

DSL

2-2020

Il lavoro agile: contemperamento tra tutela della salute ed esigenze lavorative

di Alessio Giuliani*

SOMMARIO: 1. Considerazioni sulle innovazioni introdotte durante la fase emergenziale. – 2. *Smart working* emergenziale e *smart working* ordinario: le differenze. – 3. Alcune implicazioni sul piano della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. – 4. Una nuova presa di coscienza sul lavoro agile.

1. Considerazioni sulle innovazioni introdotte durante la fase emergenziale

È sotto gli occhi di tutti che il lavoro agile, introdotto nel 2017 e finora utilizzato prevalentemente in realtà aziendali di grandi dimensioni¹, in questi ultimi mesi è letteralmente dilagato, ponendo questioni di non poco conto a livello giuslavoristico e sul piano della gestione delle risorse umane. E, invero, uno dei fili conduttori che lega i provvedimenti emergenziali è costituito dall'averlo elevato a strumento funzionale al contenimento del contagio.

Come noto, a livello definitorio generale, per lavoro agile (il cui omologo anglofono è lo *smart working*) si intende una peculiare modalità di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato disciplinata dalla l. n. 81/2017 (artt. dal 18 al 23). I suoi tratti caratterizzanti² sono la possibilità di svolgere la prestazione lavorativa in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, e in quest'ultimo caso

* Alessio Giuliani è Addetto alle risorse umane e Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “La Sapienza”. alessio.giuliani@uniroma1.it

¹ A tal proposito si ricordi che, ancor prima dell'emanazione della vigente legge n. 81/2017, era stato dato impulso alla contrattazione aziendale già attraverso il d.d.l. 29 gennaio 2014, n. 2014, recante “Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro”. Per un'ampia panoramica relativa alle peculiarità della contrattazione collettiva, v. AA.VV., *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017.

² Sui quali si sono soffermati, *ex plurimis*, M. BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in “Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”, 2017, 1, p. 119 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, 2017, 3, p. 369 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in “WP CSDLLE “Massimo D'Antona”.IT – 335/2017”; L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018; M. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in “Diritti Lavori Mercati”, 2018, 2, p. 293 ss.; M. VERZARO (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, Napoli, Jovene, 2018; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, Cedam, 2018.

senza una postazione fissa; il non essere sottoposta stringenti vincoli di orario, fermi restando i limiti massimi fissati dal legislatore e dalla contrattazione collettiva; l'avvalersi di attrezzatura tecnologica, posta come eventuale ma che è una costante nella prassi.

Può risultare utile svolgere una sintetica ricognizione delle principali disposizioni normative che si sono susseguite nel corso degli ultimi mesi.

Nell'ambito delle misure adottate dal Governo, volte al contenimento e alla gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, già con i d.P.C.M. del 25 febbraio e del 1° marzo 2020 (articolo 1, comma 1, punto 7, lett. *a*) era stata prevista una procedura semplificata per accedere allo *smart working*. Quindi un forte impulso è stato dato a tutti i datori di lavoro privati, stabilendo che la modalità di lavoro agile può essere applicata ad ogni rapporto di lavoro subordinato anche in assenza di un accordo tra le parti. Ciò si riflette sulla modalità di svolgimento della prestazione, che può essere determinata in via unilaterale dall'azienda, non occorrendo materialmente la firma del lavoratore o un accordo sindacale, bensì essendo sufficiente una comunicazione via e-mail. Fermo pur sempre restando (ai sensi, da ultimo, del d.P.C.M. del 10 aprile 2020) il “rispetto dei principi dettati dalle [...] disposizioni?” di cui alla l. n. 81/2017. D'altro canto, gli obblighi di informativa, nella quale (*ex art. 22 della l. n. 81/2017*) sono individuati – secondo le peculiarità dell'organizzazioni aziendale – i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro, possono essere «assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'INAIL».

Nel d.P.C.M. dell'11 marzo 2020 si raccomandava poi che, da parte delle imprese, si incentivasse il massimo utilizzo del lavoro agile per le attività che potessero essere svolte dal proprio domicilio o in modalità a distanza (art. 1).

È poi il d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Cura Italia”), convertito con l. n. 27/2020 a ribadire la portata della disposizione sia per lavoratori privati che pubblici. E, tra le disposizioni che rilevano in tema, l'art. 39 riconosce, per i lavoratori dipendenti disabili gravi ai sensi della l. n. 104/1992 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona nel medesimo stato di disabilità, il diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile (fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, ossia fino al 31 luglio 2020)³. La legge di conversione ha previsto che le disposizioni si applicano anche ai lavoratori immunodepressi e ai familiari conviventi di persone immunodepresse. Mentre l'art. 87 lo qualifica come “modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni”, fatti salvi l'erogazione dei servizi essenziali e lo svolgimento di attività non prorogabili. La prestazione lavorativa in lavoro agile

³ Del resto già il comma 3-bis dell'art. 18, introdotto dalla legge n. 145/2018, impone a datori pubblici e privati, che stipulano accordi per l'esecuzione della prestazione in modalità agile, l'obbligo di riconoscere una priorità alle richieste formulate dalle lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità ovvero dai lavoratori con figli in condizioni di disabilità grave.

può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente pubblico qualora non siano forniti dall'amministrazione⁴.

Attraverso il d.l. n. 22/2020 è stato formalmente riconosciuto come strumento funzionale alla continuità delle prestazioni didattiche e agli «adempimenti connessi dei dirigenti scolastici nonché del personale scolastico».

Da ultimo all'interno del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Rilancio") è stato previsto (all'art. 90), per tutta la durata dello stato di emergenza sanitaria, il diritto all'attivazione dello *smart working* per i lavoratori dipendenti del settore privato che siano genitori di almeno un figlio minore di 14 anni, anche a prescindere dalla stipulazione di accordi individuali. Ovviamente a condizione che sia compatibile con le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro⁵ e fermi restando gli obblighi informativi di cui alla l. n. 81/2017. Altresì, oltre a ribadire l'obbligo di comunicare all'INAIL i nominativi dei lavoratori e la data di cessazione della prestazione di lavoro *smart* mediante modalità telematica semplificata e che il lavoro agile costituisce la "modalità ordinaria" attraverso cui rendere la prestazione di lavoro presso la P.A., si prevede che il lavoro agile possa ammettersi anche mediante l'utilizzo strumenti informatici non forniti direttamente dal datore di lavoro, quindi anche attraverso quelli di proprietà del dipendente.

Di assoluto rilievo è anche il Protocollo sottoscritto da Governo e Parti sociali il 14 marzo 2020, aggiornato il 24 aprile 2020, nella cui Premessa a tutte le attività non sospese è rivolto l'esplicito invito al massimo utilizzo delle modalità proprie del lavoro agile. È il Protocollo stesso a stabilire che il lavoro a distanza «continua a essere favorito anche nella fase di progressiva riattivazione del lavoro in quanto utile e modulabile strumento di prevenzione». L'intesa ricorda però che il datore di lavoro deve fornire adeguate condizioni di supporto al dipendente per quanto riguarda l'utilizzo dei dispositivi e i tempi e le pause dell'attività.

2. Smart working *emergenziale* e smart working *ordinario*: le differenze

Viene, però, da chiedersi se il lavoro agile che oggi stiamo "sperimentando" sia esattamente quello disciplinato dalla normativa d'origine, oppure sia un *quid novi*. In effetti, quest'ultima conclusione risulta essere la più convincente.

Un primo elemento da considerare sta proprio nell'alternanza tra momenti di lavoro *smart* e presenza presso la sede lavorativa. Partendo dal presupposto che il lavoro è di per sé anche – se non soprattutto – inserimento in una organizzazione, la legge del 2017 ha precisato che debba essere prevista

⁴ Anche se ciò potrebbe porre problemi di sicurezza con riguardo a dati scambiati e connessione. Sulle relative modalità applicative si soffermano la circolare del Ministero della Pubblica Amministrazione n. 1 del 4 marzo 2020 e la direttiva n. 2 del 12 marzo 2020.

⁵ La valutazione concernente la compatibilità non può che essere effettuata dal datore di lavoro che, secondo correttezza e buona fede, è tenuto ad effettuarla considerando l'oggettività delle mansioni del lavoratore.

un'alternanza tra fasi di svolgimento del lavoro a distanza e un rientro del lavoratore in sede per confronto diretto con i superiori, esercizio dei suoi diritti sindacali e, più in generale, favorire la socializzazione con i colleghi; mentre attualmente il rientro in ufficio è contingentato proprio alla luce delle disposizioni di carattere generale.

Inoltre cifra distintiva del lavoro agile starebbe nel rendere una prestazione lavorativa in un arco temporale definito (l'orario di lavoro giornaliero) senza vincoli né di tempo, alternando periodi di lavoro a pause, né di luogo, potendosi svolgere tendenzialmente ovunque. Quindi distinguibile dal telelavoro che, invece, prevede una postazione fissa e generalmente ritmi di lavoro predefiniti. In realtà le limitazioni alla mobilità, soprattutto nella fase che va dall'8 marzo al 3 maggio, hanno di fatto avvicinato lo *smart working* al telelavoro: lo svolgimento dell'attività lavorativa presso la sede aziendale da regola è diventata eccezione.

Altra differenza tra il regime dell'emergenza e il regime ordinario è rinvenibile – come anticipato – nella natura dell'atto attraverso il quale si stabilisce lo svolgimento del rapporto di lavoro in modalità agile. Prima un accordo “di agilità”, ora un atto unilaterale, detto “regolamento di agilità”. La stessa legge n. 81/2017 prevede, infatti, che un accordo tra le parti, al quale spetta definire gli elementi organizzativi della prestazione, debba essere alla base di tale rapporto, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato.

Ultimo punto che vale la pena sottolineare è la *ratio* dell'istituto. Per la legge n. 81/2017 coincide con le finalità di efficientare il sistema produttivo, ridurre tempi di spostamento e di conseguire un tendenziale bilanciamento tra vita privata e vita lavorativa. Nella fase attuale, invece, l'obiettivo primario dello *smart working* è quello di ridurre la circolazione delle persone e scongiurare una nuova ondata epidemica.

Quindi più che di lavoro agile potrebbe parlarsi di lavoro da remoto⁶, in virtù del fatto che la libertà di scelta del luogo di lavoro ha ceduto il passo all'obbligo di svolgerlo dal luogo di residenza o di domicilio, quale «luogo necessitato»⁷. Che nei fatti è la modalità per la quale molte aziende hanno “dovuto optare” al fine di garantire la continuità delle proprie attività (talvolta, più in radice, anche la propria sopravvivenza).

Peraltro la stessa giurisprudenza di merito, a più riprese, ha valorizzato il riconoscimento – nelle specifiche ipotesi *ex lege* summenzionate – del diritto a lavorare in modalità agile.

In particolare, il Giudice di Grosseto⁸ ha ritenuto illegittimo, laddove ricorrano le condizioni necessarie allo svolgimento delle mansioni lavorative da

⁶ A riguardo si è espresso, da ultimo, anche M. SACCONI, *Il mio canto libero – Ancora sullo smartworking*, in “Bollettino Adapt”, 25/2020.

⁷ C. DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile - Legislazione in materia di lavoro*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, 2020, 1, p. 1 ss.

⁸ Tribunale di Grosseto, sez. lavoro, ord. 23 aprile 2020. In senso analogo, cfr. Tribunale di Bologna, sez. lav., decr. 23 aprile 2020.

remoto, rifiutare dell'attivazione del lavoro agile con contestuale prospettazione del ricorso alle ferie anticipate (da computarsi su un monte ferie non ancora maturato) quale alternativa alla sospensione non retribuita del rapporto. Nel caso di specie il lavoratore, affetto da una grave patologia polmonare, aveva denunciato la circostanza presentando un ricorso *ex art. 700 c.p.c.* A riguardo l'organo giudicante rammenta che, nell'ambito della normativa emanata al fine di contenere la diffusione dell'epidemia, il “ricorso al lavoro agile è stato considerato una priorità”, e pertanto, applicando l'art. 39 del d.l. n. 18/2020, ha riconosciuto la possibilità di svolgere lavoro agile a fronte della scelta datoriale di mantenerlo in malattia o metterlo in ferie.

Per quanto riguarda i rapporti di lavoro nella P.A., di recente il Tribunale di Roma⁹ ha riconosciuto ad un'assistente sociosanitaria, con a carico due familiari disabili, il diritto ad attivare lo *smart working* in quanto funzionale sia all'equilibrio e alla stabilità del nucleo familiare, sia alla cura delle proprie condizioni di salute: “è possibile quindi ritenere sussistente un pericolo sia per la salute del figlio della ricorrente, che per quella di quest'ultima, che è possibile invece scongiurare culo accoglimento della sua richiesta di assegnazione di lavoro in modalità agile”. Dai risvolti interessanti, poiché in linea col consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità¹⁰ che valorizza il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, da intendersi quale complessivo benessere psicofisico, il cui conseguimento – in accordo col Giudice di merito – viene facilitato proprio dal lavoro agile.

3. Alcune implicazioni sul piano della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

Posto che, rispetto allo *smart worker*, il datore di lavoro assume una posizione dai contorni “più sfumati”¹¹, non risulta così immediato cogliere le implicazioni delle più recenti disposizioni normative sul piano della sicurezza sul lavoro, in quanto le norme emergenziali si limitano a contemplare la duplice deroga relativa alle previsioni sugli accordi individuali e sugli obblighi informativi e, al contempo, impongono comunque il rispetto dei principi dettati dagli articoli da 18 a 23 della legge n. 81/2017. Vale a dire prescrizioni a tutela della salute e sicurezza, *ictu oculi*, impegnative.

⁹ Tribunale di Roma, sez. lavoro, ord. 20 giugno 2020.

¹⁰ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lavoro, 18 giugno 2012, n. 9969.

¹¹ Nel senso che – per definizione – quest'ultimo non è in grado di esercitare un potere di controllo diretto quando l'attività venga svolta all'esterno della compagine aziendale. Mi sia permesso rinviare ad alcune riflessioni già sviluppate sul punto: A. GIULIANI, *Il lavoro agile ai tempi del coronavirus*, in “Ambiente & sicurezza sul lavoro”, 2020, 4, pp. 16-17. Per un più ampio approfondimento sul tema, v. in particolare A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2017, pp. 307 ss.; A. DELOGU, *Obblighi di sicurezza: tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in GRUPPO GIOVANI GIUSLAVORISTI SAPIENZA (GGGS) (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale*, in “WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” Collective Volumes-6/2017”, p. 108 ss.

Infatti sul datore di lavoro grava l'obbligo di garantire la tutela della salute e sicurezza anche qualora la prestazione lavorativa sia resa in modalità agile, e lo stesso lavoratore è tenuto a partecipare all'implementazione della strategia prevenzionistica, seguendo la logica della sicurezza partecipata su cui si impernia il T.U. n. 81/2008 (ai sensi dell'art. 22); altresì è prevista la responsabilità datoriale per la sicurezza degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore (delineata dall'art. 18).

Al punto che alcuni autorevoli esponenti della dottrina hanno prospettato un'estensione *ex lege* delle garanzie previste per il telelavoro¹², il cui punto di riferimento normativo è nell'art. 3, comma 10, del T.U. Si allude all'osservanza della disciplina in materia di attrezzature munite di videoterminali (presente nel Titolo VII) e, della disciplina del Titolo III se le attrezzature sono fornite dal datore di lavoro; all'obbligo di informare i lavoratori sulle politiche aziendali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, in particolare con riferimento alle esigenze connesse allo svolgimento della prestazione in luogo altro rispetto ai locali aziendali e correlate all'utilizzo di detti videoterminali. Il che implicherebbe anche la possibilità di accesso del datore di lavoro, delle rappresentanze dei lavoratori e delle autorità competenti al luogo di lavoro, subordinata al preavviso e, se coincidente col domicilio del lavoratore, al consenso di quest'ultimo.

Tuttavia, senza un intervento *ad hoc* del legislatore, non sembra prospettabile un'interpretazione estensiva, dal momento che il regime del lavoro agile è a sé stante, e trova pur sempre il proprio "basamento giuridico" nella legge n. 81/2017.

Mentre, in linea più generale, è fuor di dubbio che il ricorso allo *smart working* (quando non obbligatorio) vada privilegiato laddove non sia possibile garantire né l'utilizzo di adeguati dpi né il distanziamento sociale, concependolo come «misura di natura organizzativa da utilizzare in chiave di sicurezza»¹³.

4. Una nuova presa di coscienza sul lavoro agile

Sviluppando una riflessione di carattere più ampio, è evidente come alcuni paradigmi classici dell'organizzazione aziendale siano ormai superati. E, di fatto, le aziende che hanno giocato d'anticipo, o che si sono avvicinate in modo più repentino a nuove modulazioni degli orari e a concepire nuove organizzazioni degli spazi di lavoro, in qualche modo sembrano incarnare la *ratio* alla base della legge n. 81/2017, ossia l'esigenza di contemperamento tra sfera professionale e sfera personale dei lavoratori.

Senza dubbio il *lockdown* ha impresso un'ulteriore accelerazione all'evoluzione dei caratteri propri del rapporto di lavoro subordinato:

¹² Cfr. R. GUARINIELLO, *Coronavirus tra Tusi e codice penale*, in "Diritto & Pratica del lavoro", 2020, 16, pp. 1022-1023, il quale tuttavia avverte che "il regime del lavoro agile è integralmente e autonomamente dettato dalla legge n. 81/2017, senza alcun riferimento alla disciplina del telelavoro".

¹³ Così M. MARAZZA, in "Il Sole 24 Ore", 23 maggio 2020.

ridimensionandosi il tradizionale inquadramento come messa a disposizione di energie lavorative sottoposte al potere di eterodirezione datoriale¹⁴, assume sempre più le fattezze di una «serie di prestazioni di risultato»¹⁵. E, al contempo, va posta in primo piano l'esigenza di individuare un punto di equilibrio, da una parte, tra tutela della salute pubblica e accesso ai servizi essenziali tutela di salute pubblica e accesso ai servizi essenziali, da un lato, e, dall'altro, la salvaguardia del mercato di lavoro, con un ruolo preponderante assunto dall'apprestamento di incisive tutele giuslavoristiche¹⁶.

Appare, dunque, cruciale che nei prossimi mesi si pongano le premesse per la transizione da una disciplina del lavoro agile emergenziale ad un ripensamento del *corpus* normativo *standard*, che tuttora vede la legge n. 81/2017 come punto di riferimento. Auspicandosi, in parallelo, una presa di coscienza circa le opportunità che si profilano per entrambe le parti del rapporto di lavoro (pur con alcuni necessari *caveat*¹⁷): da un lato, efficientamento organizzativo e contenimento del costo del lavoro; dall'altro, conseguimento di un nuovo bilanciamento tra esigenze lavorative ed esigenze familiari.

Abstract

Durante la fase dell'emergenza sanitaria da Covid-19, tuttora in atto, lo smart working è tornato al centro dell'attenzione di operatori del diritto ed aziende quale mezzo privilegiato per contrastare il diffondersi della pandemia e consentire la ripresa delle attività produttive. Il contributo, tenendo conto delle più recenti novità a livello normativo, tratteggia le peculiarità del lavoro agile "emergenziale", in primo luogo rilevanti sul piano giuslavoristico, nonché incidenti sulla disciplina della sicurezza sul lavoro e, più in generale, sulla gestione delle risorse umane.

During the current health emergency caused by Covid-19, both legal operators and companies have focused their attention on smart working again, as a privileged instrument for countering the spread of the pandemic and allowing the production activities recovery. The essay, taking into account the most recent regulatory changes, outlines the peculiarities of the "emergency" smart working, on labour law, safety at work and hr management paths.

Parole chiave

Lavoro agile, salute, sicurezza, organizzazione aziendale

¹⁴ Addirittura G. SANTORO-PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in "Diritto delle relazioni industriali", 2019, 2, esprime perplessità sulla possibilità che la subordinazione "possa continuare a funzionare come criterio di identificazione dei soggetti effettivamente meritevoli di tutela".

¹⁵ Tra gli altri, è di questo avviso G. PROSPERETTI, in "Il Sole 24 Ore", 17 giugno 2020.

¹⁶ Accogliendo l'invito del prof. A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in "Federalismi.it", 8/2020. Sul punto si è espresso anche P. PASCUCCI, *Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività*, in "giustiziacivile.com", n. 3/2020.

¹⁷ Di recente espressi anche da F. BACCHINI, *Smart working da Covid-19 a fine corsa? Ragioniamo sugli scenari futuri*, in "ipsoa.it", 27 giugno 2020, il quale reputa che "(ri)trovare una dimensione normativa unitaria e durevole" sia un intervento non procrastinabile. Inoltre secondo P. ICHINO, *Nel lavoro agile anche un modello nuovo di impresa*, in "Pietroichino.it", 13 marzo 2020, "quanto più la persona che lavora è responsabilizzata sul risultato, tanto più il rischio che il risultato non venga raggiunto, anche per cause esterne, ricade su di lei. Insomma, il lavoro dipendente finisce coll'assomigliare molto al lavoro autonomo".

Keywords

Smart working, health, security, business organization