di riferimento⁵ in cui il lavoratore presta la propria attività al di fuori dell'azienda e delle fasce orarie nelle quali rendere la prestazione.

DIRITTO ALLA DISCONNESSIONE

La Legge n. 81 del 2017 disciplina, al primo comma dell'articolo 19, il diritto a non essere sempre raggiunti da comunicazioni e richieste lavorative tramite gli strumenti informatici.

Tale diritto è, ancora una volta, connesso alla premessa da cui muove l'intero complesso normativo sullo *smart working* laddove all'articolo 18, oltre che richiamare un principio di recupero di competitività, richiama la necessità di agevolare "la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

In questo quadro diventa fondamentale che sia disciplinato il diritto a disconnettersi al fine di evitare di confondere e sovrapporre i piani della vita personale con quelli del lavoro. ➤

1. A. Levi op Cit. 35 "Nella disciplina del lavoro agile, peraltro, il potere direttivo non viene soltanto attenuato, ma, addirittura ne viene messa in discussione la tradizionale natura unilaterale, seppure ab externo. Esso cioè subisce un ridimensionamento del tratto dell'unilateralità, se non

in ordine all'esercizio in sé delle relative prerogative almeno alla manifestazione".

2. G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, a cura di L. Fiorillo - A. Perulli, Giappichelli, 2018,179.

3. Per un'analisi complessiva delle posizioni si segnala G. Ricci, *La nuova disciplina del "lavoro agile"*, NLCC 3/2018.

4. Accordo Poste Italiane del 1° marzo 2022.

5. Accordo GSK S.p.A. 14 dicembre 2021; Accordo Enel Italia 21 marzo 2022.

QUALE DIFFERENZA TRA TELELAVORO E SMART WORKING?

In ambito comunitario il tema del diritto alla disconnessione è particolarmente sentito anche in considerazione dell'aumento improvviso legato alla pandemia delle fattispecie di lavoro a distanza.

In questo contesto il 21 gennaio 2021 è stata emanata la Risoluzione 2019/2181 con cui l'Europarlamento invita la Commissione a elaborare una Direttiva sul punto.

In particolare, la Risoluzione muove dalla rilevazione che nell'attuale quadro legislativo dell'UE non esiste una fonte che definisca e disciplini direttamente in modo omogeneo il diritto alla disconnessione.

In questo quadro la commissione per l'occupazione e gli affari sociali ha approvato una relazione in cui invita la Commissione europea ad adottare una proposta legislativa di direttiva sul diritto alla disconnessione.

La relazione mira a riaffermare il diritto di non ricevere sollecitazioni professionali al di fuori dell'orario di lavoro nel pieno rispetto della legislazione sull'orario di lavoro e delle disposizioni in materia nei contratti collettivi e nelle disposizioni contrattuali.

Stabilisce, inoltre, requisiti minimi sull'uso degli strumenti digitali a scopi lavorativi al di fuori dell'orario di lavoro, con l'obiettivo di creare, nel tempo, una cultura che eviti i contatti lavorativi al di fuori dell'orario di lavoro. La relazione sottolinea, infine, il ruolo importante delle parti sociali nell'attuazione del diritto alla disconnessione e la necessità di soluzioni su misura che rispondano alle necessità e ai vincoli specifici delle aziende.

ANALOGIE E DIFFERENZE CON IL TELELAVORO

Nel corso del tempo alcuni interpreti hanno evidenziato, probabilmente in una visione non del tutto corretta, una sorta di continuità tra la disciplina del telelavoro e quella del lavoro agile ma, a una più attenta analisi, vi sono differenze strutturali evidenti.

Mentre il telelavoro può essere sintetizzato in

un *“svolgo la stessa attività ma la svolgo da un luogo diverso”* e implica l'assegnazione di una postazione fissa, nel lavoro agile è la struttura complessiva dell'obbligazione del rapporto di lavoro a essere parzialmente diversa, più tendente verso una forma di subordinazione attenuata in cui si individua con maggior forza l'elemento del raggiungimento dell'obiettivo e della responsabilità nella gestione della prestazione.

Si rammenta inoltre che la prestazione lavorativa nell'ambito del rapporto di lavoro agile viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa. Allo stesso modo elemento distintivo è ulteriormente ricavabile dall'attenzione al diritto alla disconnessione, nemmeno menzionato nell'Accordo Interconfederale regolativo del telelavoro. Ulteriore differenza evidenziata in dottrina⁶ fra la fattispecie del lavoro agile e quella del telelavoro è rappresentata dalla circostanza che quest'ultimo è caratterizzato dalla regolarità con cui la prestazione viene resa da remoto.

Tale elemento non si riscontra necessariamente nel lavoro agile.

Da ultimo, appare rilevante evidenziare che, mentre nel contratto di lavoro agile l'utilizzo degli strumenti tecnologici è puramente eventuale, nel caso del telelavoro lo strumento tecnologico non solo è necessario per rendere la prestazione ma è lo stesso datore di lavoro che ne è responsabile ed è anche colui il quale ne sopporta il costo.

CONCLUSIONI: FRA CONTROLLO DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA, ESIGENZE DI RISERVATEZZA E MISURAZIONE DEI RISULTATI

La vera differenza la si deve ricercare altrove, muovendo dal diverso rapporto che si instaura fra il lavoratore agile e il datore di lavoro e, conseguentemente, sul diverso tipo di controllo.

Occorre superare la visione classica del rapporto di lavoro subordinato per cui il segnale è limitato alla mera messa a disposizione di energie lavorative contro il pagamento della retribuzione a favore di una forma di su- ➤

6. Timellini C. *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *Lav. Giur.* 2018, 3, 229.

QUALE DIFFERENZA TRA TELELAVORO E SMART WORKING?

bordinazione attenuata in cui il punto di arrivo è - per usare le espressioni del legislatore - un'organizzazione per "fasi, cicli e obiettivi".

Se la prestazione non è più connessa alla sola messa a disposizione di energie lavorative ma si pone sul piano del risultato, è del tutto evidente che anche i poteri di organizzazione e controllo saranno esercitati in forma differente.

In quest'ottica si avrebbe uno spostamento del paradigma del controllo dal controllo diretto dell'attività lavorativa al controllo sui risultati dell'attività lavorativa.

Se questa è la prospettiva il passo è breve per comprendere che il controllo non dovrà più essere valutato come controllo diretto ma come controllo indiretto legato alla *performance*.

Tale trasformazione, se non arginata, avrebbe conseguenze pericolose e a oggi inesplorate ai fini dell'individuazione dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa, con la possibile obbiettivazione e quantificazione dei criteri di individuazione dello "scarso rendimento"⁷. In attesa di una scelta di politica legislativa co-

raggiosa che si occupi realmente del lavoro agile nel suo complesso e più in dettaglio del controllo del lavoratore agile nonché di sperimentare sul piano giurisprudenziale la questione del controllo su questa categoria di lavoratori, oggi e nell'immediato futuro il tema è quello di individuare nell'ambito della regolamentazione individuale criteri di valutazione della prestazione del dipendente che, seppur indirettamente, consentano al datore di esercitare il proprio potere di controllo sulla prestazione senza violare i limiti posti dall'ordinamento.

Infine, si evidenzia come gli strumenti di valutazione della prestazione dello *smart working* successivamente connessi all'erogazione di politiche retributive premiali⁸ sia un tema su cui tutte le aziende dovrà interrogarsi e trovare soluzioni dedicate il tutto avendo anche a mente la necessità di fornire informazioni anche alla luce del D.lgs. n. 104/2022 sugli strumenti, laddove automatizzati, utilizzati per la valutazione stessa.

7. Domenico Iodice, *Il "testo unificato" delle dieci proposte di legge in tema di lavoro agile. Un portofoglio legislativo di dubbia coerenza e di scarsa utilità* Working Paper Adapt n. 7/2022.

8. F. Rotondi, *La Produttività a distanza va misurata* *L'economia* 6 aprile 2020; Bottini A. Paciello D. *Premi di risultato su misura per lo smart working* in *Il sole* 24 ore 31 dicembre 2020.