

Emergenza Coronavirus

Lavoro agile e telelavoro: possibilità e criticità alla luce dell'esperienza emergenziale

Annalisa Rosiello - Avvocata giuslavorista in Milano

Monica Serra - Avvocata giuslavorista in Milano

Premessa

Il 2020 sarà ricordato come l'anno della pandemia da virus SARS-CoV-2, meglio noto come "Covid-19" o "Coronavirus": il 31 gennaio 2020, infatti, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha proclamato lo stato di emergenza nazionale (1), attualmente in vigore fino al 31 luglio 2021.

La pandemia ha imposto, tra gli innumerevoli adattamenti, un radicale e repentino ripensamento delle modalità di tutela della salute (dei singoli e collettiva), delle modalità di lavoro, della didattica e della formazione dato che, come noto, all'aggravarsi della situazione sanitaria è seguito, dopo circa un mese e più precisamente il 9 marzo 2020, il primo totale *lockdown* italiano (2).

Il sistema economico-produttivo italiano, semplificando massimamente le categorie, è risultato suddiviso in tre ambiti che rispecchiano altrettante modalità di lavoro (o non lavoro):

- servizi essenziali, sempre operativi con lavoratori prevalentemente in presenza;
- servizi non essenziali, con lavoratori necessariamente in presenza, chiusi (per i quali sono stati previsti ristori, ammortizzatori e altre forme di sostegno);
- tutti i restanti settori che, pur non essenziali, sono rimasti operativi in forza del massiccio utilizzo della

modalità di lavoro agile o *smart working*; questa modalità di lavoro è stata definita dalle varie fonti e in epoca pandemica la modalità fortemente raccomandata quando non proprio ordinaria di lavoro (3) (e, per i lavoratori fragili o con i figli sotto i 14 anni in didattica a distanza (4), una prerogativa non negabile dal datore di lavoro).

Va fatta subito una precisazione: quello sperimentato nel periodo pandemico non è il "vero *smart working*" o "lavoro agile", come diremo.

Più in generale si sottolinea che in Italia questa modalità di lavoro non aveva avuto fino a tempi recenti una estensione significativa: i numeri forniti dall'Osservatorio del Politecnico di Milano parlano di 570.000 lavoratori in *smart working* nel 2019, in crescita del 20% rispetto al 2018 (5).

Durante la pandemia, invece, le stime divulgate dai siti governativi, dai ricercatori dell'Osservatorio del Politecnico e dai media riferiscono di una diffusione massiccia del lavoro agile: da 6,5 a 8 milioni di lavoratori, tra dipendenti del privato, pubblici impiegati, liberi professionisti e lavoratori autonomi hanno operato in modalità remota, rimanendo nelle proprie abitazioni (6). In tempo di pandemia possiamo quindi affermare che circa il 33 % di lavoratori sono stati coinvolti nello *smart working* e da ciò si stima che su un totale di 22,5-23,5

(1) V. Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (G.U. 1° febbraio 2021, n. 26). Successivi provvedimenti hanno prorogato lo stato di emergenza: l'ultimo, il D.L. 22 aprile 2021, n. 52 (GU 22 aprile 2021, n. 96).

(2) V. D.P.C.M. 9 marzo 2020.

(3) Le varie fonti che disciplinano l'impiego privato raccomandano fortemente, nella fase emergenziale, il ricorso al lavoro agile; nel pubblico impiego, e sempre in fase emergenziale, il lavoro agile è divenuta la forma ordinaria di lavoro; v. Direttiva Ministero PA 1/2000 e 2/2000.

(4) V. solo da ultimo D.L. 13 marzo 2021, n. 30, art. 2 su "Congedi per genitori e bonus baby sitting".

(5) Report *Smart working 2019* - Osservatorio del Politecnico di Milano.

(6) Si precisa con riguardo a quest'ultima categoria di lavoratori, che - anche se il lavoro agile rende più sfumati i confini tra autonomia e subordinazione - resta pur sempre un accordo accessorio rispetto al tipo "lavoro subordinato" disciplinato dalla normativa e in particolare dall'art. 2094 cod. civ. Quindi riferirsi ai lavoratori autonomi parlando di lavoro agile è improprio, ma serve a fornire un'indicazione sull'impiego di questa modalità di lavoro durante la pandemia.

milioni di occupati (7), un'elevata percentuale svolgano funzioni e mansioni compatibili con una modalità *smart*.

Sempre stando alle stime del Politecnico di Milano e da una ricerca condotta nel settembre 2020, nella c.d. nuova normalità (*new normal*) oltre 5 milioni di lavoratori rimarranno in *smart working* e indagini svolte in questo periodo di "forzata sperimentazione" stimano che circa il 60-70 % dei lavoratori in media vorrebbe mantenere anche per il futuro detta modalità di lavoro, nella forma del "vero" *smart working* (8).

Lo *smart working* nella fase emergenziale: una modalità di lavoro ibrida

Lo *smart working* rappresenta "una nuova filosofia manageriale fondata sulla restituzione alle persone di flessibilità e autonomia nella scelta di spazi, degli orari e degli strumenti di lavoro da utilizzare a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati" (9); ai sensi dell'art. 18 della legge 27 maggio 2017, n. 81, ha lo scopo di "incrementare la competitività" e di "agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

Nella fase emergenziale questa modalità di lavoro (lontana dal "vero" *smart working*) ha rivestito un ruolo tutto peculiare, perseguendo in via preponderante scopi differenti e chiaramente non prevedibili dal legislatore del 2017: da un lato quello di tutelare la salute dei lavoratori e, più in generale, la salute pubblica, limitando la diffusione del contagio e dall'altro quello di preservare in vita e proseguire le attività economico-produttive.

Come anticipato in premessa, il lavoro agile ha rappresentato in questa fase la modalità ordinaria di lavoro, anche sulla base delle disposizioni emanate dal Governo (10) (per dare un'idea della produzione normativa avvenuta nel primo *lockdown* si riportano in Tabella 1 le principali disposizioni emanate, cui sono da aggiungere le disposizioni dei vari ministeri; in quasi tutte queste fonti si fa riferimento al lavoro agile).

(7) Dati ISTAT dell'aprile 2021 certificano il calo di 945 mila lavoratori nel confronto tra febbraio 2021 e 2020. I dati ISTAT al dicembre 2019 certificavano un totale di 23,5 milioni di occupati autonomi e subordinati: 18,1 milioni lavoratori dipendenti (di cui pubblici 3,4 milioni pubblici dipendenti) mentre quelli indipendenti sono 5,3 milioni.

(8) V. una ricerca condotta nel settore assicurativo <https://anra.it/it/article/2599/ricerca-le-modalita-lavorative-dopo-il-lockdown-quali-smart-working>, da cui emerge una forte richiesta di flessibilità in generale, che diventa più marcata da parte degli under 35 e delle donne; v. anche il 4° Rapporto Censis-Eudaimon sul welfare aziendale - "Imprese, lavoratori e welfare aziendale nella grande trasformazione post Covid-19".

(9) Fonte: www.osservatori.net/it/ricerche/osservatori-attivi-smart-working.

Per richiamare - solo esemplificativamente - la prima norma emanata sul punto (D.P.C.M. 23 febbraio 2020), questa ha stabilito: "La modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, è applicabile in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato nell'ambito di aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti. Qualora si verificano le condizioni di cui al comma 1, gli obblighi di informativa di cui all'art. 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono resi in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro".

La modalità di lavoro agile è dunque divenuta applicabile "in via automatica" e "anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti".

Si è dunque derogato alla normativa ordinaria per semplificare e accelerare i processi di adozione del lavoro agile, rendendo unilaterale per il datore di lavoro una modalità di lavoro che, nel contesto ordinario, vede una delle sue principali caratteristiche nel reciproco consenso con cui le parti decidono di stipulare il c.d. "accordo di lavoro agile".

Prima della pandemia (e con il rientro alla normalità) lo *smart working* non è (e non sarà) adottabile unilateralmente dal datore di lavoro né - generalmente - possibile pretesa del lavoratore; all'indomani, invece, esso è divenuto applicabile a prescindere dalla consensualità dell'adozione (11).

Lavoro agile e telelavoro: similitudini e differenze

In quello che per semplificare andremo a definire "tempo ordinario" l'unica legge che, nell'impiego privato (12), disciplinava (e tutt'ora disciplina) il lavoro agile è la legge 22 maggio 2017, n. 81 che si applica, laddove compatibile, anche ai rapporti di

(10) Per tutte v. D.P.C.M. 23 febbraio 2020, art. 3, comma 1.

(11) B. Caruso, "Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno *smart working*?", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2020; B. Caruso, Webinar "Regolazione e gestione dello *smart working*: imprese e pubbliche amministrazioni a confronto", 14 maggio 2020.

(12) Nel pubblico impiego il lavoro agile è normato dal 2015: la legge 7 agosto 2015, n. 125 introduce la sperimentazione nelle Pubbliche Amministrazioni, "di nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa che permettano, entro tre anni, ad almeno il 10 per cento dei dipendenti che lo richiedono, di avvalersi di tali modalità". Inoltre nel pubblico impiego è stato istituito il Pola (Piano Organizzativo Lavoro agile) dall'art. 263, D.L. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 77/2020; il Pola individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte da remoto, che almeno il

Tabella 1 - Disposizioni relative all'emergenza epidemiologica (primo lockdown)

<p>D.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito in legge 5 marzo 2020, n. 13, Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e relativi DPCM attuativi del 23 febbraio 2020, 25 febbraio 2020, 1° marzo 2020, 4 marzo 2020, 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020, 26 aprile 2020.</p> <p>D.l. 2 marzo 2020, n. 9, Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da covid-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; D.l. 8 marzo 2020, n. 11, Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria; D.l. 9 marzo 2020, n. 14, Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19 non convertiti in legge (i loro contenuti sono stati recepiti da successive disposizioni).</p> <p>D.l. 17 marzo 2020, n. 18, Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27 (CURA ITALIA).</p> <p>D.l. 25 marzo 2020 n. 19, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito in l. 22 maggio 2020, n. 35.</p> <p>D.L. 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, convertito in legge 5 giugno 2020, n. 40 ("decreto liquidità") e relativo decreto attuativo D.P.C.M. 10 aprile 2020.</p> <p>D.L. 19 maggio 2020, n. 34, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (decreto rilancio).</p> <p>Protocolli sindacati/imprese 14 marzo 2020 e 24 aprile 2020.</p> <p>Per il pubblico impiego sono state diffuse queste disposizioni specifiche D.l. 17 marzo 2020, n. 18, art. 87; Direttiva 1/2020 Ministra PA 26-20; Direttiva 2/2020 Ministra PA 12-3-20; Direttiva 3/2020 Ministra PA 4-5-20.</p>
--

lavoro delle pubbliche dipendenze e che ha introdotto "misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi di lavoro subordinato".

Già la scelta del legislatore di accorpate in un unico testo la regolamentazione del lavoro autonomo e quella del lavoro agile è significativa; il lavoro agile è e resta una differente modalità di svolgimento del lavoro subordinato, un patto aggiunto al contratto principale, ma - essendo basato su una forte responsabilizzazione e autonomia del lavoratore, su uno stretto vincolo fiduciario, sul raggiungimento di obiettivi e sull'assenza di precisi vincoli di orario e di luogo di svolgimento della prestazione - si presenta più sfumato - nelle differenze con il lavoro autonomo - rispetto al modello tradizionale.

Il titolo II della legge n. 81/2017 contiene 6 semplici e brevi articoli (dall'art. 18 all'art. 23) che disciplinano la definizione, la forma dell'accordo e il recesso, il trattamento retributivo, la formazione continua e la certificazione delle competenze, l'esercizio del potere di controllo e disciplinare, la sicurezza sul lavoro e l'assicurazione obbligatoria infortuni e malattie professionali.

Si riporta la definizione letterale di lavoro agile data dal legislatore, per consentirne l'immediato confronto con quello che è stato il "lavoro agile" sperimentato nel concreto durante la pandemia e richiamato nelle varie disposizioni emergenziali: il

lavoro agile, introdotto "allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" è una "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva" (art. 18, legge n. 81/2017).

La legge di bilancio 2019, ravvisando evidentemente una particolare utilità dello strumento soprattutto per alcune categorie di lavoratori, istituisce poi all'art. 18, comma 3-bis, il diritto di precedenza per alcune categorie in cui l'esigenza di conciliazione è rafforzata: le madri entro tre anni dalla conclusione della maternità obbligatoria e i *caregiver* di figli con disabilità. Nel pubblico impiego, criteri di priorità nell'accesso allo *smart working* - "compatibilmente con l'organizzazione degli uffici e del lavoro" - sono previsti "a favore di coloro che si trovano in situazioni di svantaggio personale, sociale e familiare e dei/delle dipendenti impegnati/e in attività di volontariato" (13).

Il lavoro agile, nel tempo ordinario, si attua mediante accordo (individuale senza che sia precluso un

60% dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera.

(13) V. Direttiva P.C.M. n. 3/2017, le cui indicazioni rispetto al lavoro agile sono state riprese e confermate dalla Direttiva P.C.M. n. 2/2019.

regolamento quadro collettivo (14)) tra il datore di lavoro e il lavoratore sulle modalità di esecuzione della prestazione, laddove si presuppone l'utilizzo di strumenti tecnologici che consentano di lavorare da remoto e flessibilità circa l'organizzazione del lavoro, l'oggetto, l'orario e il luogo della prestazione, questi privi di vincoli. Perché il lavoro agile è, per sua natura, "intelligente" e plasmabile in base alle condizioni ed esigenze particolari di aziende e individui nonché adattabile alla specifica attività che si deve in quel momento espletare (creativa o operativa, di concentrazione o di routine, ecc.).

L'art. 19, legge n. 81/2017 prevede inoltre che l'accordo di *smart working* - che può essere a tempo determinato o indeterminato e, in questo caso, con preavviso di recesso - deve essere scritto "ai fini della regolarità amministrativa e della prova" e deve disciplinare l'esecuzione della prestazione "anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro", nonché ai tempi di riposo e alle misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore.

Non possono invece essere oggetto di accordo derogativo *in pejus* la retribuzione, il diritto all'apprendimento continuo e la certificazione delle competenze lavorative: al fine di non creare disparità tra lavoratori agili e in presenza sono vietate differenze di natura retributiva e, al contrario, sono garantiti i benefici economici connessi all'implementazione di piani di *welfare* o di produttività e gli incentivi di carattere fiscale e contributivo riconosciuti in relazione a produttività ed efficienza del lavoro. Inoltre, per evitare arresti di carriera e isolamento e favorire la crescita professionale è sempre riconosciuto il diritto all'apprendimento permanente e alla periodica certificazione delle competenze (art. 20, legge n. 81/2017).

Infine, con riguardo agli obblighi di sicurezza, è prevista un'informativa scritta sugli specifici rischi di cui parleremo anche *infra* (art. 22, legge n. 81/2017).

A differenza dello *smart working*, il telelavoro - per il settore privato (15) - è carente di regolamentazione di legge e disciplinato in maniera organica dall'"Accordo interconfederale sul telelavoro" del 9 giugno

2004, che ha integralmente recepito l'Accordo Quadro Europeo 16 luglio 2002.

Con riguardo alle finalità dei due strumenti organizzativi si ravvisano alcune similitudini, laddove il telelavoro rappresenta per le parti sociali, al tempo stesso, uno strumento finalizzato "alla produttività e competitività delle imprese sul mercato e a garantire il necessario equilibrio tra flessibilità e sicurezza"; in altre parole "un mezzo per le imprese e gli enti pubblici di servizi che consente di modernizzare l'organizzazione del lavoro e un mezzo per i lavoratori che permette di conciliare l'attività lavorativa con la vita sociale offrendo loro maggiore autonomia nell'assolvimento dei compiti loro affidati"; viene inoltre precisata una finalità inclusiva nel mercato del lavoro per le persone con disabilità, la cui spesso ridotta capacità di movimento potrebbe essere agevolata da questa modalità di lavoro (16). Le parole conciliazione, flessibilità, autonomia e competitività si rinvergono anche nella normativa e nelle finalità del lavoro agile, benché sia da precisare che - nell'attuazione pratica - il telelavoro si sia rivelato uno strumento piuttosto rigido in cui l'unica differenza rispetto al lavoro in presenza è rappresentata dallo svolgimento della prestazione fuori dai locali dell'impresa.

Per telelavoro si intende "una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa" (art. 1, AI 2004).

La prima sostanziale differenza con il lavoro agile risiede dunque nella sede di lavoro, che per il telelavoratore è una postazione fissa "fuori dei locali" dell'impresa, mentre per il "vero" lavoratore agile è "in parte all'interno dei locali aziendali, in parte all'esterno senza una postazione fissa", quindi qualsiasi luogo quale un *coworking*, un parco, un hotel, un bar attrezzato di *wi-fi*, la seconda casa o qualsiasi altro luogo in cui si possa portare un computer o un

(14) Già in epoca antecedente alla legge n. 81/2017 molte aziende avevano introdotto in via sperimentale lo *smart working*; a questo link alcuni testi di accordi quadro <https://www.fim-cisl.it/smart-working/accordi/>.

(15) Nel Pubblico impiego, oltre alle fonti della contrattazione collettiva, il telelavoro è disciplinato dalla 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" e dal

D.P.R. 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".

(16) V. in tal senso accordo quadro Europeo recepito nel 2004, art. 1 che prosegue illustrando anche le finalità legate alla disabilità "Se l'Europa intende sfruttare al meglio le possibilità insite nella società dell'informazione, deve incoraggiare tale nuova forma di organizzazione del lavoro in modo tale da coniugare flessibilità e sicurezza, migliorando la qualità dei lavori ed offrendo alle persone disabili più ampie opportunità sul mercato del lavoro".

smartphone, purché luoghi “sicuri” sul piano della salute e della riservatezza.

Il telelavoro, così come il lavoro agile, può essere adottato *ab origine* o anche in corso di rapporto (art. 2 AI 2004); nel telelavoro viene altresì “chiaramente” definita la postazione di lavoro, la quale deve essere dotata di tutti gli strumenti necessari per il suo svolgimento e per cui il datore di lavoro risponde per la fornitura e la manutenzione (art. 6 AI 2004).

In ogni caso, “per quanto attiene alle condizioni di lavoro, il telelavoratore fruisce dei medesimi diritti, garantiti dalla legislazione e dal contratto collettivo applicato, previsti per un lavoratore comparabile che svolge attività nei locali dell’impresa” (art. 3 AI 2004) e “il datore di lavoro è responsabile della tutela della salute e della sicurezza professionale del telelavoratore ... Il datore di lavoro informa il telelavoratore delle politiche aziendali in materia di salute e di sicurezza sul lavoro, in particolare in ordine all’esposizione al video”, fino al punto che questo, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno diritto di accesso al luogo del telelavoro, salvo preavviso e consenso del lavoratore laddove la prestazione si svolge nel domicilio (art. 7 AI 2004).

Diversa è quindi la *ratio* dei due istituti: mentre il lavoro agile è maggiormente ispirato alla flessibilità di luoghi e orari, il telelavoro è una modalità di lavoro più rigida che si differenzia dalla classica organizzazione aziendale per il solo fatto di non avere la propria postazione presso i locali aziendali pur mantenendo un orario di lavoro pressoché fisso e dei carichi equivalenti a quelli dei lavoratori operanti all’interno dei locali dell’impresa (art. 8, AI 2004); nel telelavoro, in sostanza, manca completamente la “filosofia” di un’organizzazione “per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro” (v. art. 18, legge n. 81/2017) ovvero la piena autonomia nella scelta del luogo, degli orari, degli strumenti da utilizzare in cambio di una responsabilità sui risultati.

In conclusione, l’emergenziale sovrapposizione tra lavoro agile e telelavoro o meglio *home working*, necessitata dall’adozione “in via automatica” e con le conseguenti approssimazioni, è da ricondursi all’applicazione del primo senza alcun accordo; i divieti di spostamento sul territorio e il confinamento nelle case hanno creato una figura assolutamente

ibrida e non riconducibile, nei fatti, ad alcuno degli strumenti in esame.

Lavoro agile e salute sul lavoro: le possibili criticità

Tra le misure adottate dal Governo per il contenimento dell’emergenza epidemiologica lo *smart working* è apparso sin da subito la misura più idonea per fronteggiare il rischio epidemico e, allo stesso tempo, permettere lo svolgimento di attività lavorativa da remoto. Esso stesso ha dunque permesso il rispetto degli obblighi di cui all’art. 2087 cod. civ. nella misura in cui ha evitato che i lavoratori rischiassero di contrarre il virus e di essere essi stessi portatori di contagio per i colleghi e per la collettività.

In generale il datore di lavoro è obbligato ad avvalersi di tutti i mezzi idonei a prevenire l’insorgere di lesioni alla salute e all’integrità fisica laddove, peraltro, la giurisprudenza prevalente aderisce al principio della “massima sicurezza tecnologicamente possibile”, che si concretizza nelle “misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti” (17): sul datore di lavoro grava quindi l’onere di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori disponendo di un controllo materiale dei luoghi in cui vengono svolte le prestazioni (18). D’altro canto, grazie alla digitalizzazione delle modalità e dei processi di lavoro viene meno la c.d. “fissità” del luogo della prestazione di lavoro (19), tanto che nel caso del lavoro agile si giunge a sostenere la flessibilità spaziale come elemento essenziale: il lavoratore può scegliere liberamente il luogo dove rendere la prestazione, adattando il luogo di lavoro alle sue esigenze personali e lavorative.

È quindi evidente che il datore di lavoro è tenuto ad assicurare la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori senza, al contempo, disporre di un controllo diretto dei luoghi di lavoro in cui viene svolta la prestazione. A tal proposito, l’art. 18, comma 2, legge n. 81/2017 prevede che “il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa” e, ex artt. 22 e 23, il lavoratore agile gode delle medesime tutele in punto di sicurezza sul lavoro e

(17) Sentenza Corte costituzionale n. 312/1996.

(18) Cfr. art. 9, legge n. 300/1970 e D.Lgs. n. 81/2008.

(19) M. Magnani, “I tempi e i luoghi del lavoro. L’uniformità non si addice al post-fordismo”, in WP C.S.D.L.E. “Massimo

D’Antona”, IT, 404/2019; F. Malzani, “Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore”, in <http://www.lavoroeconomia digitale.it>, 2017.

assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali.

A tal proposito, prevedendo un onere di collaborazione tra il lavoratore e il datore di lavoro nell'attuazione delle misure predisposte per fronteggiare i rischi connessi allo svolgimento del lavoro agile, con cadenza almeno annuale il datore di lavoro deve consegnare al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza apposita informativa scritta in cui siano individuati i rischi generali e specifici connessi alla mansione. In particolare, la circolare INPS 2 novembre 2017, n. 48 ha precisato che l'informativa consegnata al lavoratore debba contenere delucidazioni circa il corretto utilizzo delle attrezzature e apparecchiature messe a disposizione, assicurandosi che detti strumenti siano conformi al D.Lgs. n. 81/2008 nonché alle specifiche disposizioni legislative e regolamentari e facendosi carico di garantire la permanenza dei requisiti di sicurezza.

È inoltre riconosciuta la fattispecie dell'infortunio *in itinere* nel tragitto tra la propria abitazione e il luogo prescelto per lo svolgimento della prestazione, se dettato da esigenze connesse alla prestazione o dalla necessità di conciliare le esigenze di vita e lavoro secondo un generale criterio di ragionevolezza.

Normalmente, le misure per ottemperare alle prescrizioni di cui all'art. 2087 cod. civ. sono contenute nell'accordo di *smart working*, e la sua assenza in era emergenziale ha condotto a non poche criticità circa la tutela della salute dei lavoratori che, protetti dall'emergenza COVID-19, si sono trovati a fronteggiare altre tipologie di rischi.

Tendenzialmente si nega che il titolo II, D.Lgs. n. 81/2008, il quale disciplina "i luoghi di lavoro", possa trovare applicazione in tema di lavoro agile, stante il carattere di agilità perseguito dalla legge e l'assenza di una postazione di lavoro fissa. Tuttavia, tali norme dovrebbero essere applicabili al lavoratore agile in epoca emergenziale, data la totale mancanza di flessibilità tipica dello *smart working* e il confinamento del lavoratore entro le mura domestiche.

Il lavoratore "pseudo-agile" - per le ragioni già illustrate - è stato privato delle tutele che normalmente sono assicurate al telelavoratore e che riguardano in particolare l'ergonomia, come l'idoneità della postazione di lavoro, dell'ambiente di lavoro (si pensi a una casa di piccole dimensioni in cui sono costretti a

operare contemporaneamente più lavoratori "agili", in presenza di figli in didattica a distanza e/o di genitori da assistere). D'altro canto, la stabilità della sede mette senza dubbio al riparo il lavoratore "agile" da vicende legate all'infortunio *in itinere*.

Il fattore isolamento e conseguente alienazione ha però rappresentato *ab origine* il rischio più grave, emerso peraltro anche dalle molteplici indagini svolte in vari settori, dal pubblico al privato (20): nella forma ordinaria il lavoro agile si caratterizza per l'alternanza tra i locali aziendali e quelli esterni, e quindi questi rischi potrebbero essere contenuti; al contrario, questi sono stati enfatizzati in tempo di pandemia, a causa della coesistenza degli ambiti lavoro, casa e vita privata, in assenza spesso di condizioni, spazi e tempi adeguati.

Peraltro, proprio perché ci si è trovati in fase emergenziale, la tematica è ancora più delicata di come appare nel lavoro agile ordinario e i rischi risultano acuiti dato che *management* e lavoratori hanno dovuto adeguarsi, nella maggioranza dei casi, a una modalità di lavoro nuova e mai utilizzata, con il conseguente stress.

A ciò si aggiunge il c.d. *tecnostress*, ossia una sindrome causata dall'uso continuativo e contemporaneo di apparecchi informatici e digitali, dalla gestione di un flusso continuo di informazioni provenienti dalle tecnologie e dalla errata ergonomia dei luoghi e delle attività di lavoro (come ad esempio l'uso eccessivo di internet e della telefonia, la connessione costante, il superlavoro, le richieste eccessive, la prestazionalità e la competizione spinta).

È quindi evidente come l'isolamento e lo stress lavoro-correlato siano rischi emergenti e tipici della fase pandemica, che vanno adeguatamente prevenuti in base all'art. 28, D.Lgs. n. 81/2008 e anche - nel *new normal* - adeguatamente considerati.

Lavoro agile e diritto alla disconnessione

In aggiunta alle criticità di cui sopra, lo *smart working* durante la pandemia ha palesato la problematica dell'essere costantemente connessi al lavoro. Quello del c.d. *always on* a causa della pervasività della tecnologia (21), è un rischio reale, che rientra tra quelli da prevenire nell'ambito degli obblighi relativi alla sicurezza sul lavoro.

Al fine di presidiare il tempo di riposo del lavoratore, si è rivelato quindi necessario costruire il concetto di

(20) V. sempre ricerca in ambito assicurativo: <https://anra.it/it/article/2599/ricerca-le-modalita-lavorative-dopo-il-lock-down-quali-smart-working>; in ambito intercategoriale si rinvia alla

ricerca svolta dalla fondazione Di Vittorio: <https://www.fondazione-diovittorio.it/argomenti/smart-working>.

(21) F. Pascucci, "Profili della responsabilità del terzo per la sicurezza del lavoratore agile", in *Giustizia Civile.com* 2018.

un vero e proprio diritto alla disconnessione (22) quale nuovo diritto digitale teso a garantire la non reperibilità e per cui il datore di lavoro non può pretendere lo svolgersi di attività al di fuori dell'orario di lavoro: una perenne richiesta di disponibilità confliggerebbe con una delle principali finalità del lavoro agile, ossia la conciliazione vita e lavoro. Peraltro, il diritto alla disconnessione vale anche quale argine ad evitare, tra gli altri, il c.d. *tecnostress* di cui già si è detto.

Nel nostro ordinamento il diritto alla disconnessione è riconosciuto dall'art. 19, legge n. 81/2017, secondo cui "l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". Sono quindi rimesse alla libertà e disponibilità delle parti la determinazione e regolazione della disconnessione: il lavoratore deve essere adeguatamente formato e istruito circa i suoi diritti di salute, mentre il datore di lavoro e i preposti, oltre a non mettersi in contatto con il lavoratore nei tempi di disconnessione, devono porre in essere tutte le misure tecniche volte a permettere al dipendente di fruire concretamente di tale diritto. A tal proposito è di non poco rilievo il tema dei carichi di lavoro, dei progetti assegnati e delle relative scadenze, che devono essere compatibili con il diritto alla disconnessione, il quale risulterebbe violato laddove il lavoratore si trovasse nelle condizioni di superare i limiti orari al fine di raggiungere gli obiettivi posti dal datore di lavoro (23).

La previsione legislativa contenuta nella norma non è però sufficiente a garantire la sussistenza di tale diritto, perché la stessa è riservata alle volontà delle parti e non si prevede uno standard minimo di tutela, né modalità concrete di azione: lasciando alle parti l'autonoma regolazione del diritto alla disconnessione si rischia di eliminare qualsiasi tipo di garanzia per il lavoratore (24).

Quanto appena illustrato è venuto meno, nella maggior parte dei casi, in fase pandemica.

Se da un lato è vero che in periodo emergenziale lo *smart working* è stato autorizzato in assenza di alcun tipo di accordo, il diritto alla disconnessione nasce al fine di tutelare il lavoratore dai rischi connessi alle specifiche modalità agili e all'imponente utilizzo della tecnologia: esso è pertanto inscindibilmente

legato alle obbligazioni gravanti sul datore di lavoro in tema di salute e sicurezza sul lavoro, che devono persistere senza deroga alcuna anche nel contesto emergenziale.

Proprio la mancata disconnessione è stata uno dei punti più critici dell'utilizzo del lavoro agile nel contesto emergenziale: la prassi e le ricerche svolte hanno dimostrato che durante i mesi di *smart working* i lavoratori hanno per lo più subito gli effetti della c.d. iperconnessione, che necessariamente ha influito sul loro benessere psicosociale.

Conclusioni: le prospettive *de jure condendo* alla luce dell'esperienza emergenziale

Fino al 2019 lo *smart working* era un istituto di nicchia, addirittura un "lusso per pochi", in quanto era ristretta la cerchia delle imprese che potevano permettersi la rivoluzione organizzativa che lo *smart working* richiede (25). La situazione è però drasticamente cambiata con l'avvento della pandemia, che ha imposto l'adozione di diverse misure allo scopo di ridurre la diffusione del virus: dal 23 febbraio 2020 il Governo italiano ha fortemente raccomandato l'adozione della modalità agile al fine di evitare spostamenti che avrebbero inevitabilmente comportato un rischio di contagio.

Il lavoro agile nella situazione emergenziale è dunque stato "piegato" a scopi in gran parte differenti rispetto a quelli per i quali è stato ideato ma, al contempo, ha accelerato una rivoluzione culturale, accrescendo l'interesse verso questo modello organizzativo. In particolare, non solo si è permesso ai lavoratori e ai datori di lavoro, seppur obbligati, di saggiare questa nuova modalità lavorativa, ma l'utilizzo su larga scala ha altresì permesso di cogliere modifiche indispensabili alla disciplina legislativa.

A un anno dall'insorgere della pandemia sono così risultate necessarie delle correzioni normative finalizzate a una maggior tutela della salute e della sicurezza del lavoratore. Nel maggio 2020 è stato depositato in Senato il DDL n. 1833 avente ad oggetto la "Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l'introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psicosociale dei lavoratori e dei loro affetti".

(22) R. Zucaro, "Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela", in *Labour & law issues*, vol. 5, n. 2, 2019.

(23) E. Dagnino, "Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata", in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 4, 2017.

(24) Per tale ragione il DDL n. 1833/2020 Senato richiamato nel capitolo successivo prevede ampia regolamentazione del diritto alla disconnessione finalizzato alla migliore tutela della salute del lavoratore.

(25) B. Caruso, "Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno *smart working*?", in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 22.

Nella relazione introduttiva dello stesso le Senatrici e i Senatori promotori hanno sottolineato la necessità di disciplinare in modo più compiuto il diritto alla disconnessione onde limitare “l’invasiva presenza del proprio datore di lavoro che, abusando dell’evoluzione tecnologica [...] e della propria posizione dominante, potrebbe entrare dispoticamente all’interno della vita privata dei propri collaboratori e delle loro famiglie” e, ciò, al fine di evitare - come già sottolineato - il manifestarsi del *di-stress* (stress negativo) nel lavoratore. Addirittura, la proposta legislativa arriva correttamente a sostenere che “il diritto alla disconnessione, invece, andrebbe inquadrato all’interno del cosiddetto testo unico sulla sicurezza, di cui al decreto legislativo n. 81/2008, dal momento che l’anzidetto rischio è correlato al benessere psico-fisico del lavoratore e quindi all’analisi dello stress correlato al lavoro come conseguenza degli aspetti socio-ambientali della prestazione lavorativa”.

È quindi interessante notare come la prospettiva di osservazione, anche in questo caso, sia mutata in favore della tutela della salute e sicurezza del lavoratore, soffermandosi sui nuovi rischi verificati durante l’esperienza emergenziale.

A ciò si aggiunge, da ultimo, la Risoluzione del Parlamento europeo 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)), che sottolinea l’importanza del diritto alla disconnessione e invita la Commissione “a valutare e affrontare i rischi di una mancata tutela del diritto alla disconnessione” e “gli Stati membri e i datori di lavoro a garantire che i lavoratori siano informati sul loro diritto alla disconnessione e possano esercitarlo”.

In definitiva, l’esperienza emergenziale è senza dubbio servita come chiave di volta per affrontare quelli che saranno i diritti e le opportunità del futuro nel mondo del lavoro.

RIVISTA



ISL Igiene & Sicurezza del Lavoro - I Corsi

Mensile di aggiornamento giuridico e orientamento tecnico

Periodicità: Mensile

Prezzo Abbonamento: € 124,00

È il mensile di **formazione** ed **informazione** in tema di **sicurezza del lavoro** diretto a tutti i professionisti del settore. «I Corsi» approfondiscono gli argomenti più significativi attraverso un **programma articolato per «lezioni»**, consentendo al lettore di seguire un vero e proprio iter di apprendimento.

Compresa nel prezzo dell’abbonamento la possibilità di scaricare in formato pdf la rivista ancora in fase di stampa e i numeri dell’anno precedente.

Per informazioni

- Servizio Clienti 02.82476100
- Agenzie: <http://shop.wki.it>