

Profili penalistici dello *smart working*.

di **Andrea De Carlo e Pietromatteo La Sala**

Sommario. 1. Premessa. – 2. Il lavoro agile nella disciplina della L. 22 maggio 2017 n. 81. – 3. La posizione di garanzia del datore di lavoro. – 4. Il luogo di lavoro. – 4.1 La gestione del lavoratore sottoposto a prescrizioni o limitazioni. – 5. Le prime indicazioni dell'INAIL in tema di lavoro agile. – 6. Gli obblighi informativi (e formativi) del datore di lavoro. – 7. DVR e rischi specifici. – 7.1 La tutela del work-life balance e il diritto alla disconnessione. – 8. Conclusioni.

1. Premessa.

L'istituto del c.d. lavoro agile, altrimenti detto smart-working, trova la propria disciplina nel capo II della Legge n. 81/2017 rubricata: *"Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato"*.

L'art. 18 della L. 81/17 definisce il lavoro agile come una "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato", che si contraddistingue per l'esercizio di una prestazione che si svolge "in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa" e che implica un "possibile utilizzo degli strumenti tecnologici"¹. Non si tratta di un nuovo tipo di prestazione lavorativa che si affianca alla subordinazione e all'autonomia, ma di una differente "declinazione modale" del lavoro subordinato classico.² E' bene specificare che, tanto giuridicamente quanto sostanzialmente, lo smart-working non può essere assimilato al telelavoro da considerarsi, al più, un mero antecedente tipologico.³

Le differenze tra i due istituti sono evidenti⁴.

¹ Cfr. CORTI – SARTORI, *La legge sul lavoro autonomo e lo smart working. La quarta riforma del lavoro pubblico. Le nuove linee guida sui tirocini*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, III, p.93; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, p. 993; DEL CONTE, *Il lavoro agile. Oltre il modello di organizzazione fordista*, in *Lavoro welfare*, 2016, 21, p.16.

² TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2018, p. 239.

³ Cfr. RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del "lavoro agile"*, in *Le nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1 maggio 2018.

⁴ Alcuni commentatori ritengono che lo smart working rappresenti una evoluzione del telelavoro, definendolo "telelavoro evoluto", ovvero che si tratti di "un altro modo di chiamare il telelavoro". Sul punto: TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 945.



Il luogo di svolgimento della prestazione del lavoro agile è, per definizione, variabile (pur con le limitazioni che si diranno in seguito); non così per i telelavoratori che invece dispongono di una postazione fissa esterna ai locali aziendali. Un ulteriore elemento di differenziazione risiede nella percentuale di lavoro esterno svolto dal lavoratore. Nel telelavoro la prestazione è eseguita interamente all'esterno dei locali aziendali; nel lavoro agile, al contrario, vi è alternanza tra prestazione esterna e prestazione in sede.

Anche l'organizzazione stessa del lavoro rappresenta un importante elemento di discriminazione. Se il telelavoro si riferisce al lavoratore puramente "operativo", che è chiamato a garantire la propria presenza in orari specifici, nel lavoro smart si deve ragionare in termini di obiettivi e risultati da raggiungere (MBO – Management by Objective)⁵. Il lavoro agile pone in capo al lavoratore un livello di autonomia del tutto inedito, in cui lo stesso è chiamato ad autodeterminarsi nella gestione del tempo e dello spazio, garantendo il raggiungimento del risultato richiesto. Si può dire che le maglie della subordinazione si affievoliscono, lasciando spazio alla autodeterminazione, formale e sostanziale, del lavoratore. Ne consegue un alleggerimento della etero-determinazione intesa, da un lato, quale sottoposizione del lavoratore a direttive stringenti del datore di lavoro sui contenuti dell'attività lavorativa⁶ e, dall'altro, quale assenza di un inserimento "materiale" del dipendente nella organizzazione aziendale.

Tale modalità di svolgimento della prestazione lavorativa comporta problematiche inesplorate in tema di salute e sicurezza sul luogo di lavoro cui la legislazione attuale non fornisce risposte adeguate.

2. Il lavoro agile nella disciplina della L. 22 maggio 2017, n. 81.

La normativa di riferimento, come detto, si limita a poche specifiche previsioni. Di particolare rilievo quanto previsto dall'art. 19 L. 81/17, rubricato "Forma e recesso", il quale stabilisce che "L'accordo relativo alla modalità di lavoro agile è stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova, e disciplina l'esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro ed agli strumenti utilizzati dal lavoratore [...]". Il legislatore del 2017 ha attribuito un peso rilevante all'accordo tra le parti, che rappresenta la fonte di regolamentazione primaria della

⁵ E' stato rilevato come il lavoro agile sia maggiormente adatto per lo svolgimento di attività lavorative a contenuto intellettuale, rivolgendosi a impiegati, quadri e dirigenti, che non a operai. Sul punto: MARRUCCI, *Smart Working, la flessibilità lavorativa spazio temporale di nuova generazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 giugno 2017, n. 26, 20.

⁶ Cfr. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI – GRAMOLATI – MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, p. 229.

prestazione lavorativa. Si tratta di una novità per il nostro ordinamento, che in questo caso pare allontanarsi dal vincolo della contrattazione collettiva che, pur astrattamente applicabile, risulta inadatta (o, per meglio dire, insufficiente) a regolare questa tipologia di prestazione lavorativa.⁷ Ciò non significa che la contrattazione collettiva debba considerarsi esclusa dall'universo dello smart-working; basti pensare che la L. 81/17 richiama espressamente la contrattazione collettiva in tema di diritto del lavoratore agile ad un trattamento economico e normativo non inferiore rispetto a quello spettante ai lavoratori cc.dd. interni alla azienda⁸. Attraverso l'accordo ex L. 81/2017 sarà possibile stabilire le modalità di esecuzione del lavoro esterno, individuare gli strumenti necessari per svolgere le proprie mansioni e regolare il potere direzionale del datore di lavoro e, ancora, individuare i tempi di riposo del lavoratore e garantire il cd. diritto alla disconnessione. La disciplina del rapporto è dunque rimessa all'accordo tra le parti; tale accordo rappresenta, per espressa previsione normativa, il primo step per la collocazione di una risorsa in modalità smart.

In tema di sicurezza del lavoratore agile una prima indicazione è rinvenibile nell'art. 18 comma 2 L. 81/17, là dove si stabilisce 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". Ed ancora, l'art. 22 L. 81/17: "Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali." E' evidente che le sintetiche previsioni di cui al combinato disposto degli artt. 18 e 22 citati non esauriscono tutti gli aspetti rilevanti in tema di sicurezza e salute sul lavoro. Basti pensare che il concetto di "lavoratore" di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) D.Lvo 81/08 è riferibile anche al lavoratore agile, pertanto, anche le disposizioni previste nel TUSL debbono trovare applicazione in questa materia. E' ragionevole affermare che il legislatore del 2017 abbia preferito evitare richiami puntuali al D.Lvo 81/08,

⁷Si riscontra infatti una certa timidezza da parte della contrattazione collettiva che, pur riconoscendo che la tecnologia abbia di fatto reso idoneo qualsiasi luogo all'esercizio della prestazione lavorativa, non si è mai spinta a contrattualizzare un luogo diverso dal semplice domicilio del lavoratore. Sul punto: FREDIANI, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 7/2017, p. 630

⁸ MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulla prestazione del lavoratore agile*, in FIORILLO – PERULLI, p.213.

limitandosi a regolare gli aspetti innovativi del lavoro agile e riportandosi, per tutto il resto, alla norma generale di riferimento.

Al lavoro agile, ad esempio, risulta certamente applicabile il Titolo III (sulle attrezzature) e il Titolo VII (sul lavoro al videoterminale) del TUSL, stante l'operatività del richiamo di cui agli artt. 3, comma 10 e 173 D.Lvo 81/08. Gravano pertanto sul datore di lavoro gli obblighi inerenti la fornitura, l'installazione e la manutenzione della strumentazione elettronica, affiancata da una specifica formazione e informazione sull'utilizzo della stessa⁹. Ne deriva altresì il quasi-inevitabile inserimento del lavoratore nel programma di sorveglianza sanitaria specifico del videoterminista.

Delineato il quadro normativo, dunque, è possibile affermare che il datore di lavoro che decida di collocare i propri dipendenti in modalità smart dovrà attenersi alle disposizioni antinfortunistiche "tipiche" del TUSL del 2008, affiancando a queste le prescrizioni di cui alla L. 81/17 e quelle previste nell'accordo iniziale¹⁰.

3. La posizione di garanzia del datore di lavoro.

Se da un lato la L. 81/17 appare snella e di facile consultazione, dall'altro offre il fianco a non banali dubbi interpretativi. Il primo aspetto da approfondire riguarda la posizione di garanzia del datore di lavoro.

Come noto, affinché un soggetto possa essere definito "garante" è necessario che insieme alla nomina formale sussista un potere fattuale di dominio del rischio ovvero una effettiva capacità di intervento. Quando il lavoratore si trova ad esercitare le proprie mansioni all'interno dell'azienda, il compito del datore di lavoro sarà più agevole: egli dominerà un rischio noto sul quale il lavoratore non è in grado di incidere in maniera determinante. In un sistema di lavoro esterno, al contrario, al lavoratore viene attribuito un ruolo di cooperazione nella organizzazione del lavoro e nella gestione del tempo e dello spazio, riducendo sensibilmente il governo del rischio da parte del datore di lavoro che, in taluni casi, potrebbe addirittura perdere la propria capacità di intervento.

La norma del 2017 sul punto non offre risposte puntuali. Recita infatti l'art. 22 "Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile [...]", lasciando intendere che collocare il lavoratore in modalità smart non determina una limitazione della posizione di garanzia del datore di lavoro che, anzi, sarà chiamato a garantire tutti i rischi, generici e specifici, che discendono dall'attività esterna del dipendente. E quindi, se da un lato aumenta il potere di autodeterminazione

⁹ CASIELLO, *La sicurezza e la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali nel lavoro agile*, in ZILIO- GRANDI – BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoratore autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, p. 471.

¹⁰ GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 32-33/2017.

del lavoratore - che potrà scegliere dove e come prestare la propria attività - dall'altro rimane immutato l'onere di protezione in capo al datore di lavoro. Il perimetro di tale dovere di protezione, tuttavia, deve essere necessariamente ridefinito. Il fatto che lo stesso legislatore stabilisca al comma secondo dell'art. 22 L. 81/17 che "Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali", consegna un dato incontrovertibile: il lavoratore vede ridursi la propria "condizione di vulnerabilità" a fronte di una maggiore autonomia nella gestione del lavoro, al punto che egli stesso diventerà debitore di sicurezza nei confronti del datore di lavoro pur mantenendo la qualifica di soggetto "debole" del rapporto.

4. Il luogo di lavoro.

La mancata individuazione di un luogo di lavoro e la possibilità per il dipendente di lavorare dove preferisce sono variabili che incidono, in primo luogo, sulla conoscenza ovvero sulla conoscibilità dell'ambiente da parte del datore di lavoro. La mancanza di conoscenza a sua volta incide sulla possibilità di governare il rischio "ambiente di lavoro" e, in ultima analisi, sulla possibilità di essere garante della salute e della sicurezza del lavoratore. Il lavoratore agile è tale perché si serve di tecnologie (in primis cellulare e PC portatile) che si prestano ad essere trasportate ed utilizzate in qualsiasi luogo, ma il punto è: il luogo di esecuzione della prestazione lavorativa può essere totalmente indeterminato?

I commentatori sono divisi tra coloro che ritengono indispensabile una previa individuazione dei luoghi presso i quali si svolgerà la prestazione lavorativa e coloro che, invece, ritengono che in un contesto di lavoro agile non possa essere contemplato un obbligo del lavoratore di svolgere la prestazione esterna in un luogo predeterminato¹¹. Di sicuro l'identificazione del luogo di lavoro esterno non è incompatibile con la natura del lavoro agile. Ma come

¹¹ Per quanto riguarda coloro che ritengono che non sia possibile identificare il luogo in sede di accordo, poiché lo stesso deve essere rimesso alla libera scelta del lavoratore, si segnala: MARESCA, *Smart Working: subordinazione soft*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 luglio 2019; PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, p. 366. Sull'identificazione necessaria del luogo di lavoro: LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro: a proposito di smart working e di crowd working*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, p. 993; PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in Zilio Grandi e Blasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, p. 636.

circoscrivere un luogo che, almeno sulla carta, può apparire del tutto indeterminato?

Allo scopo torna utile l'accordo di cui all'art. 19 L. 81/17. Il luogo di lavoro deve essere oggetto dell'accordo individuale, con la possibilità per il lavoratore di indicare, ad esempio, alcuni luoghi in cui la propria prestazione si svolgerà (domicilio, residenza, etc.). Solo in questo modo sarà possibile conciliare il lavoro smart con le norme generali di tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Concordare con il lavoratore i luoghi di svolgimento dell'attività permetterà di sviluppare un sistema di informazione e di prevenzione realmente efficace e, per il datore di lavoro, di avere la garanzia che il lavoratore non si esporrà a rischi inutili e non contemplati. Un'ipotesi ugualmente percorribile potrebbe essere quella di una identificazione generica da parte del datore di lavoro dei luoghi idonei (e consentiti) per l'esercizio dell'attività lavorativa. In sede di accordo il datore di lavoro potrebbe imporre dei vincoli al lavoratore che, all'atto della sottoscrizione, si impegnerà a svolgere la propria attività esclusivamente in luoghi che, anche se non preventivamente identificati, risponderanno alle caratteristiche richieste dal datore di lavoro.

In questo modo egli saprà (o legittimamente si aspetterà) che il proprio dipendente lavorerà in ambienti che presenteranno alcune caratteristiche tecniche predeterminate; ad esempio, stabilendo che il lavoratore si dovrà servire obbligatoriamente di una scrivania e di una poltroncina ergonomica il datore di lavoro restringerà implicitamente i locali che il dipendente potrà adibire a postazione di lavoro, escludendo da subito i luoghi esterni come parchi o bar. Il datore di lavoro, dunque, potrà efficacemente garantire la sicurezza del proprio dipendente impegnato a svolgere la sua opera in locali già preventivamente identificati o almeno identificabili secondo caratteristiche predeterminate.

La comunicazione preventiva e puntuale del luogo, in sostanza, è preferibile ma non indispensabile, mentre lo sarà il fatto che detto luogo risponda ai requisiti previsti per lavorare in sicurezza, requisiti che saranno illustrati al lavoratore in sede di formazione e informazione.

4.1 La gestione del lavoratore sottoposto a prescrizioni o limitazioni

La libertà di scelta del luogo di lavoro e la conseguente limitazione di responsabilità del datore che ha correttamente informato e formato il lavoratore, subisce una deroga nel caso di lavoratori sottoposti a prescrizioni o limitazioni. Invero, se per sopravvenuti problemi di salute – accertati in sede di visita dal medico competente - il lavoratore non è più in grado di far fronte ai compiti contrattualmente previsti, egli ha diritto di farsi riconoscere delle limitazioni alla mansione, cioè di farsi esentare dall'adempimento di quei compiti che potrebbero nuocere ulteriormente alla sua salute o che, più semplicemente, non è più in grado di svolgere. Vi sono casi in cui il lavoratore

necessita semplicemente di un accorgimento tecnico che, se adeguatamente predisposto, gli consentirà di svolgere le mansioni contrattualmente previste. La L. 81/17 non tratta la materia specifica del lavoratore con prescrizioni per cui occorre fare riferimento alla normativa prevenzionistica generale, ovvero all'art. 42 del TUSL che chiarisce: "Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'articolo 41, comma 6, attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, ad altra mansione compatibile con il suo stato di salute"¹².

In assenza di diversa indicazione e nel rispetto della normativa generale si ritiene che gravi sul datore di lavoro l'onere di allestire una postazione idonea anche in ambiente smart, ricreando così le medesime condizioni del lavoro in azienda. Con riferimento ai lavoratori con prescrizioni, pertanto, sarà necessaria l'individuazione del luogo di lavoro, così da permettere al datore di lavoro di intervenire con gli accorgimenti tecnici necessari, ad esempio, un monitor più grande, una poltroncina specifica, un sostegno lombare, etc., etc. Nel caso non sia possibile adeguare il luogo di lavoro esterno si dovrà valutare l'ipotesi di adibire il dipendente ad altra mansione o, eventualmente, optare per una prestazione lavorativa esclusivamente in sede.

5. Le prime indicazioni dell'INAIL in tema di lavoro agile.

L'art. 23 co. 2 della L. 81/17 stabilisce che: "Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dipendenti da rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali". In data 2 novembre 2017 l'INAIL ha emanato la circolare n. 48 con la quale ha fornito dei chiarimenti sugli aspetti di maggiore interesse in materia di copertura assicurativa degli infortuni lavorativi. Innanzitutto, l'INAIL ritiene che lo svolgimento della prestazione in modalità agile non faccia venir meno il possesso dei requisiti oggettivi (tipo di lavorazioni) e soggettivi (caratteristiche delle persone assicurate) previsti ai fini della ricorrenza

¹² Si consideri che ai sensi dell'art. 41 co. 6, D.Lgs. 81/2008, sulla base delle risultanze di ogni visita medica¹² il medico competente esprime un giudizio relativo alla mansione specifica. Tali giudizi, tassativamente elencati, possono essere di idoneità, idoneità parziale, temporanea o permanente, con prescrizioni o limitazioni, inidoneità temporanea o permanente. Il giudizio del medico competente sarà espresso sulla base di una valutazione che oltre a considerare le caratteristiche cliniche e personali del lavoratore, deve necessariamente tenere conto delle attività lavorative concretamente espletate e dell'ambiente in cui essere dovranno essere svolte. Pertanto, sulla base dei giudizi di idoneità il datore di lavoro si adopererà adottando gli accorgimenti necessari, anche se la prestazione dovrà essere svolta da casa.

dell'obbligo assicurativo dal D.P.R. 1124/1965. Viene altresì premesso che il datore di lavoro non è tenuto a comunicare se il proprio dipendente, già assicurato, sia adibito alle medesime mansioni in modalità agile.

Emerge di conseguenza che, quantomeno da un punto di vista formale, all'Istituto non interessa se il lavoratore svolga la propria mansione in modalità classica o in modalità smart. Ciò che rileva è la possibile indeterminatezza dei c.d. "rischi lavorativi" ai quali il lavoratore potrebbe essere esposto in modalità smart. La Circolare INAIL, "ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche", rinvia espressamente all'accordo individuale il compito di definire i rischi, anche sotto il profilo spazio-temporale. In mancanza di una previsione specifica in sede di accordo, l'Istituto dovrà accertare caso per caso la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela¹³. In altre parole, l'Istituto auspica l'individuazione dei luoghi e dei tempi di esecuzione dell'attività lavorativa in sede di accordo, proprio al fine di evitare difficoltosi accertamenti riguardanti il nesso causale tra l'infortunio e l'attività lavorativa.

In presenza di una adeguata conoscenza dei luoghi e dei tempi di lavoro del dipendente l'INAIL si impegnerà - ex ante - a garantire una copertura dei rischi lavorativi; in assenza di una specifica identificazione l'Istituto non potrà esimersi dall'effettuare una serie di indagini per accertare se, in quel determinato luogo ed in quel determinato orario, il soggetto stesse effettivamente prestando la propria attività lavorativa.

Per quanto attiene alla risarcibilità degli infortuni in itinere la normativa delega all'INAIL un generico vaglio di ragionevolezza circa il luogo individuato dal lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Il comma 3 dell'art. 23 L. 81/17 prevede infatti che: "Il lavoratore ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, nei limiti e alle condizioni di cui al terzo comma dell'articolo 2 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali di cui al DPR n. 1124 del 1965, e successive modificazioni, quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza". Sul punto la Circolare chiarisce che "Gli infortuni occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali sono tutelati quando il fatto di affrontare suddetto percorso sia connesso a esigenze legate alla prestazione stessa o alla

¹³ MARRUCCI, *Lavoro agile, le indicazioni operative dell'Inail*, in *Guida al lavoro*, 2017, 44, p. 44.

necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza. [...] In tale quadro, l'accordo di cui agli articoli 18 e 19 della legge 22 maggio 2017, n. 81, si configura come lo strumento utile per l'individuazione dei rischi lavorativi ai quali il lavoratore è esposto e dei riferimenti spazio-temporali ai fini del rapido riconoscimento delle prestazioni infortunistiche."

Anche in questo caso, dunque, ai fini di scongiurare arbitrarie esclusioni di copertura, sarà preferibile individuare il luogo di lavoro in sede di accordo¹⁴.

6. Gli obblighi informativi (e formativi) del datore di lavoro.

L'art. 22 della L. 81/17 stabilisce che il datore di lavoro "consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro". Tale adempimento, centrale nella materia della sicurezza e salute sul lavoro, diventa decisivo nel caso del lavoro agile¹⁵. La formazione-informazione del lavoratore rappresenta il perno intorno al quale ruota la posizione del datore di lavoro e la sua responsabilità.

I limiti alla capacità di controllo che il lavoro agile impone al datore di lavoro, infatti, saranno compensati proprio dalla informativa offerta ai lavoratori. Essa dovrà garantire "la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile" e non potrà essere ricondotta al rango di una comunicazione generica e standard, dovendosi trattare di un documento che, previa identificazione dei rischi, sia in grado di fornire indicazioni di prevenzione calibrate sulla specifica modalità di lavoro adottata dal dipendente. Il contenuto dell'informativa sarà dunque importante, in particolare per quella parte che riguarda le caratteristiche che l'ambiente di lavoro dovrebbe avere. In un contesto di lavoro agile, improntato su un modello di autonomia ed autodeterminazione del lavoratore, il momento formativo risulta decisivo per colmare il deficit di conoscenza e controllo del datore di lavoro. Formare un lavoratore agile in maniera adeguata significa fornire le basi conoscitive affinché quest'ultimo possa disporre della propria autonomia in maniera consapevole. Ovviamente il contenuto dell'informativa riguarderà anche numerosi altri aspetti: tipologia di lavoro, utilizzo corretto dei macchinari messi a disposizione, riservatezza, diritto alla disconnessione, etc.

¹⁴ Sull'argomento si veda: ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in TULLINI, *Web e lavoro*, Torino, 2017, p. 3.

¹⁵ Sull'argomento si veda: CAGLI, *Smart Working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici*, in *Diritto e Procedura Penale*, 20 aprile 2020

7. DVR e rischi specifici.

I nuovi rischi derivanti dalla attività di lavoro fuori sede dovranno necessariamente essere oggetto della valutazione del datore di lavoro, che dovrà aggiornare il documento di valutazione dei rischi aziendali e le schede di mansione a fronte dell'introduzione di questo nuovo modo di lavorare¹⁶. Diversamente, come potrebbe un datore di lavoro fornire una informativa al lavoratore e al Rappresentante dei lavoratori per la sicurezza senza prima aver individuato i rischi specifici discendenti dalla particolare modalità di lavoro?¹⁷

La ricaduta applicativa di tale impostazione è evidente: per far fronte ad una efficace informativa annuale il datore di lavoro sarà tenuto ad una verifica – anch'essa annuale – del DVR, procedendo all'aggiornamento dello stesso ogniqualvolta si manifesti un rischio nuovo per il lavoratore agile o un cambio rilevante nelle modalità di prestazioni del lavoro. Sull'oggetto della valutazione pare doverosa una precisazione: il datore di lavoro non sarà tenuto a valutare i rischi specifici derivanti da ogni singola postazione di lavoro individuata dal lavoratore, ipotesi del tutto impraticabile. Il DVR si limiterà a valutare i rischi derivanti dall'attività lavorativa esercitata presso i locali privati (residenza, domicilio, abitazione del partner etc), a prescindere dalle caratteristiche tecniche del singolo immobile.

Secondo taluni¹⁸, per gestire i rischi connessi all'esecuzione del lavoro all'esterno dei locali aziendali il datore di lavoro potrebbe introdurre una scheda di raccolta dati e autovalutazione dei rischi da parte del lavoratore agile. Tale soluzione, certamente valida, presenta alcune complicazioni. In primo luogo, l'enorme quantità di dati che il datore di lavoro si troverebbe a

¹⁶ Un esempio è fornito da FONZAR e MARCON, *"Smart working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa"*, in *Igiene e Sicurezza sul Lavoro* 5/2018:

"I pericoli da prendere in esame saranno almeno quelli indicati nelle procedure standardizzate adottate con D.M. 30 novembre 2012 e suddivisi per macrofamiglie:

—attività lavorative (ambienti di lavoro, posti di lavoro, di passaggio, ecc.: ad esempio pericolo di scivolamento, scale fisse o mobili, disordine, ostacoli all'evacuazione);

— pericoli elettrici;

—macchine, impianti, attrezzature (impianto di condizionamento microclimatico, videoterminale, piccola utensileria d'ufficio, ecc.);

—mezzi di trasporto e di sollevamento (ad esempio auto aziendale, treno, aereo, ecc.);

— agenti chimici, fisici, biologici (ad esempio rumore, vibrazioni, CEM, agenti chimici e biologici come zecche, api, ecc.);

— incendio ed esplosione;

— pericoli derivanti dalla mansione e/o dall'organizzazione del lavoro (ad esempio stress lavoro-correlato, movimentazione manuale dei carichi, lavoro al VDT, lavoro "fuori sede")".

¹⁷ GUARINIELLO, *Op. cit.*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 32-33/2017.

¹⁸ FONZAR e MARCON, *"Smart working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa"*, cit.

trattare ed il rischio che poi, in caso di dati non coerenti con le prescrizioni indicate nell'informativa, il datore di lavoro sia costretto ad intervenire puntualmente presso quei lavoratori che non operino in condizioni di sicurezza. Tale circostanza avrebbe quale effetto, da un lato, di incidere profondamente sulla "gestione economica" del lavoro, posto che il datore di lavoro rischierebbe di dover allestire due postazioni di lavoro per ogni lavoratore, dall'altro, di frustrare, ab origine, la finalità del lavoro agile.

Per quanto la soluzione sia formalmente corretta, si ritiene possibile un approccio più pragmatico e coerente con la realtà del lavoro agile. La valutazione del datore di lavoro dovrà tener conto delle nuove modalità di lavoro e dell'ambiente, inteso in senso generico, in cui potrà essere svolto. Nessuna indagine sulla postazione di lavoro di ciascun dipendente può essere ragionevolmente richiesta al datore di lavoro. Sarà fondamentale, però, dare evidenza del fatto che il lavoratore è stato adeguatamente formato e informato circa le caratteristiche che l'ambiente di lavoro deve avere, sui diritti del lavoratore agile, oltre ovviamente al presidio sulla sicurezza degli strumenti concessi in uso al lavoratore e alla sorveglianza sanitaria, che andrà certamente implementata.

Ben più impegnativa rispetto alla valutazione dell'ambiente di lavoro, infatti, sarà la valutazione di quei rischi psicosociali che sono i veri nuovi rischi specifici del lavoro agile¹⁹.

7.1 La tutela del work-life balance e il diritto alla disconnessione.

Tra gli obiettivi principali del lavoro agile vi è senza dubbio quello di promuovere il benessere del lavoratore senza compromettere la produttività aziendale²⁰. L'ambiente di lavoro "domestico" rappresenta per il lavoratore un vantaggio importante che, tuttavia, comporta una serie di criticità che non possono essere ignorate; si pensi al rischio di sovrapposizione e/o confusione

¹⁹ L'approccio sarà analogo a quello previsto per lo stress lavoro-correlato. Si agirà con la raccolta di dati oggettivi e verificabili in merito agli "eventi sentinella", ovvero assenze per malattia, segnalazioni del medico competente, lamentele dei lavoratori; si analizzeranno i fattori di contenuto, ovvero ambiente di lavoro e attrezzature, ritmi e carichi di lavoro, orari, turni, etc.; si terminerà con l'analisi dei fattori di contesto del lavoro, ovvero il ruolo ricoperto nell'ambito dell'organizzazione aziendale, i livelli di autonomia decisionale, l'evoluzione e lo sviluppo della carriera etc.

Questa prima analisi si porrà l'obiettivo di fotografare la realtà aziendale, quantificando e qualificando il rischio da stress e da patologie psico-sociali legate al lavoro agile. In base alle risultanze di questa prima fase sarà poi utile tenere con considerazione le percezioni soggettive dei lavoratori, per l'identificazione del rischio specifico e delle cause scatenanti.

²⁰ Con il termine *work-life balance* ci si riferisce all'equilibrio (*balance*) tra vita privata e lavoro (*work-life*). Sul punto: PETRILLI, *Il lavoro agile: uno strumento per proseguire l'obiettivo di work life balance*, in *Azienditalia*, 3/2018, p. 468

tra gli ambiti di vita e di lavoro ed alla tendenza alla continua disponibilità (o sarebbe meglio dire reperibilità) del lavoratore agile. Sebbene la normativa imponga il rispetto di orari di lavoro prestabiliti in sede di accordo tra le parti, il rischio di non rispettare gli orari è concreto. I motivi che possono condurre ad una iper-connessione sono molti e possono derivare da una scelta volontaria del lavoratore – il quale può decidere di lavorare molte ore di fila per avere maggiore tempo libero il giorno successivo –, ovvero da una situazione di stress e cattiva gestione delle responsabilità²¹ o ancora dalle sollecitazioni del superiore gerarchico che non rispetta i “tempi” di effettiva disponibilità del dipendente.

Isolamento sociale, psicosi, patologie da stress lavoro correlato e sindrome da burnout sono solo alcuni dei rischi che un cattivo utilizzo della tecnologia smart può comportare.²² L’argomento appare assolutamente attuale al punto che, con la Risoluzione del 21 gennaio 2021, il Parlamento Europeo ha presentato una serie di Raccomandazioni alla Commissione in tema di “diritto alla disconnessione”²³. Le premesse di tale documento sono fondamentali ed è utile riportarne di seguito alcuni stralci. Ritiene il Parlamento Europeo che: “ un utilizzo sempre maggiore degli strumenti digitali a scopi lavorativi ha comportato la nascita di una cultura del “sempre connesso”, “sempre online” o “costantemente di guardia” che può andare a scapito dei diritti fondamentali dei lavoratori e di condizioni di lavoro eque, tra cui una retribuzione equa, la limitazione dell’orario di lavoro e l’equilibrio tra attività lavorativa e vita privata, la salute fisica e mentale, la sicurezza sul lavoro e il benessere, nonché della parità tra uomini e donne [...]”. Inoltre: “ Considerato che l’uso eccessivo dei dispositivi tecnologici può aggravare fenomeni quali l’isolamento, la dipendenza dalle tecnologie, la privazione del sonno, l’esaurimento emotivo, l’ansia e il burnout; che, secondo l’OMS, oltre 300 milioni di persone nel mondo soffrono di depressione e disturbi mentali comuni legati al lavoro [...]”, e che: “l’essere costantemente connessi, insieme alle forti sollecitazioni e alla crescente aspettativa che i lavoratori siano raggiungibili in qualsiasi momento, può influire negativamente sui diritti fondamentali dei lavoratori, sull’equilibrio tra la loro vita professionale e la loro vita privata, nonché sulla loro salute fisica e mentale e sul loro benessere”.

Sulla scorta di queste ed altre importanti premesse, è stata redatta una proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto alla

²¹ PAOLANTONIO, *L’attenzione alla salute nel lavoro smart e digitale*, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 1/2020, p. III.

²² Sull’argomento si veda: *Smart Working e sicurezza sul lavoro: una guida applicativa*, in *Igiene & Sicurezza del lavoro*, n. 5, 1 maggio 2018 parte III.

²³ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181 INL), Testo approvato, Edizione Provvisoria.

disconnessione. In particolare, vengono individuate delle prescrizioni minime che permetteranno ai lavoratori di utilizzare gli strumenti digitali nel rispetto del diritto alla disconnessione. L'art. 3 co. 1 prevede che: "Gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro prendano i provvedimenti necessari per fornire ai lavoratori i mezzi per esercitare il diritto alla disconnessione", e al successivo comma: " Gli Stati membri garantiscono che i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali. I lavoratori possono richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro". E' altresì previsto al successivo art. 4 che gli Stati membri garantiscano che i datori di lavoro attuino tutte le misure necessarie per salvaguardare il diritto alla disconnessione, ed in particolare " il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro", "valutazioni della salute e della sicurezza, comprese le valutazioni del rischio psicosociale, in relazione al diritto alla disconnessione", "le misure di sensibilizzazione, compresa la formazione sul luogo di lavoro, che i datori di lavoro sono tenuti ad adottare riguardo alle condizioni di lavoro di cui al presente paragrafo".

Il documento indica chiaramente quale sarà la strada da seguire in tema di work-life balance. Per tale motivo si ritiene che, qualora una impresa intenda muoversi verso un modello stabile di smart-working, non potrà non curarsi di questo fondamentale aspetto.

In attesa di una normativa specifica si dovrà iniziare con l'aggiornamento puntuale del DVR in materia di tutela del diritto alla disconnessione, facendo confluire questa parte nell'informativa annuale da consegnare al lavoratore. Non dimentichiamo che queste misure, richiamate nel già citato art. 4 della proposta di Direttiva, rappresentano la base del sistema di prevenzione nell'ambito dei rischi psicosociali. Per quanto riguarda il controllo delle ore di connessione/disconnessione del lavoratore agile, il datore di lavoro potrà prevedere, in sede di accordo, una serie di accorgimenti tecnici che permettano una sostanziale vigilanza da remoto, predisponendo ad esempio un contatore delle ore di effettivo utilizzo dei dispositivi elettronici. Tali accorgimenti, lo si ripete, non sono ad oggi specificamente normati e rimangono nella discrezionalità del datore di lavoro.

Ciò che rileva, è evidente, è non considerare il lavoratore agile come un lavoratore sempre disponibile e connesso.

8. Conclusioni.

La modalità di lavoro agile impone al datore di lavoro nuove sfide. La disciplina normativa non è ancora matura e di certo vi saranno cambiamenti, anche legislativi, a mano a mano che il lavoro agile perderà il suo carattere emergenziale e diventerà una modalità diffusa di lavoro. In questo contesto anche il paradigma delle responsabilità in capo al datore di lavoro, che

rimane pur sempre il garante primario della salute e della sicurezza del lavoratore, deve essere riconsiderato. Non è pensabile, d'altronde, di poter continuare ad utilizzare schemi e categorie giuridiche nate in contesti ed epoche diverse. La flessibilità è una caratteristica che non può appartenere solo alla modalità di lavoro del dipendente. Flessibile è la possibilità di disciplinare queste modalità di lavoro attraverso degli accordi, la cui centralità è evidente nell'impianto della legge 81 del 2017. Flessibile è la scelta dell'ambiente da parte del lavoratore e quindi flessibile, o almeno diverso, sarà l'approccio del datore.

Questi si dovrà premurare di spiegare al lavoratore in maniera adeguata quali caratteristiche il suo ambiente di lavoro dovrà avere e quali modalità di lavoro andranno seguite per rispettare e tutelare la sua salute.

Il diritto alla disconnessione sembra assumere oggi un'importanza maggiore rispetto all'ambiente di lavoro, rispetto al quale, realisticamente, non si può pretendere che il datore di lavoro conosca la realtà in cui lavora ogni risorsa collocata in modalità "smart". L'opportunità del lavoro agile comporta una maggiore e diversa responsabilizzazione del lavoratore, che dovrà "garantire" sé stesso in un modo in precedenza sconosciuto. Il datore, dal canto suo, dovrà porre maggiore attenzione al DVR ed alle modalità con le quali i lavoratori flessibili saranno formati e sorvegliati.