

Il lavoro agile tra l'eshaustività dell'informativa di salute e sicurezza e l'applicabilità del D.lgs. n. 81/2008

Lorenzo M. Pelusi^α

SOMMARIO: 1. La disciplina di salute e sicurezza espressamente introdotta con la l. n. 81/2017. – 2. Natura dell'obbligo di consegna dell'informativa scritta: esaustivo o complementare? – 3. I vincoli di fonte comunitaria in materia. – 4. La disciplina prevenzionistica applicabile alla prestazione esterna di lavoro agile: l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008. – 5. Il c.d. diritto alla disconnessione. – 6. Conclusioni.

1. La disciplina di salute e sicurezza espressamente introdotta con la l. n. 81/2017.

Con l'organizzazione "agile" della prestazione lavorativa vengono potenzialmente meno i vincoli di luogo e di orario di svolgimento dell'attività lavorativa, così diventando estremamente arduo ricomporre la disciplina di salute e sicurezza applicabile al lavoro agile. Tale disciplina, infatti, presuppone la piena conoscenza e il pieno controllo dell'ambiente di lavoro da parte del datore, soggetto investito dell'obbligo di sicurezza nei confronti dei lavoratori ai sensi dell'art. 2087 c.c. e dell'intero sistema prevenzionistico³⁷¹.

^α Dottorando di ricerca in Formazione della persona e mercato del lavoro, ADAPT, nell'Università degli Studi di Bergamo.

³⁷¹ Si aggiunga che la problematicità insita nel garantire la sicurezza dei lavoratori agili raggiunge la sua massima espressione con riferimento a quel corollario del generale obbligo prevenzionistico rappresentato dalla vigilanza del datore rispetto all'osservanza delle disposizioni normative e aziendali da parte dei lavoratori.

I rischi specificamente connessi a questa particolare modalità organizzativa della prestazione di lavoro – i quali, ove presenti anche nell’ambito della prestazione resa in azienda, tendono ad essere quantomeno attenuati in quella sede – sono, in particolare, lo *stress* e il *burnout*, dovuti da un lato all’intensificazione dei ritmi e dall’altro all’assenza di una netta separazione tra tempi di lavoro e tempi per la vita privata (c.d. *time porosity*), nonché le disergonomie tanto posturali quanto oculo-visive e, infine, l’isolamento³⁷².

È stato osservato come una delle principali ragioni che hanno indotto le imprese a interessarsi a questa nuova modalità di organizzazione del lavoro sia da individuarsi nel bisogno di fuggire dal telelavoro per via dell’eccessiva onerosità dei vincoli prevenzionistici presenti nella relativa disciplina³⁷³. In linea con questa esigenza di garantire una riduzione del carico prevenzionistico posto in capo al datore di lavoro, il legislatore ha pertanto apprestato, sul piano della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, un impianto normativo a dir poco minimalistico. Ma ancor più che la scarsa regolamentazione introdotta, a spiccare nella l. n. 81/2017 è l’assenza di un espresso rinvio al d.lgs. n. 81/2008. Il silenzio del legislatore sul punto, come si vedrà, ha ingenerato negli interpreti incertezze applicative di enorme portata, sia in termini di loro diffusione che di rilevanza delle loro conseguenze sul fronte della ripartizione degli obblighi prevenzionistici.

Quanto alle previsioni di salute e sicurezza contenute nella legge, si deve innanzitutto menzionare l’art. 18, comma 2, ove il datore di lavoro viene individuato come responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici forniti al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa. Il successivo art. 19, primo comma, assegna all’accordo relativo alla modalità di lavoro agile, fra le altre cose, il compito di individuare i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la sua disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

La disposizione espressamente intitolata alla sicurezza sul lavoro è invece l’art. 22, nel cui primo comma viene sancito il principio secondo il

³⁷² F. MALZANI, *Il lavoro agile tra opportunità e nuovi rischi per il lavoratore*, in <http://www.lavoroeconomiadigitale.it>, 2017, 3, la quale in proposito trae spunto dal Rapporto Eurofound-Ilo, *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, 2017. In particolare sul tema dell’interferenza tra tempi di lavoro e vita privata cfr. E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol.32 n.3, 280-300.

³⁷³ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2017, 335, 18 e 30; F. MALZANI, *Il lavoro agile cit.*, 8; M. LAI - L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, DPL, 2016, 11, p. 709.

quale il datore di lavoro è tenuto a garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile. Quanto al generale obbligo di prevenzione incombente sul datore, dunque, viene qui confermato quanto già stabilito in via generale dall'art. 2087 c.c. con riferimento a qualunque imprenditore che si avvalga dell'opera di prestatori di lavoro. Nello stesso comma si precisa che il datore, gravato dell'obbligo di sicurezza, «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». Come notato in dottrina³⁷⁴, peraltro con argomentazione del tutto condivisibile, la presenza della specificazione "almeno" con riferimento alla cadenza annuale di consegna dell'informativa deve considerarsi indicativa della necessità – peraltro intrinsecamente connessa alla stessa natura dinamica dell'obbligo di informazione dei lavoratori circa i rischi presenti nell'ambiente di lavoro – di provvedere a una nuova informativa a fronte di variazioni intervenute all'interno del luogo di lavoro esterno ai locali aziendali che incidano sui fattori di rischio³⁷⁵.

Il secondo e ultimo comma dell'art. 22, analogamente a quanto previsto dall'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008, pone a carico del lavoratore un obbligo di cooperazione rispetto all'attuazione delle misure di prevenzione adottate dal datore. L'eventuale libertà di scelta del luogo in cui rendere la prestazione di lavoro agile, infatti, incontrerà un limite derivante dall'obbligo di tutelare la propria sicurezza che grava sul lavoratore³⁷⁶,

³⁷⁴ R. GUARINIELLO, *Lavoro agile e tutela della sicurezza*, DPL, 2017, 32-33, 2010.

³⁷⁵ Si tenga presente che dovrà provvedersi a fornire una nuova informativa scritta anche al ricorrere di variazioni del luogo di lavoro, qualora nell'accordo di lavoro agile sia previsto un *numerus clausus* di luoghi presso i quali il lavoratore agile possa rendere la prestazione esterna e l'informativa sia conseguentemente tarata su di essi, non prendendo in considerazione eventuali rischi presenti nei nuovi ambienti di lavoro individuati dalle parti.

³⁷⁶ Tale obbligo di contribuire all'adempimento delle prescrizioni di salute e sicurezza pare avere un duplice volto, essendo da un lato direttamente discendente dal già citato art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 (e in quanto tale presidiato da sanzione di natura penale come previsto dal successivo art. 59, il quale commina la pena dell'arresto fino a un mese o dell'ammenda da 200 a 600 euro) ed essendo, dall'altro, corollario dell'obbligo di diligenza di cui all'art. 2104 c.c., la cui violazione può assumere rilevanza disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c. Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa in tema di obblighi e responsabilità del lavoratore, cfr. M. MARTINELLI, *L'individuazione e le responsabilità del lavoratore in materia di sicurezza sul lavoro*, Working Paper di Olympus, 2014, 37, 1 ss.; C. MACALUSO, *Il ruolo del lavoratore nella normativa prevenzionistica tra obblighi e tutele*, ISL, 2011, 5; sul punto si rinvia altresì a S. SERVIDIO, *Recesso valido per chi istiga a violare le norme di sicurezza*, nota a Cass. sez. lav., 22 marzo 2017, ord. n. 7338, DPL, 2017, 21, 1296 ss.; S. CAPONETTI, *Superlavoro e dovere di sicurezza del lavoratore verso se stesso: un caso estremo che vale*

conformemente alle indicazioni contenute nell'informativa scritta e secondo quanto appreso durante appositi corsi di formazione (o anche solo di aggiornamento rispetto alla formazione già impartita al lavoratore) finalizzati alla consapevole selezione dei luoghi esterni e all'apprestamento della postazione di lavoro. Vi è chi ha osservato come il grado della cooperazione richiesta al lavoratore che svolga la prestazione all'esterno della sede aziendale sia maggiore di quello esigibile dai lavoratori operanti all'interno dell'impresa³⁷⁷.

2. Natura dell'obbligo di consegna dell'informativa scritta: esaustivo o complementare?

L'obbligo di sicurezza di cui al primo comma dell'art. 22 rappresenta di sicuro la disposizione più cruciale e più criptica dell'intera disciplina di salute e sicurezza relativa al lavoro agile. L'obbligo di consegna dell'informativa scritta infatti, al contrario di quanto sostenuto altrove³⁷⁸, non può esser considerato esaustivo e pertanto liberatorio rispetto al più generale obbligo di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori incombente sul datore³⁷⁹. Si deve ritenere che tale informativa scritta, pur costituendo senz'altro uno degli adempimenti attraverso i quali il datore è chiamato a garantire l'integrità psico-fisica dei prestatori di lavoro, non possa produrre l'effetto di esonerare il datore dall'adozione delle altre misure prevenzionistiche imposte dalla normativa vigente.

Una conferma espressa di tale ricostruzione poteva rinvenirsi nella formulazione originaria del disegno di legge presentato dal Ministro del lavoro, ove all'articolo 18 si precisava che «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 *altresì* al lavoratore» l'informativa scritta. Nel corso dell'esame parlamentare, tuttavia, è stato espunto quel

l'applicazione del brocardo civilistico volenti non fit iniuria, nota a Cass. civ. Sez. lavoro, 02 settembre 2015, n. 17438, *ADL*, 2015, 6, 1319 ss.

³⁷⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 14.

³⁷⁸ F. PETRACCI - A. MARIN, *Lavoro autonomo, lavoro parasubordinato, lavoro agile: le novità introdotte dal Jobs Act e dal disegno di legge 2233/2016*, Key Editore, 2016, 91, i quali – peraltro con riferimento alla versione originaria del d.d.l. governativo, ancora contenente l'avverbio "altresì" di cui si dirà a breve – ritengono che l'obbligo di informativa periodica sostituisca quello di garantire la sicurezza dei luoghi che utilizza il dipendente per lavorare. Ciò in ragione della peculiarità del lavoro agile, nell'ambito del quale il datore non conosce in anticipo il luogo in cui sarà resa la prestazione.

³⁷⁹ Così F. MALZANI, *Il lavoro agile* cit., 5, ad avviso della quale la consegna dell'informativa non può sostituire l'obbligo di formazione del lavoratore rispetto ai rischi per la salute e la sicurezza.

chiarificatore "altresì", risultandone un ordito normativo ambiguo³⁸⁰. Potrebbe pertanto desumersi da questo intervento ablativo la volontà del legislatore di andare incontro alle richieste presentate sul punto da Confindustria in sede di audizione parlamentare, secondo la quale «l'adempimento dell'informativa, posta in capo al datore di lavoro, dovrebbe integrare ed esaurire il pieno rispetto di tutti gli obblighi di legge riconducibili a questa specifica disciplina»³⁸¹.

D'altro canto, in un documento del Servizio studi del Senato parrebbe rinvenibile una conferma dell'opzione interpretativa che relega la consegna dell'informativa scritta di cui all'art. 22 della l. n. 81/2017 al ruolo di adempimento meramente complementare, e non soddisfattivo, rispetto al più generale obbligo di tutela posto in capo al datore³⁸². Vi si precisa infatti che restano comunque applicabili al lavoro agile gli obblighi di informazione e di formazione posti dalla normativa generale (artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 81/2008) con riferimento a tutti i lavoratori dipendenti, ivi compresi, peraltro, quelli a domicilio (ai sensi dell'art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008, specificando altresì che gli obblighi di informazione si applicano ai lavoratori a domicilio nei termini di cui all'art. 36, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 81/2008). Inoltre, mentre non è prevista una sanzione specifica per la violazione dell'obbligo di cui al primo comma dell'art. 22 della l. n. 81/2017, gli obblighi appena esaminati sono presidiati da sanzioni di natura penale (ex art. 55, comma 5, lettera c), e comma 6-bis, del d.lgs. n. 81/2008).

Ulteriore conferma dell'applicabilità del d.lgs. n. 81/2008 al lavoro agile si rinviene nella recentissima circolare INAIL n. 48 del 2 novembre 2017, avente ad oggetto «Lavoro agile. Legge 22 maggio 2017, n. 81, articoli 18-23. Obbligo assicurativo e classificazione tariffaria, retribuzione imponibile, tutela assicurativa, tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Istruzioni operative». In quella sede l'Istituto assicuratore ha chiarito che alla parte di prestazione resa in modalità agile sarà applicata la medesima classificazione tariffaria cui soggiace la parte di lavorazione svolta in

³⁸⁰ D'altra parte, si deve parimenti dar conto di come alla Camera dei Deputati furono proposti e rigettati emendamenti volti a precisare che gli obblighi di sicurezza datoriali devono intendersi interamente assolti con la sola consegna dell'informativa scritta; per una puntuale ricostruzione dei lavori parlamentari si rinvia a R. GUARINIELLO, *Lavoro agile* cit., 2009, il quale rinvia nell'*iter* parlamentare un'inequivocabile conferma della impossibilità di ritenere che detta informativa esaurisca il carico prevenzionistico posto in capo al datore di lavoro.

³⁸¹ Cfr. la Relazione depositata da Confindustria in occasione dell'Audizione parlamentare presso la Commissione Lavoro del Senato della Repubblica in data 16 marzo 2016, 12.

³⁸² Cfr. la Nota Breve n. 156 del Servizio Studi del Senato del marzo 2017 intitolata «Disegno di legge A.S. n. 2233-B, "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"», relativa alla versione del disegno di legge già emendata dalla particella avverbiale "altresì".

azienda. Ciò perché, si precisa nella circolare, «a parità di rischio deve necessariamente corrispondere una identica classificazione ai fini tariffari, in attuazione del principio alla stregua del quale il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori "agili" rispetto ai loro colleghi operanti in azienda deve essere il medesimo, *ivi compresa l'adozione delle norme di sicurezza sul lavoro*». Con tale inciso sembra – la formula dubitativa è d'obbligo per dovuta prudenza nell'interpretare le intenzioni dell'Ente – si sia voluto intervenire proprio nella materia qui in esame, al fine di chiarire ai datori di lavoro che l'unica interpretazione possibile della normativa sul lavoro agile è quella secondo cui restano perfettamente applicabili alla fattispecie anche le disposizioni prevenzionistiche di valenza generale, ovvero il d.lgs. n. 81/2008 nella sua interezza³⁸³.

Per non pervenire a conclusioni affrettate, occorre però dapprima interrogarsi circa la possibilità (giuridica) – prima ancora che sull'opportunità (di politica legislativa) – di restringere la sfera di responsabilità datoriale sul fronte prevenzionistico al punto da ritenere non applicabile alcuna disposizione ulteriore rispetto all'art. 22 della l. n. 81/2017 e, in caso di risposta negativa, verificare quali siano le disposizioni di salute e sicurezza deputate a regolare l'istituto.

3. I vincoli di fonte comunitaria in materia.

La normativa di salute e sicurezza, tanto quella attualmente in vigore di cui al d.lgs. n. 81/2008 quanto il previgente d.lgs. n. 626/1994, è di derivazione comunitaria, segnatamente, di recepimento della direttiva-quadro 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro ed emanata dal Consiglio nell'esercizio della competenza dell'Ue in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori sancita dall'art. 153 del TFUE (ex art. 137 del TCE). L'art. 5, paragrafo 1, della direttiva stabilisce in particolare che «il datore di lavoro è obbligato a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro»³⁸⁴. Trattandosi di un obbligo di fonte comunitaria, questo non

³⁸³ La medesima interpretazione della circolare è data da M. GALLO, *Smart working e sicurezza del lavoro, quali gli obblighi del datore?*, *GLav*, 2017, 45, 13.

³⁸⁴ Di contro si potrebbe opinare che la fattispecie del lavoro agile debba essere in realtà ricondotta fra le eccezioni contenute nel quarto paragrafo dell'art. 5 della direttiva-quadro. Esso dispone che la stessa direttiva «non esclude la facoltà degli Stati membri di prevedere l'esclusione o la diminuzione della responsabilità dei datori di lavoro per fatti dovuti a circostanze a loro estranee, eccezionali e imprevedibili, o a eventi eccezionali, le conseguenze dei quali sarebbero state comunque inevitabili, malgrado la diligenza osservata». Posto che la prestazione di lavoro agile è destinata ad essere svolta almeno in parte al di fuori della sede aziendale – quindi lontano dalla sfera di controllo del datore di lavoro – l'onere di

può essere derogato dai singoli Stati membri. Nemmeno il legislatore nazionale, infatti, potrebbe venire meno alle previsioni contenute nella direttiva, a pena di illegittimità costituzionale di ogni disposizione che contrastasse con dette previsioni. Ciò perché le norme comunitarie incompatibili con le previsioni di diritto interno si verrebbero a qualificare come norme interposte rispetto alla violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., in virtù del quale la potestà legislativa statale e quella regionale devono essere esercitate nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario³⁸⁵.

Una volta chiarita l'inderogabilità della disciplina prevenzionistica, si deve ora valutare se vi siano o meno disposizioni in materia specificamente destinate a trovare applicazione con riferimento alla fattispecie del lavoro agile.

garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori, come già detto, si fa ben più insidioso con riferimento ai lavoratori agili. Quindi una così significativa limitazione della responsabilità del datore di lavoro, tenuto unicamente alla consegna periodica di un'informativa scritta, potrebbe essere giustificata dalla volontà del legislatore nazionale di avvalersi della facoltà concessa dalla direttiva-quadro, in quanto nella prestazione di lavoro agile ricorrerebbero quelle circostanze estranee e imprevedibili per il datore di cui all'art. 5, paragrafo 4, della direttiva stessa. Si deve però obiettare che la formulazione di quest'ultimo articolo sembra ammettere esclusivamente la possibilità di limitare la responsabilità del datore di lavoro a posteriori, senza alcun cenno alla diversa possibilità di esonerarlo a priori dall'apprestare tutte le misure necessarie per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori. Non a caso si parla infatti di una responsabilità datoriale per *fatti* dovuti a circostanze estranee, eccezionali e imprevedibili, con un esplicito riferimento, quindi, alla sola responsabilità scaturente dalla verifica di un evento di danno. Per giunta viene specificato che deve trattarsi di fatti o eventi eccezionali le cui conseguenze sarebbero state comunque inevitabili, *malgrado la diligenza osservata*, presupponendo quindi un comportamento del datore che sia di ottemperanza rispetto agli ineliminabili obblighi prevenzionistici.

³⁸⁵ E fra i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario rientra senz'altro quello stabilito dal comma terzo dell'art. 288 del TFUE, a norma del quale «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi». Si deve inoltre ricordare che, anche nel recepire le direttive, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare l'effettività delle previsioni disposte dagli atti giuridici dell'Unione, in virtù del principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, del TUE. In particolare in capo ai giudici chiamati ad applicare le disposizioni nazionali verrebbe a configurarsi un obbligo di interpretazione conforme rispetto alla normativa comunitaria, ove il tenore letterale del testo di legge presentasse dei margini interpretativi. In caso contrario, alla magistratura nazionale resterebbe il solo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (il quale è obbligatorio nel caso in cui la parte interessata riproponga l'istanza nell'ultimo grado di giudizio) e, a seguito di dichiarazione di incompatibilità fra le norme, la disapplicazione della disposizione interna.

4. La disciplina prevenzionistica applicabile alla prestazione esterna di lavoro agile: l'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.

L'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008 racchiude la disciplina prevenzionistica applicabile ai «lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico», ivi compresi specificamente i telelavoratori tanto del settore privato quanto di quello pubblico³⁸⁶. Tale disciplina, infatti, pur applicandosi espressamente a lavoratori che, come il lavoratore agile, rendono la prestazione al di fuori della struttura aziendale, fissa una serie di obblighi attraverso i quali il datore è chiamato a tutelare i lavoratori dai pericoli derivanti dallo svolgimento della prestazione.

Quanto al rapporto intercorrente fra lavoro agile e telelavoro, si deve osservare come parte della dottrina consideri gli elementi di forte analogia che legano quest'ultimo al lavoro agile tanto significativi da consentire di ricondurre il nuovo istituto al *genus* del telelavoro³⁸⁷. Come noto, nel nostro ordinamento la definizione di telelavoro è enunciata dal primo comma dell'art. 1 dell'accordo interconfederale del 9 giugno 2004, di recepimento dell'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002, in cui si definisce il telelavoro nel settore privato come «una forma di organizzazione e/o svolgimento di 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».

Alla luce di questa definizione, bisogna innanzitutto prendere le distanze da un equivoco piuttosto diffuso secondo il quale il telelavoro presupporrebbe una postazione fissa mentre il lavoro agile sarebbe contraddistinto dalla possibilità di variare luogo di lavoro e dalla portabilità

³⁸⁶ Le due fattispecie di telelavoro sono richiamate nel testo del decreto attraverso le relative discipline di riferimento, ovvero il decreto del Presidente della Repubblica 8 marzo 1999, n. 70, e l'accordo-quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002, recepito nel nostro ordinamento con l'accordo interconfederale del 9 giugno 2004.

³⁸⁷ La qualificazione del lavoro agile come sottoinsieme del telelavoro è sostenuta in dottrina da M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 22, ad avviso del quale il rapporto di sostanziale coincidenza fra i due istituti verrebbe meno unicamente in due ipotesi: quando la prestazione al di fuori dei locali aziendali non sia resa tramite strumentazioni informatiche o telematiche e quando l'effettuazione di prestazioni esterne all'azienda risulti del tutto episodica e non programmata; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2017, 1, 3 ss., secondo cui il lavoro agile costituirebbe in particolare una fattispecie di «telelavoro mobile a possibile collegamento alternato (*on* e *off-line*)».

dello strumento informatico³⁸⁸, poiché, al contrario, non è dato rinvenire nella definizione di telelavoro alcuna preclusione in tal senso³⁸⁹, né rispetto alla flessibilità oraria nello svolgimento della prestazione³⁹⁰.

È appena il caso di notare, peraltro, che già prima dell'avvento del d.lgs. n. 81/2008, si sosteneva che al telelavoro fossero perfettamente applicabili le disposizioni di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 626/1994³⁹¹. Altra dottrina, per converso, pur ritenendo applicabile quest'ultimo corpo normativo sia al telelavoro domiciliare sia al telelavoro svolto al di fuori del domicilio, sottraeva alla sua sfera di applicazione il telelavoro mobile³⁹².

³⁸⁸ A considerare la necessaria presenza di una postazione fissa di lavoro il discrimine fra telelavoro e lavoro agile sono, fra i tanti, A. DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l'idea del lavoro agile*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 78 e 89; L. TASCHINI, *Smart Working: la nuova disciplina del lavoro agile*, *MGL*, 2017, 6, 383; M. LAI - L. RICCIARDI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, *DPL*, n. 2016, 11, 707-708.

³⁸⁹ M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva* cit., 15 s.; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità* cit., 4.

³⁹⁰ Già D. GOTTARDI, voce *Telelavoro*, *DDP comm*, *Aggiornamento*, Utet, 2003, 911, infatti, escludeva che l'autonomia del telelavoratore nello svolgimento della prestazione fosse ostativa al riconoscimento della natura subordinata del telelavoro.

³⁹¹ M. BIAGI, *Lavoro e information technology: riflessioni sul caso italiano*, *DRI*, 2002, 1, 5 ss., sosteneva che il telelavoratore gode di una tutela pressoché completa per quanto attiene alla normativa in materia di salute e sicurezza dettata dal decreto legislativo n. 626/1994, posto che essa si applica a tutti i lavoratori che si trovino alle dipendenze di un datore di lavoro quale che sia la concreta modalità di svolgimento della prestazione. Meno netta la posizione di G. GIUGNI, *È necessario subito un altro (tele)statuto*, in *Telèma*, 1995, 2, 48, ad avviso del quale quanto previsto nel d.lgs. n. 626/1994 poteva essere applicato al telelavoro, ma sarebbero stati necessari alcuni adattamenti. Contrari invece alla piena applicazione del d.lgs. n. 626/1994 al telelavoro a domicilio: M. ESPOSITO, *Salute e sicurezza*, in L. GAETA - P. PASCUCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, 125 ss.; L. GAETA, *Il telelavoro: legge e contrattazione*, *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1995, 571, secondo i quali numerosi obblighi previsti dal decreto mal si attagliano alla fattispecie del telelavoro domiciliare come, ad esempio, la valutazione dei rischi presenti nel luogo di lavoro, la verifica delle interruzioni dell'attività lavorativa e una distribuzione delle mansioni tale da prevenire ripetitività e monotonia delle mansioni. Interessanti, infine, le osservazioni svolte da E. SIGNORINI - A. ARCANO, *L'obbligo di sicurezza in alcune ipotesi di lavoro a distanza*, *Ambiente energia lavoro sicurezza*, 2000, 4, 262, con riferimento al concetto di "luogo di lavoro", che nel d.lgs. n. 626/1994 dovrebbe essere inteso in senso estensivo rispetto a quando avviene nella disciplina lavoristica. Ciò perché nel decreto «il luogo di lavoro supera le tradizionali limitazioni dimensionali e di spazio, estendendo così il suo significato a qualsiasi circostanza che comporti la presenza di un lavoratore che svolge una prestazione».

³⁹² L. NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, *QDLRI*, 1998, 21, 121, il quale desumeva l'inapplicabilità della disciplina di cui al d.lgs. n. 626/1994 al telelavoro mobile dal dato testuale dell'art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 626/1994 che, recependo la Direttiva comunitaria in materia di videoterminali, n. 90/270/CEE, prevedeva che le disposizioni relative all'uso di videoterminali non trovassero applicazione con riferimento a quei lavoratori muniti di "sistemi portatili" ove questi ultimi non fossero oggetto di utilizzo

Nonostante i numerosi dubbi derivanti dalle difficoltà di riconduzione del telelavoro al campo di applicazione della disciplina di salute e sicurezza previgente³⁹³, alcuni interpreti erano comunque giunti ad affermare che l'innovativo obbligo per il lavoratore di prendersi cura della propria sicurezza ex art. 5 del d.lgs. n. 626/1994, pur potendo attenuare la responsabilità del datore di lavoro, tuttavia non poteva spingersi fino a deresponsabilizzarlo del tutto³⁹⁴.

Altra dottrina, invece, sostiene che telelavoro e lavoro agile costituirebbero due modalità organizzative con molteplici punti di contatto, ma non del tutto coincidenti, poiché nel lavoro agile il collegamento telematico non è necessario, come nel telelavoro, ma meramente possibile e nel primo, inoltre, la prestazione lavorativa è espressamente organizzata attraverso lo svolgimento di una sua parte all'interno dell'azienda³⁹⁵.

Anche escludendo la piena identità dei due istituti, non si può comunque negare l'applicabilità dell'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008 al lavoro agile senza prima essersi interrogati circa la possibilità di ricondurre tale fattispecie a quella categoria – più ampia del telelavoro stando alla

prolungato in un determinato posto di lavoro. Lo stesso Autore, peraltro, precisava che per telelavoro a domicilio dovesse intendersi quella fattispecie di lavoro domiciliare di tipo subordinato – nel senso di lavoro svolto alle dipendenze di un datore di lavoro, anche se non necessariamente sotto le sue direttive – che non fosse di tipo manifatturiero, essendo quest'ultimo disciplinato dalla l. n. 877/1973; per telelavoro svolto al di fuori del domicilio, invece, si deve intendere quello eseguito «in un'unità di lavoro che fa parte di un sistema economico diffuso d'impresa oppure in un edificio telematico condiviso oppure, infine, in un'unità satellite di lavoro».

³⁹³ Ci si vuol riferire tanto alle suddette difficoltà applicative di natura testuale quanto a quelle di ordine pratico. Fra le seconde, che continuano ancora oggi a rivestire grande attualità, si deve menzionare la difficoltà per il datore di lavoro di verificare l'adeguatezza strutturale e valutare i rischi per la salute presenti in un ambiente di lavoro di cui egli non ha la piena disponibilità.

³⁹⁴ In tal senso M. ESPOSITO, *Salute e sicurezza*, in L. GAETA - P. PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, 125 ss., il quale sosteneva che l'obbligo di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 626/1994 non poteva essere inteso come una manleva per il datore di lavoro atta a esonerarlo completamente dai suoi obblighi in materia di salute e sicurezza, come invece previsto da alcune clausole della contrattazione collettiva dell'epoca, aventi peraltro contenuti analoghi a quelle recentemente adottate in seno a numerosi accordi integrativi aziendali in tema di lavoro agile.

³⁹⁵ G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 16, ad avviso del quale un'ulteriore differenza tra lavoro agile e telelavoro emergerebbe dalla circostanza che nella stessa pattuizione dell'accordo di lavoro agile vengono in rilievo margini di intervento rimessi all'autonomia individuale non rinvenibili nella disciplina sul telelavoro (si pensi ad es. alle modalità di esercizio del potere direttivo, all'individuazione delle condotte connesse alla prestazione esterna di rilevanza disciplinare e all'esercizio del potere di controllo sulla prestazione resa all'esterno).

lettera della norma – in cui si ha una prestazione di lavoro resa continuativamente a distanza, mediante collegamento informatico e telematico.

Parte della dottrina reputa «meramente esemplificativo» il richiamo alle fattispecie del telelavoro pubblico e di quello privato, attribuendo all'ulteriore categoria del "lavoro subordinato a distanza" la funzione di offrire copertura anche a quei contratti individuali di lavoro che sfuggirebbero all'applicazione dell'accordo interconfederale del 2004 in ragione della mancata affiliazione del datore di lavoro alle organizzazioni di rappresentanza firmatarie³⁹⁶. Altri invece hanno interpretato la disposizione in esame ammettendo la possibilità che questa fosse volta a disciplinare fattispecie ulteriori rispetto al solo telelavoro³⁹⁷.

Premesso che pare difficile immaginare una prestazione di lavoro svolta in modalità agile in assenza di un collegamento informatico con l'organizzazione produttiva, il punto nodale ai fini della sussunzione del lavoro agile nella categoria di cui all'art. 3, comma 10, sembra essere il significato da attribuire al carattere "continuativo" della prestazione resa a distanza. In questa sede si vuole accogliere quella impostazione ermeneutica secondo cui deve intendersi continuativa ogni prestazione che sia organizzata in maniera stabile, ovvero con frequenza periodica e regolare, e che non si possa quindi considerare sporadica ed estemporanea³⁹⁸. In quest'ottica, si tratterebbe quindi di una distinzione basata su una dimensione organizzativa piuttosto che quantitativa.

³⁹⁶ M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità* cit., 8, il quale per tal via intende come sinonimi i requisiti della continuità, di cui all'art. 3, comma 10, e della regolarità, di cui agli accordi in materia di telelavoro.

³⁹⁷ V. MAIO, *La tutela della sicurezza, salute e socialità nel telelavoro*, in M. PERSIANI - M. LEPORE (a cura di), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2012, 98, il quale valorizza il dato testuale del decimo comma dell'art. 3 – in particolare il suo inciso "compresi quelli" – per considerare la norma rivolta a un campo di applicazione che vada oltre il solo telelavoro. *Contra*, P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in A. ANTONUCCI - M. LEPORE (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, Dossier Adapt, n. 15, in www.bollettinoadapt.it, 2009, 19, secondo il quale «l'ampiezza dell'art. 3, comma 10, pur non riguardando forme di lavoro a distanza non costituenti "telelavoro", sia da intendere in senso dinamico, tale cioè da consentire di "ospitare" in futuro ulteriori tipologie di telelavoro attualmente non ancora contemplate nell'ordinamento».

³⁹⁸ In questo senso, benché con riferimento alla fattispecie del solo telelavoro, cfr. S. TORIELLO, *Il punto sul telelavoro*, *RIMP*, 2012, 3, 698, secondo cui, in contrapposizione all'orientamento dottrinale tendente a escludere dalla nozione di "prestazione continuativa a distanza" le forme di telelavoro in alternanza, pare ragionevole affermare che «nella norma rientrano tutte le ipotesi di telelavoro non meramente occasionale, a prescindere dal fatto che esso sia svolto anche in forma alternata».

Ebbene, nella definizione legale di lavoro agile non sono presenti elementi utili in tal senso – non essendo posto alcun vincolo di ripartizione percentuale dell'orario spendibile al di fuori dei locali aziendali rispetto all'orario normale né circa la programmazione delle giornate di prestazione esterna – ma un dato costante che emerge dalla prassi della contrattazione collettiva e individuale è che, naturalmente, la prestazione svolta all'esterno dei locali aziendali viene programmata con cadenza regolare e continuativamente, lasciando alle singole parti la concreta definizione di volta in volta dei giorni destinati al lavoro agile, ma prevedendo questa modalità organizzativa come durevole e individuando una frequenza di massima su base mensile o settimanale³⁹⁹. Ne consegue che un rapporto di lavoro agile così strutturato sarebbe concretamente tale da rendere continuativa la prestazione resa a distanza, così consentendo la riconduzione della fattispecie all'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008.

A ben vedere, pertanto, l'applicabilità dell'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 81/2008 alla fattispecie del lavoro agile prescinde dall'inquadramento dogmatico che si voglia ad essa attribuire, rendendosi necessaria l'applicazione di tale disciplina sia che si propenda per la riconduzione del lavoro agile alla categoria del telelavoro, sia che lo si ritenga una modalità organizzativa del tutto indipendente dal telelavoro. In questo secondo caso, infatti, la prestazione di lavoro agile resa all'esterno dei locali aziendali ricadrebbe comunque nel campo di applicazione della disposizione suddetta in qualità di prestazione continuativa di lavoro a distanza, svolta da un lavoratore subordinato mediante collegamento informatico e telematico.

Pare oltretutto coerente con la modalità organizzativa del lavoro agile il carico prevenzionistico messo a punto dall'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008, che non introduce un'estensione applicativa dell'intero corpo normativo in questione, bensì prevede un regime speciale incentrato essenzialmente sui rischi derivanti dall'utilizzo di videoterminali, i quali costituiscono senz'altro uno strumento – almeno ad oggi – indispensabile per rendere la prestazione a distanza. Già da alcuni decenni, difatti, sono noti i rischi connessi all'uso dei videoterminali, ovvero: disturbi visivi,

³⁹⁹ In molti accordi collettivi, difatti, si regola la fattispecie del lavoro agile stabilendo che le ore di prestazione resa fuori sede non debbano prevalere sulle ore lavorate in azienda, nella convinzione che il rispetto di tale limite garantisca la non applicabilità, oltre che della disciplina sul telelavoro, anche dell'art. 3, comma 10, del d.lgs. n. 81/2008; cfr. E. DAGNINO - M. MENEGOTTO - L.M. PELUSI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017. Tale impostazione, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che il requisito della continuità della prestazione a distanza sembra esser soddisfatto anche soltanto dal ricorrere di una continuativa pianificazione della stessa.

muscoloscheletrici, psicosomatici (come lo *stress* lavoro-correlato), irritazioni o allergie cutanee, nonché rischi di natura elettrica e, seppur in misura lieve, da radiazioni ⁴⁰⁰.

5. Il c.d. diritto alla disconnessione.

Come anticipato, l'art. 19, primo comma, della l. n. 81/2017 affida all'accordo di lavoro agile il compito di individuare i tempi di riposo del lavoratore e le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la sua disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro. Viene così positivizzato il diritto del lavoratore di rendersi irreperibile per il proprio datore di lavoro, e per l'organizzazione imprenditoriale nel suo complesso, senza che ciò comporti alcuna conseguenza pregiudizievole sul piano del trattamento retributivo o contrattuale, né tantomeno rispetto alla prosecuzione del rapporto di lavoro.

Alcuni vedono nel c.d. diritto alla disconnessione un vero e proprio "diritto di nuova generazione" ⁴⁰¹, mentre sembrerebbe preferibile ravvisarvi una mera (nuova) misura di tutela della salute del lavoratore in remoto, consistente nella disconnessione dalle reti aziendali e volta a garantire il godimento del (già esistente) diritto al riposo, ora messo a repentaglio dalla pervasività delle tecnologie dell'informazione ⁴⁰². Proprio per contrastare i rischi – come lo *stress* lavoro-correlato, il c.d. *burnout* e

⁴⁰⁰ Tali rischi erano già messi in evidenza da F. PONTRANDOLFI, *Il telelavoro. Profili della sicurezza e del controllo a distanza e prime applicazioni pratiche*, RIMP, 1999, 6, 1000; R. DUBINI, *Lavoro al videoterminale*, ISL, 1998, 12; E. SALSÌ, *Lavoro ai videoterminali: il recepimento in Italia della Direttiva n. 90/270/CEE*, DRI, 1996, 3, 74; A. BRIGNONE, *Il lavoro al videoterminale*, DPL, 1994, 47, 3229 ss.; L. MONTUSCHI, *La tutela della salute e la normativa comunitaria*, in M. BIAGI (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Maggioli Editore, 12 ss.; S. ZANGIROLAMI, *Aspetti generali delle condizioni di lavoro in ambienti con videoterminali*, *Salute e lavoro*, 1990, 23 ss.; G. RIPANUCCI, *Posto di lavoro ai videoterminali, intensità delle radiazioni e regolamentazione ergonomica*, RIMP, 1988, I, 364; R. SATOLLI, *La salute nell'azienda informatizzata*, *Quaderni di Lavoro '80, Il rapporto di lavoro nella società informatica*, 1984, 3. La presenza di rischi connaturati all'utilizzo dei videoterminali, peraltro, era stata divisata ben prima della loro diffusione capillare nei luoghi di lavoro, tanto che tali strumenti erano già classificati come presuntivamente pericolosi in seno al D.P.R. n. 1124/1965, precisamente all'art. 1.

⁴⁰¹ A. ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, 172, la quale rinviene il fondamento di questa innovativa tutela nel combinato disposto degli artt. 2, 4, 14, 32, 36 co. 2 e 41 co. 2, Cost. Ugualmente orientata verso la configurazione del diritto alla disconnessione come un vero e proprio diritto soggettivo sembra essere D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, RCP, 2017, 1, 8 ss., la quale lo riconduce, in maniera del tutto condivisibile, al diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo del 1950.

⁴⁰² Sulla stretta correlazione tra orario di lavoro e tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, cfr. C. ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di Giustizia*, DRI, 1997, 2, 125 ss.