

Tempi di lavoro e di riposo

Leggi nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia

a cura di

Stefano Bellomo e Arturo Maresca



Collana Convegni 57

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

Tempi di lavoro e di riposo

Leggi nazionali, norme europee e interventi
della Corte di Giustizia

a cura di

Stefano Bellomo e Arturo Maresca



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2022

La pubblicazione è finanziata con i fondi del Dottorato in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale – Sapienza Università di Roma, Dipartimento di Scienze Giuridiche

Copyright © 2022

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-207-5

DOI 10.13133/9788893772075

Pubblicato nel mese di febbraio 2022



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0 IT
diffusa in modalità *open access*.

Impaginazione/layout a cura di: Stefano Bellomo

In copertina: archivio Sapienza Università di Roma, *Edificio Rettorato* foto di Corrado Bonora, licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 Generic (CC BY-NC-SA 2.0), flickr, <https://www.flickr.com/photos/sapienzaroma/48841080106/in/album-72157711184559487/>.

Indice

Prefazione	7
------------	---

PARTE I – I TEMPI DI LAVORO

1. Le linee strutturali dell'orario ordinario e l'orario straordinario del modello spagnolo <i>di Miguel Basterra Hernández</i>	13
2. L'obbligo di misurazione dell'orario di lavoro in una recente sentenza della Corte di Giustizia <i>di Gianluca Giampà</i>	25
3. Danno esistenziale derivante dall'abuso degli straordinari <i>di Camilla Martins Dos Santos Benevides</i>	35
4. Organizzazione dell'orario di lavoro e tutela della salute e sicurezza del lavoratore <i>di Alessio Giuliani</i>	43
5. L'attività di vigilanza sul rispetto dell'orario di lavoro <i>di Ornella Manfredi</i>	51
6. Il lavoro straordinario nella prestazione lavorativa agile <i>di Daniela Lariccia</i>	63
7. Il rapporto di lavoro dei <i>riders</i> <i>di Roberta Rainone</i>	69
8. Le piattaforme digitali e l'orario di lavoro <i>di Priscila Luande Rodrigues</i>	79

PARTE II – I TEMPI DI NON LAVORO

9. Tempo di lavoro e tempo della persona: l'adeguamento
del lavoro all'essere umano 85
di Sabato Rozza
10. Periodo di guardia e reperibilità: tra orario di lavoro
e tempo libero 93
di Luisa Rocchi
11. Il diritto alla disconnessione 103
di Dario Calderara
12. Il tempo della prestazione nello spettacolo:
l'orario di lavoro dell'attore 113
di Beatrice Rossilli

Prefazione

Questa opera collettiva è frutto dell'impegno dei giovani giuslavoristi della Sapienza e rappresenta l'occasione per sviluppare una riflessione corale sul tema dell'orario di lavoro, con particolare attenzione ai suoi limiti e confini, sempre più labili e incerti. I diversi scritti che compongono l'opera, nonostante le differenze di approccio e di metodo, rivelano l'esistenza di un fitto e inesauribile dialogo tra gli studiosi.

Alla base della riflessione v'è la convinzione che la disciplina dell'orario di lavoro rappresenti una sede privilegiata per l'osservazione delle trasformazioni del lavoro nell'organizzazione e per dare conto dell'emersione di esigenze della tutela della persona durante i periodi di non lavoro. Perciò è sembrato opportuno dare evidenza alla distinzione tra "tempi di lavoro" e "tempi di non lavoro" fin dalla suddivisione interna dell'opera.

Tale dualismo rappresenta una preziosa fonte di stimolo per gli studiosi del diritto del lavoro. Il rapporto tra tempi di lavoro e tempi riservati esclusivamente alla persona è, infatti, soggetto a costanti cambiamenti per via del presentarsi di nuove forme di organizzazione del lavoro e a causa dell'evoluzione degli strumenti utilizzati dai lavoratori. Ne scaturiscono questioni inedite, che necessitano uno studio consapevole e solidamente ancorato ai principi generali della materia.

L'idea di dar vita a un volume nasce dallo stimolante confronto sul tema organizzato dai dottorandi e dai giovani ricercatori dell'Università Sapienza di Roma. Gli scritti riprendono, infatti, gli interventi dei relatori del webinar *"Tempi di lavoro e di riposo: leggi*

nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia”, da cui il titolo di questo volume, tenutosi il 7 aprile 2021 e organizzato nell’ambito del *curriculum* in Diritto del Lavoro del corso di Dottorato in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva internazionale ed europea.

Il primo gruppo di saggi, dedicato ai *Tempi di lavoro*, è aperto dal contributo del Prof. Miguel Basterra Hernández sui lineamenti della normativa spagnola in materia di orario di lavoro. Il contributo non trascura le più recenti vicende legislative e giurisprudenziali che, a partire da una recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, hanno portato a rilevanti cambiamenti in materia. E proprio la vivacità del dibattito spagnolo sul tema dell’orario di lavoro ha consentito di riprendere e approfondire in chiave comparatistica l’analisi della già richiamata pronuncia della Corte in tema di obbligo di misurazione dell’orario da parte del datore di lavoro. L’esame della disciplina relativa all’orario di lavoro prosegue con un contributo dedicato al rapporto tra lavoro straordinario e danno esistenziale nell’ordinamento giuridico brasiliano. Sempre in tema di lavoro straordinario, interviene un successivo scritto che pone l’attenzione sull’esecuzione della prestazione di lavoro in modalità agile. Tale modalità rende, infatti, difficoltosa la misurazione dell’orario di lavoro, che sembra essere poco conciliabile con le finalità stesse della disciplina del lavoro agile.

Una riflessione è dedicata al tema dell’interazione tra le norme in materia di orario di lavoro e quelle poste a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, che fungono da limite invalicabile allo spettro di derogabilità delle prime.

A chiusura di questa prima sezione vengono affrontate ulteriori tre questioni. È oggetto di esame l’attività di vigilanza ispettiva sul rispetto delle norme sull’orario di lavoro, con particolare riferimento al settore dell’autotrasporto. In altri contributi la questione dell’orario di lavoro viene affrontata dalla prospettiva delle nuove forme di lavoro, dapprima con uno scritto dedicato al rapporto di lavoro dei *riders*, alla luce delle nuove norme ad essi specialmente dedicate, e successivamente con un intervento incentrato sul lavoro attraverso le piattaforme digitali.

Il secondo gruppo di scritti è dedicato ai *Tempi di non lavoro*. La tensione tra tempo di lavoro e il tempo di non lavoro è da sempre al

centro dell'interesse degli studiosi del diritto del lavoro e recentemente ha acquisito una inedita centralità.

Di tale tensione si dà conto in uno degli interventi, anche alla luce dei principi di cui all'art. 36 della Costituzione e dell'impalcatura sistematica del d.lgs. 66 del 2003. Il successivo scritto è dedicato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di periodo di guardia e reperibilità, con riferimento anche alla normativa su salute e sicurezza. Segue poi una riflessione sul diritto alla disconnessione, con riferimenti alle previsioni della contrattazione collettiva e alla recente proposta di direttiva sul tema presentata nel Parlamento europeo. La colletanea si conclude con uno scritto che si propone di far luce sulle questioni relative al tempo della prestazione dell'attore, con particolare riferimento alle attività di carattere preparatorio, accostate per analogia ai c.d. tempi-tuta più volte oggetto di pronunce giurisprudenziali.

Il volume analizza, nei vari contributi, importanti questioni attuali sull'orario di lavoro, tema intimamente connesso alle ragioni prime della materia e perciò da sempre al centro di un inesausto dibattito tra gli studiosi della materia. Da un'equa regolamentazione dell'orario di lavoro dipende infatti la tutela di beni costituzionalmente protetti quali la salute e l'integrità fisica e morale del lavoratore. Anche per questo motivo il tema si dimostra un banco di prova imprescindibile per i giovani studiosi che si avvicinano all'attività di ricerca. Pure a loro spetterà, infatti, continuare a studiare le questioni fondamentali relative al tempo di lavoro alla luce dei mutamenti tecnologici, organizzativi e produttivi che sono intervenuti e interverranno in futuro.

Attraverso le riflessioni degli autori, si comprende come, ancora oggi, l'orario di lavoro rappresenti una sfida innovativa per gli interpreti, che si interrogano alla ricerca di soluzioni ragionevoli. Vorremmo in conclusione ringraziare tutti i partecipanti al Webinar e coloro che hanno deciso, inviando la rielaborazione dei loro lavori, di partecipare a questo ricco e prolifico dialogo sperimentale tra giovani studiosi.

*Stefano Bellomo
Arturo Maresca*

PARTE I

I TEMPI DI LAVORO

1. Le linee strutturali dell'orario ordinario e l'orario straordinario del modello spagnolo

*Miguel Basterra Hernández, Profesor Contratado Doctor,
Universidad de Alicante (Spagna)*

1.1. Introduzione

Come si sa, nelle prime fasi dello sviluppo del Diritto del Lavoro come disciplina autonoma di diritto privato, le tensioni inerenti al tempo di lavoro riguardavano, soprattutto, l'aspetto quantitativo dell'orario. In un contesto di espansionismo economico, in cui si potrebbe parlare di deficit di mano d'opera disponibile, l'intenzione del datore di lavoro era assumere ogni lavoratore per il maggior numero possibile di ore. Tuttavia, problemi fisiologici, sociali e infine anche economici, hanno portato alla limitazione della quantità di lavoro che ciascun operatore potrebbe fornire. Momento in cui, limitandosi il principio della libertà delle parti caratteristica del Diritto Civile, può essere rilasciato il certificato di nascita del Diritto del Lavoro.

Nonostante, la legislazione attuale rivela un importante cambiamento di prospettiva su questa questione. Perché si può dire che le tensioni che convergono, con un alto grado di pressione, sulla questione temporanea del rapporto di lavoro si sono spostate da un dibattito puramente quantitativo a un campo in cui il conflitto versa principalmente circa la questione qualitativa dell'orario di lavoro. Così, adesso l'interesse principale di entrambe le parti riguarda più la distribuzione dell'orario di lavoro che la propria quantità di ore di lavoro.

Infatti, dal punto di vista del datore di lavoro, l'obiettivo

principale è ormai quello di accedere ad un sistema di distribuzione dell'orario che gli permetta di rispondere con precisione e agilità alle modifiche e variazioni che si producono nel mercato del lavoro. L'intero fenomeno si potrebbe sintetizzare come quella transizione dal modello di produzione della Ford al modello di produzione della Toyota¹. Pertanto, per i datori di lavoro, la priorità non è più quella di acquistare la maggiore quantità possibile di ore di servizio dal lavoratore, ma è ormai rendere flessibile e intelligente l'uso di quelle ore di lavoro contrattate.

E poi, da parte dai lavoratori, una volta già consacrati i limiti di tempo di lavoro che garantiscono le Costituzioni di tutti i paesi sviluppati, come pure in un modo molto speciale la normativa comunitaria attraverso la Direttiva 2003/88/CE, le priorità sono anche cambiate. Infatti, attualmente il principale interesse del lavoratore è quello di ottenere un sistema orario di lavoro che gli permetta di conciliare la vita professionale con la famiglia e la vita personale. E, così, i permessi o anche gli adattamenti dell'orario diventano ormai i loro obiettivi principale sul tavolo di gioco.

1.2. L'orario ordinario di lavoro

Questo sarebbe, succintamente, lo scenario socio-economico dove si applica l'articolo 34 del nostro Statuto dei Lavoratori², che contiene la regolazione centrale dell'orario di lavoro ordinario e appunto stabilisce una quantità di quaranta ore ordinarie settimanali per tutte le settimane lavorative dell'anno; con la possibilità che, sia

¹ M.A. BALLESTER PASTOR, *La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo*, *Revista de Derecho Social*, n° 62/2013, 54.

² Articolo 34 S.L.: "1. La durata dell'orario ordinario [la duración de la jornada de trabajo] sarà quella accordata nei contratti collettivi o contratti di lavoro. La durata massima dell'orario ordinario [de la jornada] sarà di quaranta ore settimanali di lavoro effettivo in media nel computo annuale. 2. Attraverso il contratto collettivo o, in mancanza, di comune accordo tra azienda e rappresentanti dei lavoratori, può essere stabilita la distribuzione irregolare dell'orario ordinario nell'arco dell'anno. In assenza di accordo, l'azienda può distribuire irregolarmente il dieci per cento dell'orario ordinario durante l'anno. Detta distribuzione deve in ogni caso rispettare i periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale previsti dalla legge e il lavoratore deve conoscere con un preavviso minimo di cinque giorni il giorno e l'ora della conseguente prestazione lavorativa".

individualmente che collettivamente, si raggiunga un accordo più favorevole per il lavoratore in termini di riduzione del numero di ore ordinarie di lavoro (ma mantenendo, ovviamente, lo stesso stipendio). Ma soprattutto, per quanto interessa qui, lo S. dei L. permette poi di distribuire irregolarmente il tempo di lavoro ordinario attraverso il contratto collettivo.

E cosa significa nella pratica questa distribuzione irregolare del tempo di lavoro? Questa implica che alcune delle settimane dell'anno si lavorerà più di quaranta ore (o eventualmente, il numero più basso di ore concordato a livello individuale o collettivo). E queste ore lavorate in più saranno dopo compensate con altre settimane di meno ore di lavoro, entro un periodo di 12 mesi consecutivi. Così, alla fine dell'anno, la media settimanale rimarrà sempre nelle quaranta ore. O, se è il caso, nel numero minore di ore settimanali concordate.

Ma se si osserva bene, già qui, in questo punto, emerge un importante difetto di trasposizione nel recepimento della Direttiva 2003/88/CE nel nostro diritto interno. Come si sa, la Direttiva, nel suo articolo 19, dà agli Stati membri la facoltà di permettere alla contrattazione collettiva di espandere il periodo di riferimento per il calcolo del tempo medio di lavoro settimanale fino ad un massimo di dodici mesi. Ciò sembrerebbe di legittimare il regime adottato dall'art 34 dello SL per quantificare il tempo di lavoro³. Tuttavia, se si osserva bene il paragrafo secondo dell'articolo 19 della Direttiva, la norma comunitaria condiziona la possibile estensione da parte della contrattazione collettiva del periodo di riferimento fino ai 12 mesi alla concorrenza di due condizioni. In primo luogo, il rispetto per i principi generali di tutela della sicurezza e la salute dei lavoratori. E, in secondo luogo, che ci sia una giustificazione di carattere obiettivo, tecnico o organizzativo.

Così, tenendo conto che il potere conferito dall'articolo 34.2 dello SL alla contrattazione collettiva per distribuire irregolarmente l'orario di lavoro è assolutamente esente di qualsiasi giustificazione causale,

³ Infatti, parte della dottrina scientifica concorda sul fatto che la normativa nazionale segue ciò che è stato programmato dalla Direttiva: C.L. ALFONSO MELLADO, J. GARCÍA ORTEGA, *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, 107 e A.V. SEMPERE NAVARRO, *Artículo 34. Jornada*, in A.A.V.V. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Cizur Menor (Navarra) (Aranzadi), 2010, 380.

qui troviamo, infatti, secondo me e altri autori spagnoli⁴, un chiaro difetto nella trasposizione della Direttiva comunitaria. Perché la possibilità che apre la nostra Legge nazionale alla contrattazione collettiva per espandere fino ad un anno il periodo di riferimento nel calcolo del lavoro medio settimanale, non raccoglie alcun limite o condizione, come si è richiesto dalla norma comunitaria. E, sarebbe ragionevole, dunque, correggere questa carenza e, semplicemente, condizionare la distribuzione irregolare dell'orario (anche se è accordata collettivamente) alla concorrenza delle opportune cause giustificatrici.

Su questo punto è opportuno dire che, da quanto io sono riuscito ad osservare, la regolazione italiana sulla durata massima dell'orario di lavoro ha rispettato le disposizioni della Direttiva 2003/88/CE in un modo molto più adeguato. Infatti, l'articolo 4 del D. Lgs. 66/2003 ha previsto anche la possibilità che ci sia un accordo collettivo che permetta di calcolare la durata media settimanale del tempo di lavoro per un periodo fino ai 12 mesi; ma ciò soltanto a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi.

Eseguendo l'analisi del modello spagnolo, il punto 2 dell'articolo 34 prevede che, quando collettivamente non si preveda nessun sistema di distribuzione irregolare dell'orario di lavoro, l'azienda potrà distribuire irregolarmente fino al dieci per cento del totale di ore di lavoro dell'anno.

Quindi è chiaro che ciò che si è creato con questo precetto è una clausola di sicurezza che garantisce al datore di lavoro un minimo margine di flessibilità nella gestione dell'orario di lavoro. Così, quando la contrattazione collettiva non offre un sistema proprio per adattare l'orario dei lavoratori, il datore di lavoro avrà sempre a disposizione questo sistema supplementare di origine direttamente legale. È chiaro, quindi, che questo sistema gli permetterà di variare l'orario pianificato in precedenza senza il bisogno di procedere a una vera modifica sostanziale delle condizioni contrattuali attraverso l'articolo 41 dello SL⁵.

⁴ J. CABEZA PEREIRO, *Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo*, in A.A.V.V. *Tiempo de trabajo*, Albacete (Bonmarzo), 2007, 21.

⁵ R. ROQUETA BUJ, *La flexibilidad interna tras la reforma laboral*, Valencia (Tirant lo

Tuttavia, nonostante ciò che potrebbe sembrare in principio, le conseguenze di questo precetto superano di lunga la semplice messa a disposizione al datore di lavoro di questa quota di flessibilità, che agisce come una garanzia minima quando a livello convenzionale non si prevede un sistema specifico per la distribuzione irregolare dell'orario di lavoro.

Difatti, il primo effetto che si deve osservare è che, con totale sicurezza, questa previsione eserciterà una forte pressione su qualsiasi contratto collettivo verso questa questione. Infatti, l'esistenza di questa "valvola di scarico" sposterà il punto di equilibrio nella negoziazione, che sarà quindi condizionata dall'influenza che proietta questa regola del dieci per cento. In questo modo, la posizione del datore di lavoro è rinforzata. E la ricerca di un punto di incontro armonioso tra gli interessi in conflitto sarà assolutamente condizionata da questa previsione legale. E secondo me questo si può considerare eccessivo, dato che la Legge universalizza, in questo modo, la distribuzione irregolare del tempo di lavoro e lo fa senza rendere conto delle circostanze particolari proprie di ogni attività, che possono essere molto diverse. Ciò, quindi, porta a ripensare la necessità di incentivare così indiscriminatamente questo sistema di organizzazione del lavoro. Soprattutto se si valuta fino a che punto sono nocivi questi schemi di tempo di lavoro per la sfera vitale del dipendente.

E il secondo aspetto da analizzare mantiene una stretta relazione con quello precedente. Si può pensare, di principio, che il dieci per cento delle ore annuali distribuite irregolarmente cadranno soltanto nelle mani del datore di lavoro in assenza di un accordo collettivo su questo punto. Petaltro, una volta già concessa dall'inizio questa quota di distribuzione irregolare al datore di lavoro, difficilmente la rilascerà in fase di negoziazione. Quindi si può affermare che il dieci per cento funzionerà come un minimo nella pratica negoziale⁶; perché la negoziazione, in realtà, parte da questo dieci per cento di irregolarità. E, così, la distribuzione irregolare del tempo di lavoro

Blanch), 2013, 28-29.

⁶ B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Los límites a las facultades empresariales de distribución irregular de la jornada tras las últimas reformas flexibilizadoras*, in A.A.V.V. *Las reformas del derecho del trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, 709.

sembra di essere, ormai, la regola generale.

Insomma, si deve sottolineare un nuovo difetto nella trasposizione della Direttiva 2003/88, che si aggiunge a quello che menzionavo precedentemente. Perché infatti, se si osserva, l'articolo 19 della Direttiva prevede che l'orario irregolare compensato entro l'anno sia concordato collettivamente. Infatti, si ritiene che la contrattazione collettiva sia lo strumento più adatto per accogliere gli interessi contrapposti che sono alla base di questa questione. Tuttavia, attualmente la legge stessa concede al datore di lavoro il potere di introdurre unilateralmente un sistema di distribuzione irregolare del tempo di lavoro per un importo assoluto fino a 182 ore all'anno (che sarebbe il risultato di questo 10% dell'orario di lavoro annuale). E così la distribuzione irregolare dell'orario non è più una misura di accesso ristretto alla negoziazione collettiva, come di solito⁷, perché in realtà ormai si è inserita dentro il potere unilaterale del datore di lavoro. E questo implica una nuova violazione dei contorni comunitari nella materia. Che, invece non si osserva nell'articolo 4 del D. Lgs. 66/2003.

Ma, soprattutto, oltre ai contenuti già trattati sulla la distribuzione irregolare, l'articolo 34.2 dello SL prevede la possibilità di progettare un sistema di organizzazione del tempo di lavoro che, oltre che irregolare, sia anche flessibile o elastico. In particolare, la formulazione dell'articolo 34.2 del ET, dopo aver stabilito che tutta la distribuzione dell'orario di lavoro deve rispettare le pause giornaliere e settimanali, richiede al datore di lavoro di preavvisare il lavoratore con almeno cinque giorni in anticipo del giorno e l'ora del lavoro risultante da tale distribuzione oraria. Ed è in questa ultima previsione, relativa ai cinque giorni di preavviso, che, in modo implicito, la Legge accetta che il sistema orario non sia soltanto irregolare, ma anche flessibile o elastico. Se lo si osserva bene, il precetto si presenta come un diritto del lavoratore. E in realtà così è. Ma quello che succede, è che attraverso il requisito che i lavoratori sappiano almeno con cinque giorni in anticipo la data e l'ora della loro prestazione di lavoro, si sta accettando implicitamente che non è più necessario pianificare e distribuire *rigidamente* il tempo di lavoro

⁷ F. VALDÉS DAL-RE, *La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate*, *Relaciones Laborales*, n° 2/1999, edizione digitale, 5.

nel calendario annuale fin dall'inizio. È sufficiente che il lavoratore sia avvisato, con il citato anticipo, delle variazioni rispetto all'orario inizialmente previsto. E questo è, di fatto, una pianificazione irregolare ma anche flessibile del tempo di lavoro.

1.3. L'orario straordinario di lavoro

Poi, oltre l'orario ordinario di lavoro, vi sono le ore straordinarie di lavoro, definite dal nostro articolo 35 dello SL⁸ come quelle ore di lavoro effettivo prestate "più in là" dell'orario ordinario. Quindi le ore straordinarie vengono definite a partire dall'orario ordinario, concretamente sono identificate attraverso il superamento di quell'orario ordinario.

E qui si deve osservare una nuova particolarità della regolazione spagnola rispetto alla Direttiva europea. Come è noto, l'articolo 6 della Direttiva integra la limitazione delle ore straordinarie entro il ciclo settimanale e in forma cumulativa alle ore ordinarie, nel senso che prevede che la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di 7 giorni non superi 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario. E anche l'articolo 4 del D. Lgs. 66/2003 prevede lo stesso: una durata media settimanale di 48 ore, comprese le ore ordinarie e straordinarie. Ma, invece, la regolazione spagnola, negli articoli 34 e 35 dello SL, struttura il tempo di lavoro in due ambiti separati e indipendenti: da un lato, quaranta ore settimanali (in computo annuale) come limite massimo all'orario ordinario; e poi, dall'altro lato, parallelamente, ottanta ore straordinarie come massimo totale all'anno.

Ma il problema principale è che le ore straordinarie, oltre la concreta configurazione dei limiti, rappresentano sempre un terreno particolarmente fertile per gli abusi e le irregolarità sul lavoro. Perché, in molte occasioni, le ore straordinarie non vengono pagate correttamente; o addirittura non vengono nemmeno riconosciute. Ed è per questo che il nostro articolo 35.5 dello SL richiede, già dalla sua versione originale del 1980, che venga effettuata una registrazione

⁸ Articolo 35.1 dello SL: "Saranno considerate straordinarie le ore di lavoro svolte oltre la durata massima dell'orario ordinario [de la jornada ordinaria], stabilita a seconda del precedente articolo".

affidabile delle ore straordinarie. Concretamente si obbliga il datore di lavoro, agli effetti del calcolo delle ore straordinarie, a registrare ogni giorno la “*jornada*” del lavoratore. E cito il termine originale, “*jornada*”, perché è decisamente rilevante, ma la traduzione in italiano potrebbe essere più o meno “giorno lavorativo”.

Il problema è che, come è noto, le ore straordinarie “nascono” e sono definite dall’orario ordinario. Così, dato che il presupposto perché le ore straordinarie abbiano la sua considerazione è che vengano superati i limiti dell’orario ordinario, senza una registrazione affidabile del tempo di lavoro giornaliero non sarà impossibile nemmeno apprezzare l’effettuazione di ore straordinarie. E il problema si aggrava fatalmente quando quell’orario ordinario è irregolare e anche flessibile, perché i suoi contorni sono sfocati e quindi diventa praticamente impossibile identificare le ore straordinarie.

1.4. La problematica intorno al registro e la misurazione delle ore straordinarie

Tutta questa questione è stata oggetto di un fervente dibattito in Spagna, sia in dottrina che a livello giurisprudenziale; e, alla fine, il dibattito è arrivato anche sulla scena politica. Infatti, delle sentenze della nostra Audiencia Nacional e del nostro Tribunal Supremo avevano affrontato l’interpretazione di questo 35.5 SL.

In sostanza, la formulazione (sinuosa) del precetto offrirebbe due letture alternative. Una prima - che, a mio avviso, era la più corretta secondo le linee guida dell’ermeneutica⁹ - porterebbe a concludere

⁹ M. BASTERRA HERNÁNDEZ, *El registro de la jornada diaria y el control de las horas extraordinarias: un análisis de la situación tras la STS de 23 de marzo de 2017 (Rec. 81/2016), Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 8/2017, 786 in avanti. In questo senso si pronunziano anche, fra altri: M. MIÑARRO YANINI, *Más allá de las horas extras: la obligatoriedad del registro de la jornada diaria. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 25/2016, de 19 de febrero, RTSS*, n° 397/2016, 125; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *Registro de jornada y supresión de las horas extraordinarias que se compensan con descanso, la estrategia y el objetivo*, in *Iuslabor*, n° 2/2017, specialmente in pagina 3; C.H. PRECIADO DOMENECH, *El registro de la jornada ordinaria en la nueva doctrina del TS, RIL*, n° 7/2017; G.E. RODRÍGUEZ PASTOR, *El registro diario de la jornada de trabajo a debate, RDS*, n° 81/2018. Nonostante, ci sono state anche posizioni contrarie: R. MOLL NOGUERA, *Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 4*

che l'articolo 35.5 dello SL obbliga il datore di lavoro a registrare e totalizzare tutte le ore effettivamente lavorate. In modo che sia possibile confrontare le ore effettivamente lavorate con i contorni dell'orario ordinario stabilito e, quindi, determinare l'eventuale realizzazione di ore straordinarie. Questa è l'interpretazione che ha accolto l'A.N. nelle sue Sentenze del 12/4/2015 (St. 207/2015), del 19/02/2016 (St. 25/2016) e del 05/06/2016 (St. 77 / 2016), a fronte delle azioni collettive promosse rispettivamente contro gli enti bancari Bankia, Abanca e Banco Sabadell. Ma qui c'è un fatto assolutamente affascinante. Ed è che le banche, in realtà, si registravano con una precisione chirurgica tutte le ore di lavoro, sia ordinarie che straordinarie, dei loro dipendenti attraverso la rete intranet; a fine di controllare il loro adempimento e anche il loro rendimento. Ma poi non permettevano di accedere a queste informazioni né ai lavoratori stessi ma nemmeno ai rappresentanti.

Però, purtroppo, il Tribunale Supremo ha annullato questi pronunciamenti della A.N. con le sue Sentenze del 23/03/2017 (Ric. 81/2016), del 20/06/2017 (Ric. 116/2016) e del 20/12/2017 (Ric. 206/2016). Perché, contrariamente al criterio difeso dall'A.N., il T.S. sosteneva, invece, che la formulazione dell'articolo 35.5 dello SL imponeva soltanto la registrazione delle ore straordinarie ormai già realizzate.

Tuttavia, i sindacati hanno sollevato ancora una nuova azione collettiva sulla nota questione dinanzi alla A.N., questa volta contro l'ente Deutsche Bank. E l'Adienza Nazionale, che ormai già conosceva la canzone, si è rivolta però alla Corte di Giustizia dell'UE con una domanda di pronuncia pregiudiziale, sostenendo che le sentenze del Tribunale Supremo in questa materia non erano conformi alla normativa europea. In primo luogo, l'Avvocato Generale, l'italiano Giovanni Pitruzzella, ha presentato le sue conclusioni su questo caso C-55/18 il 31/01/2019.

de diciembre de 2015, núm. 207/2015, ponente D. Ricardo Bodas Martín, sobre la obligatoriedad del registro de jornada del artículo 35.5 ET, RIL, nº 3/2016. Insomma, anche l'Ispettorato del Lavoro ha inteso che l'articolo 35.5 dello SL obbliga a registrare tutte le ore di lavoro per, così, riuscire a controllare le ore straordinarie: v. Instrucción 3/2016, sobre intensificación del control in materia de tiempo de trabajo y horas extraordinarias.

E, in queste conclusioni, l'A.G. ha affermato che "l'effettività del diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo dipende dalla possibilità che esista un metodo certo e oggettivo che permetta di verificare le ore di lavoro realmente prestate, e dalla normativa europea si deduce l'esistenza di un obbligo per l'impresa di adottare un meccanismo di controllo, restando essa comunque libera di scegliere le tecniche che riterrà più opportune in relazione alle proprie specifiche esigenze legate all'organizzazione di impresa".

In qualsiasi modo, ancora prima della sentenza stessa, il Governo spagnolo si è anticipato, fidandosi delle conclusioni del Prof. Pitruzzella, e il 12 marzo 2019 ha approvato il RDL 8/2019, il cui articolo 10 ha effettuato una riforma molto importante su questo punto. Perché introduce l'obbligo di registrare tutti i giorni gli orari specifici di inizio e fine della giornata lavorativa di ciascun lavoratore.

Concretamente, viene aggiunta una nuova comma 9 all'articolo 34 dell'ET: "L'azienda garantirà la registrazione delle ore di lavoro, che dovrà includere gli orari specifici di inizio e fine della giornata lavorativa di ciascun lavoratore. L'azienda conserverà per quattro anni questi registri che resteranno a disposizione dei lavoratori, dei loro rappresentanti legali e dell'Ispettorato del lavoro".

E, alla fine, tutto questo è stato confermato dalla Corte de Giustizia con la Sentenza del 14 maggio 2019, che conclude che: "gli articoli 3, 5 e 6 della direttiva 2003/88/CE, letti alla luce dell'articolo 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e degli articoli 4, 11, 16, della direttiva 89/391/CEE, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro che non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore".

1.5. Conclusioni

Tuttavia, anche se ormai viene obbligato dalla legge stessa a registrare tutte le ore effettivamente lavorate ogni giorno, la verità è che i modelli di orario di lavoro irregolare e flessibile continuano a rendere estremamente difficile controllare efficacemente le ore

straordinarie. Infatti, se l'orario ordinario è distribuito in modo flessibile durante tutto l'anno (come viene programmato dall'articolo 34 dello SL quando tale modello non è espressamente accordato convenzionalmente), è impossibile determinare, prima di finire il ciclo annuale, se i diversi incrementi dell'orario di lavoro subiti sono riconducibili alla realizzazione di ore di straordinarie o se, al contrario, rispondono a meri aumenti dell'orario ordinario che, all'interno di tale schema distributivo irregolare e flessibile, sarebbero compensati in avanti, lungo l'anno. Perché, infatti, l'anno funge sia da periodo di riferimento per quantificare il tempo di lavoro ordinario, sia da ciclo temporale per la sua distribuzione flessibile; e quindi, fino al termine di questo ciclo annuale, è estremamente difficile determinare se i limiti quantitativi stabiliti siano stati superati e, allora, si siano realizzate ore straordinarie. Inoltre, poiché, come si è già detto, l'attuale struttura della norma universalizza questi schemi di orario di lavoro, non c'è dubbio che il problema sollevato acquista, in pratica, una dimensione generalizzata.

Tuttavia, dal mio punto di vista, una semplice proposta *de lege ferenda* risolverebbe questo particolare problema. Data la natura della materia, la chiave è cercare un meccanismo che consenta di differenziare con totale chiarezza se i diversi aumenti dell'orario di lavoro rispondono alla realizzazione delle ore straordinarie o alla distribuzione flessibile delle ore ordinarie. E, in questo senso, ritengo che l'ideale sia rivolgere l'attenzione verso il periodo di preavviso contenuto nell'articolo 34.2 dello SL; ciò, come è noto, richiede che il lavoratore conosca con almeno cinque giorni di anticipo le variazioni del suo orario ordinario conseguenti alla distribuzione flessibile. Ebbene, dal mio punto di vista, basterebbe che, attraverso l'appropriata riforma normativa, questo requisito generico fosse coperto in modo specifico (ad esempio, un modello ufficiale) e anche un contenuto concreto, che affermasse in modo affidabile e esplicito che questo ordine aziendale implica un aumento dell'orario di lavoro imputabile alla distribuzione irregolare e flessibile dell'orario ordinario, e quindi si realizzeranno ore ordinarie. In questo modo si potrebbe distinguere perfettamente dall'inizio quando un aumento dell'orario di lavoro risponde alla realizzazione delle ore straordinarie e quando alla distribuzione flessibile dell'orario ordinario.

Infatti, in questo modo, sarebbe così semplice quanto concludere che ogni ora di lavoro effettivo che eccede i parametri dell'orario ordinario e che non è stata preannunciata e identificata *a priori* come ora ordinaria distribuita in maniera flessibile sarà automaticamente considerata un'ora straordinaria. Così, non sarebbe più necessario attendere la fine dell'anno per poter determinare se sono stati superati i limiti annuali dell'orario ordinario e, quindi, se sono state effettuate ore straordinarie. D'altra parte, questa semplice riforma consentirebbe una migliore e più coerente convivenza fra l'orario ordinario irregolare e flessibile e le ore straordinarie, come meccanismi cumulativi flessibilizzazione del tempo di lavoro: quando il datore di lavoro riesca a prevedere con almeno cinque giorni di anticipo la necessità di aumentare le ore di lavoro, la distribuzione flessibile dell'orario ordinario diventerebbe il meccanismo ideale, mentre, quando ciò non fosse possibile, si potrebbe sempre ricorrere, in ultimo caso, alle ore straordinarie.

Insomma, a titolo valutativo, e oltre a questa ultima questione subito appuntata, e ancora in attesa della sua eventuale soluzione, penso che sarebbe puerile pensare che i risultati della riforma riguardante al comma 9 dell'articolo 34 dello SL, attraverso il RDL 8/2019, saranno miracolosi. Ma credo che si sia trattato semplicemente di offrire un mezzo, almeno efficace, per alleviare il più possibile gli abusi in materia di orario di lavoro, specialmente per quanto riguarda alle ore straordinarie. E, a mio avviso, dato che le ore straordinarie sono definite in contrasto con l'orario ordinario, è impossibile controllare tali ore straordinarie senza avere, prima, una registrazione affidabile dell'orario ordinario. Se si mi consente la metafora, direi che pretendere il contrario sarebbe quasi come chiedere a qualcuno di trovare la propria ombra ma con la luce spenta.

2. L'obbligo di misurazione dell'orario di lavoro in una recente sentenza della Corte di Giustizia

Gianluca Giampà, Dottorando nell'Università Sapienza di Roma

2.1. Funzioni della misurazione dell'orario di lavoro

La misurazione dell'orario di lavoro è da tempo tema all'attenzione della dottrina. Secondo le indicazioni più autorevoli, questa avrebbe una duplice funzione¹.

Da una parte, infatti, è in grado di fornire un indicatore utile a quantificare il valore dello scambio contrattuale, poiché permette di commisurare l'obbligazione del lavoratore con la retribuzione ad egli dovuta dal datore di lavoro. L'orario di lavoro è, in altre parole, «il parametro oggettivo e oggettivante del valore di scambio»². La misurazione oraria è quindi una tecnica normativa, ontologicamente neutra e uniforme, attraverso la quale si provvede alla quantificazione di una delle prestazioni oggetto dello scambio³.

D'altra parte, la misurazione è essenziale al fine di applicare le norme, poste a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, che disciplinano la durata massima della prestazione⁴. Del resto, proprio

¹ A. SUPIOT, *Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del «tempo di lavoro»)*, LD, 1997, 16; parla di «carattere ancipite» F. SIOTTO, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, RIDL, 2010, 412.

² V. BAVARO, *Il tempo nel lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, 201.

³ V. BAVARO, *Il tempo nel lavoro subordinato* cit., 51; cfr. E. GRAGNOLI, *Tempo e lavoro subordinato*, RGL, 2007, 470.

⁴ M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, *Enc. Dir.*, 1987, par. 11.

la limitazione dell'orario di lavoro è stata oggetto dei primi interventi a tutela dei lavoratori nel mondo occidentale. Si è detto perciò che la limitazione del tempo di lavoro è stata atto di fondazione del diritto del lavoro stesso⁵. La registrazione e la misurazione dell'orario esprimono quindi una capacità di tutela, in conformità con i principi dell'ordinamento italiano. Del resto, l'art. 36, comma 2 Cost. pone una riserva di legge in relazione alla determinazione della durata massima della giornata lavorativa.

Di conseguenza, una misurazione puntuale e affidabile dell'orario di lavoro pare necessaria al fine di garantire l'effettività della disciplina a tutela dei lavoratori in materia di durata massima della prestazione.

Proprio sulla funzione della misurazione dell'orario quale strumento di tutela del lavoratore si è concentrata una recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

2.2. L'obbligo di misurazione nella giurisprudenza spagnola e il rinvio al giudice eurounitario

La Corte di Giustizia è stata infatti chiamata a valutare la conformità al diritto eurounitario della disciplina spagnola in materia di limiti orari al lavoro giornaliero e settimanale. In particolar modo, la questione controversa riguardava l'effettività di tali limiti in assenza di un obbligo, a carico del datore di lavoro, di garantire la registrazione dell'orario.

Tale questione è stata peraltro dibattuta nella giurisprudenza spagnola ben prima del rinvio pregiudiziale alla Corte. Diverse controversie, principalmente introdotte dai rappresentanti dei lavoratori del settore bancario, si sono infatti susseguite a partire dal 2015.

In un primo momento, l'Audiencia Nacional - con sentenza n. 207/2015 - aveva riconosciuto la sussistenza dell'obbligo di misurazione dell'orario di lavoro. Tale obbligo sarebbero derivato direttamente dall'art. 35, comma 5 dello Estatuto de los Trabajadores. Questa norma prevede infatti la registrazione quotidiana dell'orario giornaliero di ciascun lavoratore, ai fini del calcolo dell'orario di

⁵ A. SUPIOT, *Alla ricerca della concordanza dei tempi* cit., 15.

lavoro straordinario.

Inoltre, per l'Audiencia Nacional l'obbligo si sarebbe basato anche sulla terza disposizione addizionale contenuta nel Real Decreto 1561/95, che prevede che i rappresentanti dei lavoratori siano informati mensilmente dal datore di lavoro riguardo le ore di straordinario lavorate nell'impresa. L'informazione, secondo questa norma, deve avvenire attraverso la presentazione di una copia del registro di cui all'art. 35, comma 5 precedentemente citato. Di conseguenza, nell'opinione dei giudici, per soddisfare adeguatamente gli obblighi previsti dalla legge sarebbe indispensabile la tenuta, da parte del datore di lavoro, di registri che tengano traccia della misurazione di tutte le ore lavorate dai dipendenti.

Sulla base di questa interpretazione delle norme allora vigenti, la società chiamata in causa è stata condannata a istituire un registro con le caratteristiche di cui si è detto.

Questa interpretazione è stata però superata dal Tribunal Supremo, organo al vertice del sistema giudiziario spagnolo. La sentenza 246/2017 ha riformato quella dell'Audiencia Nacional appena richiamata.

Pur riconoscendo l'esigenza di un intervento del legislatore in proposito, il Tribunal Supremo ha ritenuto di non poter identificare nell'ordinamento spagnolo, e in particolare nelle disposizioni prese in considerazione dalla sentenza oggetto di ricorso, un obbligo di misurazione dell'orario di lavoro. L'art. 35, comma 5 dello Statuto dei lavoratori spagnolo e la terza disposizione addizionale del Real Decreto 1561/95, infatti, si riferiscono al solo lavoro straordinario. Queste norme dispongono la registrazione solo rispetto alle ore lavorate oltre l'orario ordinario, e non in generale per tutto l'orario di lavoro.

Per il Tribunal Supremo, inoltre, un simile obbligo non potrebbe riscontrarsi neanche facendo riferimento dalle norme eurounitarie. Difatti, le direttive 2014/112/UE, 2000/79/CE e 89/391/CE prevedono l'obbligo di registrare l'orario di lavoro e i riposi giornalieri per le attività prestate in settori specifici (rispettivamente, nel trasporto per vie navigabili interne, nell'aviazione civile e nel lavoro marittimo). Il carattere squisitamente settoriale di queste discipline varrebbe, a contrario, a escludere la sussistenza di un obbligo generale di

registrazione (e quindi di misurazione) dell'orario di lavoro.

Tale orientamento risulta sostanzialmente confermato da altre successive sentenze del Tribunal Supremo (n. 338/2017 e n. 1748/2017).

Eppure, l'Audiencia Nacional, investita nuovamente della questione, ha ritenuto di operare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al fine di veder scrutinata dai giudici eurounitari l'adeguatezza della normativa spagnola rispetto agli obblighi previsti dal diritto dell'Unione.

2.3. I principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia dell'Unione europea si è espressa sulla questione con la sentenza del 14 maggio 2019 sulla causa C-55/18. I giudici hanno ritenuto che le norme eurounitarie ostino a una normativa interna che, per come interpretata dalla giurisprudenza nazionale, non imponga ai datori di lavoro «l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore».

Tale affermazione trova le sue radici nella necessità di garantire l'effettività delle norme dell'Unione sulla limitazione dell'orario di lavoro, poste a protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

In particolare, la Corte ha richiamato gli artt. 3, 5 e 6 della dir. 2003/88/CE, che normano rispettivamente il riposo giornaliero, il riposo settimanale e la durata massima settimanale dell'orario di lavoro. L'obbligo discenderebbe dalla necessità di garantire l'applicazione effettiva di queste disposizioni, con modalità tali da non rendere inazionabili le tutele che esse prevedono. Del resto, la registrazione dell'orario di lavoro risponde anche a una finalità di prova. L'obbligo alleggerisce indubbiamente gli oneri processuali del lavoratore.

Per lo stesso motivo, anche la norma generale di cui all'art. 31, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶ è

⁶ Ai sensi della quale «ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite».

stata considerata alla base dell'obbligo di misurazione a carico dei datori di lavoro.

Infine, l'obbligo discenderebbe anche dalle disposizioni dettate dagli artt. 4, par. 1, 11 par. 3 e 16 par. 3 della dir. 89/361/CEE, in materia di sicurezza e salute dei lavoratori. La prima disposizione prevede che gli Stati membri adottino le norme necessarie al fine di garantire l'attuazione - da parte di datori di lavoro, lavoratori e loro rappresentanti - delle tutele previste della direttiva. Proprio i rappresentanti dei lavoratori, infatti, a norma dell'art. 11 par. 3 «hanno una funzione specifica in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori hanno il diritto di chiedere al datore di lavoro di prendere misure adeguate e di presentargli proposte in tal senso». Infine, l'art. 16 par. 3 dispone la generale applicazione della direttiva anche ai settori contemplati da direttive particolari.

Il fatto che la Corte richiami - a fondamento dell'obbligo di misurazione dell'orario - anche queste norme generali in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, rende ancora più chiaro quali siano i principi a cui tale obbligo risponde nella visione dei giudici eurounitari.

Il rispetto di questi principi e l'effettività delle tutele disciplinate dalla dir. 2003/88/CE non sarebbe garantita, secondo la Corte, dall'art. 35, comma 5 dello Statuto de los Trabajadores, che, come detto, norma solamente l'obbligo di registrazione delle ore lavorate oltre l'orario ordinario. Eppure, le ore di lavoro straordinario potrebbero essere correttamente registrate solo attraverso un sistema che preveda la misurazione dell'orario di lavoro ordinario. Difatti, la qualificazione del lavoro quale "straordinario" dipende inevitabilmente dalla corretta misurazione delle ore di lavoro ordinario. Proprio per questo, la sola registrazione delle ore di lavoro straordinario sarebbe inidonea a garantire l'effettività delle limitazioni all'orario di lavoro previste dalla normativa eurounitaria.

Inoltre, per la Corte, l'esistenza di discipline settoriali che prevedono esplicitamente l'obbligo di misurazione dell'orario di lavoro non si porrebbe in contraddizione con il fatto che un obbligo simile, ma di carattere generale, emergerebbe dall'interpretazione delle norme dell'Unione.

L'effettività delle disposizioni eurounitarie in tema di durata

massima dell'orario di lavoro troverebbe quindi compimento solo attraverso una normativa interna che preveda «un sistema oggettivo, affidabile e accessibile» attraverso il quale misurare la durata del lavoro giornaliero. Spetterebbe quindi agli Stati membri definire le modalità di attuazione di questo sistema, in relazione anche alle specificità dei singoli contesti imprenditoriali.

In ogni caso, la Corte ha ribadito la necessità di interpretare le norme interne in modo conforme ai principi posti in luce dalla sentenza. Ciò potrebbe avvenire anche attraverso un mutamento degli orientamenti interpretativi dei giudici interni.

2.4. Il recepimento degli orientamenti della Corte da parte del legislatore spagnolo

Un mutamento interpretativo non è stato necessario nel caso spagnolo. Difatti, in modo celerissimo, il legislatore spagnolo ha recepito le indicazioni della Corte attraverso delle modifiche normative. Prima che la sentenza fosse pubblicata, la normativa spagnola è stata adeguata seguendo le indicazioni ricavabili dalle conclusioni dell'Avvocato generale.

Con l'art. 10 del Real Decreto-ley 8/2019 è stato aggiunto all'art. 34 dello Estatuto de los Trabajadores un nuovo comma 9, a norma del quale l'impresa è obbligata a tenere un registro contenente informazioni sull'inizio e la fine della giornata di lavoro di ciascun lavoratore.

Le modalità attuative di tale obbligo sono stabilite dalla contrattazione collettiva o, in assenza, attraverso decisione del datore di lavoro sentiti i rappresentanti dei lavoratori in azienda. La scelta appare appropriata, viste le profonde differenze organizzative che possono esserci tra imprese diverse. In particolar modo, la valutazione delle parti sociali avrà probabilmente riguardo delle dimensioni dell'unità produttiva in cui la misurazione avviene. Si può immaginare che queste possano optare per un metodo compatibile con i costi sostenibili dall'impresa per l'implementazione del sistema. Resta peraltro possibile che l'idoneità dei metodi di misurazione previsti dalla contrattazione collettiva e implementati dal datore di lavoro venga valutata in sede giudiziaria, anche con riferimento ai canoni di oggettività, affidabilità e accessibilità

identificati dalla Corte stessa.

Infine, è previsto che i registri riportanti la misurazione dell'orario di lavoro giornaliero debbano essere conservati per quattro anni e debbano essere posti a disposizione dei lavoratori, dei loro rappresentanti e delle autorità ispettive. La disposizione sembra particolarmente rilevante al fine di integrare la tutela del lavoratore anche sul piano processuale, in quanto agevola la prova rispetto alle ore effettivamente lavorate. Del resto, il criterio dell'accessibilità è stato identificato dalla Corte quale indice per valutare l'effettività della tutela del lavoratore rispetto alla misurazione dell'orario.

La finalità che il legislatore ha posto in evidenza nella relazione introduttiva del Real decreto è quella di conciliare la flessibilità oraria garantita dalla normativa già in vigore con l'effettività delle norme sulla durata massima della giornata lavorativa e sul lavoro straordinario. È stata peraltro richiamata la sentenza n. 246/2017 del Tribunal Supremo che, pur interpretando la normativa spagnola nel senso che non vi fosse un obbligo di registrazione dell'orario, aveva precisato che, de lege ferenda, sarebbe stato opportuno, anche al fine di garantire al lavoratore una prova più agevole, introdurre tale obbligo⁷.

Le indicazioni della Corte sono quindi state accolte con particolare attenzione.

2.5. L'obbligo di misurazione e la normativa italiana

A quanto consta, il legislatore spagnolo sembra essere stato l'unico ad aver recepito espressamente, tramite provvedimento legislativo, le indicazioni della Corte di Giustizia. È necessario verificare quindi se un obbligo di misurazione dell'orario di lavoro sia già presente nell'ordinamento italiano e, se no, quali potrebbero essere gli ostacoli a una sua eventuale introduzione.

L'art. 5, comma 5 del d.lgs. 66/2003 prevede, con riferimento al solo lavoro straordinario, che questo sia «computato a parte». Per l'orario di lavoro ordinario, la legge nulla dispone.

Se venisse introdotto un obbligo generalizzato di misurazione dell'orario di lavoro nell'ordinamento italiano, bisognerebbe

⁷ Si veda sempre la relazione introduttiva al Real decreto-ley.

necessariamente valutarne l'impatto con riferimento alla disciplina dei controlli a distanza da parte del datore di lavoro⁸.

L'art. 4, comma 1 dello Statuto dei lavoratori prevede infatti che gli strumenti dai quali derivi possibilità di controllo a distanza del lavoratore siano impiegabili solo per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale. Tali strumenti, inoltre, possono essere utilizzati solo previo accordo collettivo aziendale o, in subordine, autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro. Il comma 2 del medesimo articolo esonera da questa disciplina gli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Uno strumento di misurazione dell'orario di lavoro che tenga conto anche delle pause e delle altre vicende interruttrive della prestazione nel corso della giornata potrebbe non rientrare tra gli strumenti contemplati dal comma 2. Difatti, la giurisprudenza di Cassazione⁹ ha affermato in passato che un sistema che permetta di tracciare non solo l'orario di ingresso e di uscita, ma anche le sospensioni, i permessi e le pause, rappresenti un mezzo di controllo a distanza e non un mero mezzo di rilevazione delle presenze. Qualora le imprese propendessero per attuare un'eventuale obbligo di misurazione dell'orario attraverso l'utilizzo di strumenti che possano rientrare tra quelli considerati di controllo a distanza, potrebbe porsi un problema di compatibilità dell'obbligo stesso con l'art. 4, comma 1.

Ulteriore questione rilevante è quella della compatibilità dell'utilizzo di sistemi di misurazione tanto puntuali con le modalità esecutive delle prestazioni di lavoro agile. Difatti, l'art. 19 della l. 81/2017 prevede che il lavoro agile sia organizzato «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» e che la prestazione venga eseguita «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione

⁸ C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *RIDL*, 2019, IV, 703, nt. SIOTTO.

⁹ Cass. 14 luglio 2017, n. 17531; Cass. 21 agosto 2018, n. 20879, in *RIDL*, 2018, 811, nt. ORTIS, per cui «la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura predisposta dal datore di lavoro (nella specie, un badge elettronico) se non concordata con le rappresentanze sindacali, nè autorizzata dall'Ispettorato del lavoro è illegittima ai sensi della L. n. 300 del 1970, art. 4, comma 2, se si risolve in un accertamento sul "quantum" dell'adempimento».

collettiva». Diventerebbe quindi necessario identificare metodi adatti a contemperare la flessibilità garantita da questa disciplina con il rispetto delle limitazioni alla durata massima dell'orario¹⁰. In particolar modo, pare opportuno interrogarsi sulla possibilità di misurare l'orario di lavoro nell'ambito di una prestazione così conformata, soprattutto laddove si consideri che questa avviene spesso (e in via quasi esclusiva, nella fase di applicazione emergenziale che ancora perdura) in luoghi diversi da quello sede dell'impresa.

Le questioni aperte sulle modalità di attuazione degli obblighi eurounitari restano quindi molte.

È auspicabile che il legislatore agisca contemperando le esigenze concrete e gli interessi emersi nell'interpretazione della disciplina operata dalla Corte di Giustizia.

¹⁰ L'orario resta, anche nel lavoro agile, il sistema di misurazione della prestazione: v. CAIROLI S., *Il lavoro agile*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Utet, 2020, 105.

3. Danno esistenziale derivante dall'abuso degli straordinari

*Camilla Martins Dos Santos Benevides, Avvocato in Brasile
e Dottoranda di ricerca nell'Università Sapienza di Roma*

3.1. Introduzione

L'equilibrio tra vita personale e lavoro è una sfida costante all'interno del diritto del lavoro. Sebbene ci siano chiari limiti nella legge brasiliana per quanto riguarda la durata massima degli straordinari, alcuni datori di lavoro insistono nel richiedere ore di lavoro oltre il limite legale. Di fronte allo squilibrio dei poteri esistenti tra dipendenti e datori di lavoro e alla paura di essere licenziati, i lavoratori finiscono per sottoporsi ad una giornata lavorativa estenuante che provoca diversi danni alla salute e alla loro vita personale.

È importante notare che il numero di ore lavorate ha subito un profondo impatto a causa della pandemia COVID-19. Il *lockdown* ha anticipato le tendenze e accelerato i cambiamenti nello svolgimento delle attività nell'ambiente aziendale: riunioni virtuali e lavoro sui social *network* sono solo alcuni esempi di cambiamenti nella routine di molti lavoratori, che rendono difficile separare lavoro e riposo.

Così, anche se lo straordinario viene pagato correttamente, questa modalità di lavoro può comunque causare danni alla vita personale dei lavoratori, poiché impedisce una corretta conciliazione della vita/lavoro come, ad esempio, avere la possibilità di socializzare con gli amici, la famiglia e di eseguire altri progetti legati alla vita privata.

In questo modo, il presente studio presenta riflessioni sull'esistenza del danno non patrimoniale, chiamato danno esistenziale, la cui

applicazione nel diritto del lavoro ha cercato di tutelare l'esistenza dignitosa del lavoratore e il suo pieno sviluppo come individuo, tutelando così la dignità umana e i diritti sociali previsti dalla Costituzione federale brasiliana.

3.2. Le regole generali sull'orario di lavoro in Brasile

La Costituzione federale brasiliana (CF/1988)¹ stabilisce, come regola generale, che l'orario di lavoro non può superare le 8 ore al giorno e le 44 ore alla settimana. La Consolidazione delle Leggi del Lavoro (CLT), una sorta di "codice del diritto del lavoro" in Brasile, stabilisce all'articolo 59, che all'orario giornaliero di 8 ore si possono aggiungere fino a 2 ore di straordinario. In tal modo, il dipendente potrebbe lavorare 10 ore al giorno, fino ad un massimo di 56 ore settimanali.

La retribuzione dello straordinario sarà almeno del 50% (cinquanta per cento) superiore alla normale retribuzione oraria. Il pagamento delle ore supplementari può essere sospeso, in virtù di un contratto o accordo collettivo di lavoro, se le ore eccedenti in un giorno sono compensate con un riposo in un altro giorno, in modo da non superare, nell'arco di un anno, né il totale delle ore di lavoro settimanali previste, né il limite massimo di dieci ore giornaliere².

L'articolo 61 della CLT prevede, inoltre, in caso di urgente necessità imperativa, inevitabile o immediata, non rinviabile per cause di forza maggiore o che, qualora non eseguita, potrebbe causare evidenti perdite alla società, la possibilità di convocare i dipendenti per lo svolgimento della prestazione di servizi supplementari che può essere autorizzata fino ad 12 ore al giorno³. Questo orario di lavoro rientra in una fattispecie particolare, che ha regole proprie.

Esaminando le norme citate unitamente alle regole degli orari di lavoro negli altri ordinamenti giuridici, come, ad esempio, l'Italia, si verifica che è riconosciuto legalmente in Brasile che, dietro la remunerazione di ore supplementari, i lavoratori brasiliani possono essere

¹ Costituzione federale brasiliana (CF/1988). art. 7, inciso XIII.

² Articolo 59 della CLT, co. 1 e 2.

³ Articolo 61 della CLT, co. 1 e 2.

assoggettati ad una giornata lavorativa già faticosa.

Succede che, sebbene il limite degli straordinari sia già abbastanza elastico, c'è una pratica molto ricorrente da parte dei datori di lavoro, di richiedere straordinari al di sopra del limite legale.

Per illustrare la realtà brasiliana si citano due sentenze. La prima⁴, pubblicata dal Tribunale Regionale del Lavoro (TRT) della 3^a Regione in Brasile, che riguarda un autista di autobus che lavorava 16 ore al giorno, tutti i giorni della settimana, senza giorno libero. La seconda⁵, pubblicata dal TRT della 4^a Regione in Brasile, si riferisce ad un camionista che lavorava facendo viaggi nazionali a lunga percorrenza, dalle ore 4:00 alle ore 21:00.

In entrambe le decisioni sopra citate è stata riconosciuta l'esistenza di un danno esistenziale, secondo le regole dell'ordinamento giuridico brasiliano che saranno presentate nei punti successivi.

3.3. Gli effetti del mancato rispetto del limite delle ore previste per lo straordinario

La limitazione dell'orario di lavoro, la tutela della salute dell'individuo nel triplice aspetto (fisico-mentale-sociale) e la sua dignità, sono diritti umani stabiliti dalla Costituzione federale brasiliana, e il mancato rispetto degli straordinari produce effetti sui diversi rami dell'ordinamento giuridico.

Il primo effetto derivante dall'abuso dello straordinario è materiale e concerne il pagamento integrale delle ore con le maggiorazioni retributive sottolineando che, queste ore lavorate oltre il limite legale, non possono essere compensate con un riposo.

Il secondo è amministrativo con l'imposizione di una sanzione⁶ da parte dalla procura del lavoro, il cui importo dovrà essere versato alle casse pubbliche brasiliane.

Questa situazione può determinare inoltre effetti anche sul piano

⁴ TRT 3^a Regione (Brasile). 24 maggio 2016. Procedura 0024276-04.2013.5.24.008. Codice di Identificazione: Id f2a9d7d. Giudice A. RODRIGUES PINTO JUNIOR.

⁵ TRT 4^a Regione (Brasile). 17 ottobre 2018. Procedura 0021081-95.2016.5.04.0005. Codice di Identificazione: Id fcf37f7. Giudice B. CHARÃO BARCELOS TOSCHI.

⁶ Le sanzioni amministrative sono variabili, secondo i criteri stabiliti nell'ordinanza n. 290 del 11/04/1997, pubblicata dal Ministero del Lavoro Brasiliano.

penale. Questo perché, l'articolo 149 del Codice penale brasiliano, annovera la sottoposizione del lavoratore a orari di lavoro eccessivi nella fattispecie della schiavitù.

Infine, ci sono gli effetti concernenti il diritto civile. La faticosa giornata lavorativa si configura come danno esistenziale, con conseguente risarcimento degli effetti nocivi riscontrati nella vita sociale e sulla salute del lavoratore.

3.4. La normativa sul danno non patrimoniale in Brasile

Il Brasile ha importato dal diritto italiano la teoria del danno esistenziale quale danno non patrimoniale, distinto dal danno morale, e in grado di giustificare una richiesta di risarcimento⁷.

La decisione della Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 500, del 22 luglio 1999⁸, viene segnalata dalla Magistratura come prova di riconoscimento di nuova tendenza dottrinale, in quanto ha ammesso la richiesta di risarcimento danni basata unicamente sull'ingiustizia del danno e la lesione degli interessi legittimi. In un secondo momento, considerato di maggiore rilevanza, la stessa Corte di Cassazione ha emesso la sentenza 7.713, del 07 giugno 2000⁹, riconoscendo espressamente il danno esistenziale.

Tale fattispecie ha gradualmente suscitato l'interesse della dottrina e della giurisprudenza brasiliana sia in ambito civile che lavorativo sottolineando che, le cause di lavoro in Brasile, sono giudicate da tribunali specializzati chiamati "Giustizia del lavoro".

In Brasile la responsabilità civile includeva, a partire dal Codice civile del 1916, solo i danni materiali, che potevano comportare il danno emergente e il lucro cessante¹⁰. Fino all'avvento della Costituzione Brasiliana del 1988, il risarcimento dei danni non patrimoniali veniva riconosciuto in via eccezionale. L'ammissione di

⁷ I. MARCELINA BERNARDI LORA, *O Dano Existencial no Direito do Trabalho*, Riv. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v.2 – n.22 Settembre 2013, 10 ss.

⁸ Cass., S.U. 22 luglio 1999, n. 500.

⁹ Cass., 07 giugno 2000, n. 7713.

¹⁰ C. BRANDÃO, *O dano moral e sua breve história desde o antigo Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/1916)*, Riv. Jus Navigandi, ano 14, n. 2356, 13 dez. 2009.

danni non patrimoniali è nata, in linea di massima, con la Costituzione del 1988 ma con il nome di danno morale¹¹.

Progressivamente, in Brasile e nel mondo, è cresciuto il riconoscimento e la valorizzazione dell'essere umano in quanto tale e ciò ha portato ad un maggiore interesse verso la tutela dei danni non patrimoniali e la conseguente espansione della relativa protezione. L'ordinamento ha iniziato a contemplare non solo i danni morali, ma anche i danni non patrimoniali o che includono, tra gli altri, il diritto all'integrità fisica, all'estetica, alla convivenza civile e alle relazioni tra le persone¹². Il nuovo paradigma di indennizzo è diventato ampio ed aperto, una fattispecie di cui il danno morale è una sub-specie¹³.

Questo progresso si è rafforzato ulteriormente dopo l'approvazione del Codice civile brasiliano del 2002, che ha introdotto gli articoli 186¹⁴ e 927¹⁵, che regolano apertamente la disciplina delle indennità conseguenti i danni e non più solo i danni morali.

Per quanto riguarda gli elementi che definiscono il danno esistenziale nel diritto del lavoro brasiliano, oltre agli elementi tipici previsti dagli articoli 186 e 927 del Codice civile (ossia l'esistenza di un atto illegale e nesso causale tra condotta e danno), la dottrina¹⁶ riconosce altri due elementi: a) danno al progetto di vita; e b) danno della vita in società.

Il primo danno è relativo all'impossibilità dell'individuo di costruire la propria autorealizzazione integrale, cioè quando rimane incapace di esercitare la sua libertà di scelta per dare concretezza, nel contesto spazio-temporale in cui è inserito, agli obiettivi che danno

¹¹ Costituzione federale brasiliana (CF/1988). art. 5, inciso V.

¹² I. MARCELINA BERNARDI LORA, *O Dano Existencial no Direito do Trabalho*, Riv. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 2 – n.22 Settembre 2013, 19 ss.

¹³ F. SOARES, *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*, Livraria do Advogado Editora Ltda, 2009, 40.

¹⁴ Codice civile brasiliano. Articolo 186: «Chiunque che, per azione, omissione volontaria, negligenza o incoscienza, viola la legge e arreca ad altri un danno, anche esclusivamente morale, commette un atto illecito».

¹⁵ Codice civile brasiliano. Articolo 186: «Art. 927. Chiunque, con un atto illecito (art. 186 e 187), rechi danno ad altri, è tenuto a ripararlo»

¹⁶ H. ALVES DA FROTA, *Noções fundamentais sobre o dano existencial*, Riv. Ciência jurídica, v. 24, 2010, 275.

senso alla tua esistenza¹⁷. Quanto alla vita in società, il danno resta caratterizzato, nella sua essenza, da reati fisici o psichici che impediscono a qualcuno di godere in tutto o in parte dei piaceri offerti per le varie forme di attività ricreative ed extra-lavorative come la pratica di sport, turismo, pesca, immersioni, cinema, teatro, associazioni ricreative¹⁸.

Secondo l'interpretazione della giurisprudenza brasiliana¹⁹, non si presume un danno esistenziale. Affinché ci sia il riconoscimento del danno non è sufficiente dimostrare l'esistenza delle ore di straordinario svolte oltre il limite, ma occorre provare che quelle ore hanno determinato un pregiudizio al progetto di vita del lavoratore.

Tale interpretazione rende difficile condannare i danni esistenziali perché essi possono essere enormemente soggettivi in quanto ogni lavoratore ha i propri progetti di vita e dimostrare l'esistenza di questi progetti e la loro conseguente violazione, si è rivelata una vera sfida in alcune richieste giudiziarie. Considerando che la fissazione del limite di straordinario mira a tutelare la salute fisica e psicologica del lavoratore e che in Brasile tale limite è abbastanza elastico, sarebbe più adeguata la configurazione del danno *in re ipsa*, cioè legato all'esistenza stessa del fatto illecito, assumendo che il danno è derivante dallo straordinario operato spesso oltre il limite legale.

È interessante notare come la dottrina e la giurisprudenza²⁰ brasiliane sono concordi nel considerare il danno esistenziale quale fattispecie autonoma. È, quindi, possibile accumulare indennità sia

¹⁷ H. ALVES DA FROTA, cit., 276

¹⁸ A. ALMEIDA NETO, *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*, Riv. dos Tribunais, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, 52.

¹⁹ Tribunale Superiore del Lavoro Brasiliano (TST). 18 novembre 2020. Procedura: 10945-63.2016.5.15.0092. Giudice: Dora Maria da Costa. Massime della sentenza: «APELO. INDENNIZZO PER DANNI ESISTENZIALI. LAVORO ESTESO. Il lavoro prolungato mediante l'erogazione degli straordinari, di per sé, non dà luogo all'indennità richiesta quando non è stata dimostrata l'effettiva impossibilità di convivenza familiare e sociale, nella procedura. Infatti, sebbene il quadro fattuale descritto dalla Corte "a quo" dimostri che c'è stato un eccesso di lavoro superiore al permissivo legale, non mostra, d'altro canto, che un tale lavoro abbia di fatto compromesso le relazioni sociali del lavoratore o il suo progetto di vita, fatto costitutivo del diritto al danno esistenziale perseguito».

²⁰ TRT 3ª Regione (Brasile). 01 maggio 2021. Procedura 0010480-35.2019.5.03.0043. Codice di Identificazione: Id b1ff22d. Giudice J. VIGNOLI CORDEIRO.

per il danno morale che esistenziale. Il danno morale è connesso all'angoscia, al dolore e all'umiliazione vissuti dal lavoratore mentre il danno esistenziale è legato all'impedimento, per la vittima, nel perseguire i suoi progetti professionali e personali stabiliti in precedenza.

3.5. Conclusioni

Il lavoro straordinario oltre il limite legale ha diversi effetti legali in Brasile, inclusa la possibilità di configurare danni non patrimoniali.

Come dimostrato in questo studio, l'applicazione della teoria del danno esistenziale si è sviluppata negli anni in Brasile, principalmente nel diritto del lavoro, fungendo da fondamento per garantire il principio costituzionale della dignità umana.

Al fine di dare applicabilità ai precetti costituzionali citati, il danno esistenziale è stato richiamato in cause relative ad un orario di lavoro eccessivamente faticoso. Sebbene una parte dei lavoratori abbia avuto difficoltà a dimostrare gli elementi che compongono il danno esistenziale, vista la loro soggettività, il tema è stato affrontato in modo interessante dalla giurisprudenza brasiliana. Le sentenze che hanno riconosciuto i danni non solo hanno avuto un profilo indennitario, ma anche pedagogico. Si è voluto "educare" il datore di lavoro in modo da eliminare la pratica dannosa dell'adozione di una giornata esaustiva e incoraggiare, al contrario, il rispetto del diritto del lavoratore per una vita dignitosa in cui lavoro e vita personale siano in equilibrio.

Insomma, sebbene comprenda che c'è una necessità di maggiore evoluzione nell'applicazione della teoria del danno esistenziale nel diritto del lavoro brasiliano, questo tipo di indennità si è già dimostrato utile ed efficace nella costante lotta per il rispetto degli standard di lavoro brasiliani.

4. Organizzazione dell'orario di lavoro e tutela della salute e sicurezza del lavoratore

Alessio Giuliani, Dottorando nell'Università Sapienza di Roma

4.1. Punti di contatto tra le discipline normative in tema di orario e di sicurezza sul lavoro

Prendere in esame i nessi tra il sistema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro e disposizioni in tema di orario di lavoro significa partire da una premessa di fondo, al netto della significativa delega legislativa alla contrattazione collettiva che si riscontra anche in questo ambito¹.

Da un lato, come ricorda una recente pronuncia della Corte di giustizia UE dello scorso 9 marzo², l'obiettivo preponderante della Direttiva 03/88/CE è l'armonizzazione delle disposizioni nazionali riguardanti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, mirando ad un miglioramento della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

D'altra parte lo stesso d.lgs. 66/2003³ recepisce la Direttiva

¹ Cfr. S. BELLOMO, *Commento agli articoli 2107, 2108 e 2109 c.c.*, in *Diritto del lavoro – La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, a cura di G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, Giuffrè, 2017, 981 ss., il quale rimarca che «attraverso la tecnica del rinvio autorizzativo (...) la scelta ed il “dosaggio” dei diversi strumenti di flessibilità dell'orario viene affidato alla sensibilità ed alla capacità negoziale delle parti sociali»; A. MARESCA, *Contratto collettivo e lex superveniens: brevi considerazioni su innovazione legislativa e apporti dell'autonomia sindacale*, in *Orari e tempi di lavoro: le nuove regole*, AA.VV., NGL, 2005, 41 ss., che pone in evidenza «la legittimazione, direttamente riconosciuta dal legislatore, (anche) al contratto aziendale a disciplinare aspetti centrali del rapporto di lavoro». Nello stesso senso, del resto, anche la circ. min. lavoro 8/2005.

² Corte giust. 9 marzo 2021, C-580/19, *RJ contro Stadt Offenbach am Main*.

³ Che, come noto, attraverso la norma di chiusura di cui all'art. 19, co. 2, abroga le

93/104/CE che, di per sé, non disciplina compiutamente tutti gli aspetti relativi all'orario di lavoro. Essa – in primo luogo – «prende in esame i principali profili di salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori»⁴. Proprio perché tale Direttiva condivide il campo di applicazione di una disposizione normativa europea che è stata un punto di riferimento sul versante della sicurezza: la Direttiva 89/391/CEE⁵.

In altri termini, volendo sintetizzare, la tutela della sicurezza sul lavoro è, al tempo stesso, fondamento e obiettivo della disciplina dell'orario di lavoro.

Ciò posto, è interessante notare che la stessa circ. min. lavoro 8/2005, contenente chiarimenti rilevanti sul d.lgs. 66/2003, delinea più punti di contatto tra i due ambiti normativi.

Anzitutto, circa la durata massima dell'orario di lavoro, viene previsto un sistema di limiti "flessibili" alla durata dell'attività lavorativa, tali da tutelare la salute e sicurezza dei lavoratori⁶. Sia facendo godere periodi minimi di riposo, sia periodi di pausa adeguati, sia prevedendo un limite massimo per la durata settimanale del lavoro.

Relativamente ai riposi settimanali, la stessa possibilità di deroga alla disposizione che prevede la cadenza del riposo ogni sette giorni (art. 9, co. 2, lett. a-d, del d.lgs. 66/2003), non solo è condizionata alla sussistenza di interessi aziendali apprezzabili, ma trova un significativo temperamento nella necessità, più volte affermata in giurisprudenza, che venga rispettato un generale principio di

disposizioni normative anteriori e rappresenta il *corpus* di riferimento in tema di orario di lavoro e dei riposi. Sul punto v., *ex plurimis*, M. TIRABOSCHI - A. RUSSO, *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/CE*, GLav, 2003, 17, 10 ss.; V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, CSDLE, It, n. 40/2006; P. ICHINO - L. VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁴ Come ricordato dal Prof. S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. S. PASSARELLI, UTET, 2017, 1033 ss.

⁵ Recante principi che rilevano anche in tema di ritmi di lavoro, orario settimanale, lavoro notturno, riposi e pause giornaliere, riposo settimanale e ferie annuali.

⁶ Nello specifico «di consentire una più attuale distribuzione dei tempi di vita e di lavoro e di garantire eque condizioni di concorrenza tra le imprese, nel mercato comunitario».

ragionevolezza⁷, declinato proprio in una prospettiva di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

Le stesse deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno e durata massima settimanale, *ex art.* 17 del d.lgs. 66/2003, vengono dal legislatore riconosciute «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori». Ed anche per esse vale il già citato criterio della ragionevolezza, quale limite alla estensione temporale della prestazione di lavoro. In particolare, rilevano le eccezioni di cui al comma 5, vale a dire «a) dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; d) di prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di tele-lavoro». Quanto la fattispecie del personale dirigenziale, è utile richiamare l'ampia formulazione fornita dal Ministero del Lavoro nella stessa circ. min. lavoro 8/2005, in essa rientrano «nuove figure professionali che, sebbene prive di potere gerarchico, conservano, nel disimpegno delle loro attribuzioni, ampia possibilità di iniziativa, di discrezionalità e di determinazione autonoma sul proprio tempo di lavoro».

Resta ferma l'applicazione delle regole in materia di riposo settimanale e limitazioni al lavoro notturno, mentre sono esclusi dall'ambito di applicazione delle regole descritte la gente di mare, il personale di volo nell'aviazione civile, i lavoratori mobili, il personale della scuola, il personale delle Forze di polizia e gli addetti ai servizi di vigilanza privata, nei limiti stabiliti dalla legge.

4.2. L'attenzione rivolta al lavoro notturno

E proprio il lavoro notturno occupa una posizione di rilievo in

⁷ Come ricordato in modo incisivo, *ex multis*, dalla Cass. 20 giugno 2016, n. 12687, *D&G*, 2016, 35, nt. SCOFFERI. Pronuncia interessante perché stabilisce che ai quadri (nonostante siano esclusi dalla disciplina limitativa dell'orario di lavoro, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. 66/2003) devono essere riconosciute le differenze retributive per compensi da lavoro straordinario e l'indennità di ferie non godute (con incidenza sul tfr) qualora la durata della prestazione oltrepassi il limite di ragionevolezza in rapporto alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Parimenti laddove la disciplina collettiva delimita anche per essi l'orario normale e tale orario venga in concreto superato.

questo ambito di trattazione, in quanto costituisce uno dei profili maggiormente correlati all'istanza di tutela della salute del lavoratore.

In linea generale, l'attività lavorativa notturna⁸ va considerata un "rischio trasversale", ovvero si colloca tra i rischi derivanti dall'organizzazione del lavoro e che possono essere limitati modificando la pianificazione del lavoro stesso, mediante una rotazione progressiva dei turni di lavoro, limitando le variazioni tra turni e garantendo periodi di riposo compensativo tali da consentire il recupero delle energie psico-fisiche⁹.

Pertanto, *ex* articoli 14 e 15 del d.lgs. 66/2003, particolare rilievo assume la valutazione dello stato di salute dei lavoratori notturni. Nello specifico a cura e a spese del datore di lavoro, o avvalendosi di strutture sanitarie pubbliche o del medico competente, è tenuto ad effettuare controlli preventivi e periodici, a cadenza quantomeno biennale, al fine di verificare l'assenza di controindicazioni al lavoro notturno a cui sono adibiti i lavoratori stessi.

⁸ Mentre la nozione di "periodo notturno" si ricava dall'art. 1, co. 2, lett. d, del d.lgs. 66/2003, («periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino»), la successiva lett. e identifica come "lavoratore notturno" il soggetto svolga la propria attività lavorativa durante il periodo notturno per almeno 3 ore, oppure una parte del suo orario di lavoro secondo le norme definite dai contratti collettivi nazionali o aziendali. Qualora non trovi applicazione la disciplina collettiva, è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga per almeno 3 ore lavoro notturno per un minimo di 80 giorni lavorativi all'anno. Il suddetto limite minimo va riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale.

Il Ministero del Lavoro, per mezzo della risposta ad interpello n. 388 del 12/4/2005, ha chiarito che tali requisiti devono essere considerati come alternativi, vale a dire che è sufficiente che solo uno di essi sia presente affinché il lavoratore debba essere assoggettato alla particolare disciplina prevista per il lavoratori notturni.

⁹ Con riferimento alla lavoratrice tenuta all'osservanza di turni di lavoro articolati in modo tale che l'attività di lavoro è svolta (anche parzialmente) in orario notturno, è significativa la pronuncia della Corte giust., 6 settembre 2018, C-41/17, poiché stabilisce che tale fattispecie rientra nel campo di applicazione della Direttiva 92/85/CEE, ossia delle disposizioni tese al miglioramento della sicurezza delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento. A loro volta adottate ai sensi della Direttiva 89/391/CEE.

Inoltre Corte ha precisato che la mancata o inadeguata valutazione dei rischi specifici da parte del datore di lavoro integra un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità, e pertanto costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

D'altra parte, durante il lavoro notturno il datore di lavoro deve garantire, previa informativa alle rappresentanze sindacali, un adeguato livello di prevenzione e protezione¹⁰ e deve disporre appropriate misure di protezione personale e collettiva laddove possano riscontrarsi rischi particolari. Anche qui alla contrattazione collettiva è demandata la previsione di misure di prevenzione *ad hoc* per particolari categorie di lavoratori.

Qualora sopraggiungano condizioni di salute che comportino l'inidoneità alla prestazione di lavoro notturno, accertata dal medico competente o dalle strutture sanitarie pubbliche, il lavoratore verrà assegnato al lavoro diurno, ovvero ad altre mansioni equivalenti, se esistenti e disponibili. La contrattazione collettiva definisce le modalità applicative e individua le soluzioni nel caso in cui tale assegnazione non risulti praticabile.

4.3. Il Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure anticontagio da Covid-19

Nella fase emergenziale tuttora in atto, l'istituto dell'orario di lavoro e della gestione dei tempi di lavoro in azienda viene adottato, quale misura primaria di prevenzione, anche dal Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro¹¹.

Nello specifico, sul piano dell'organizzazione del sistema di prevenzione e protezione in azienda, molti sono i passaggi del Protocollo (soprattutto nella versione aggiornata il 6 aprile 2021) in cui si sottolinea l'importanza del ricorso al lavoro agile, del quale le Parti ritengono opportuno venga garantito «il massimo utilizzo da parte delle imprese (...) per le attività che possono essere svolte dal proprio domicilio o in modalità a distanza».

Il ricorso agli istituti connessi alla gestione dei tempi di lavoro in

¹⁰ Equivalente a quello previsto per il turno diurno.

¹¹ Sottoscritto dalle Parti sociali il 14 marzo 2020, integrato il 24 aprile 2020 e, da ultimo, aggiornato il 6 aprile 2021. A sua volta recepito dalla decretazione d'urgenza, a partire dall'art. 1, co. 14, del d.l. 33/2020 e dall'art. 2, del d.p.c.m. 11 giugno 2020.

azienda viene dalle Parti inteso proprio come modalità organizzativa per ridurre o limitare quanto più possibile il rischio da contagio¹². In particolare, nel capitolo del Protocollo dedicato all'organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e lavoro agile, e dal remoto, rimodulazione dei livelli produttivi) è previsto che le imprese, anche nel dialogo con le organizzazioni sindacali¹³ possano assicurare un piano di turnazione dei dipendenti dedicati alla produzione, al fine di diminuire al massimo i contatti e di creare gruppi autonomi, distinti e riconoscibili. È altresì previsto che l'articolazione del lavoro possa essere ridefinita con orari differenziati che favoriscano il distanziamento sociale, riducendo il numero di presenze contemporanee e prevenendo assembramenti all'ingresso e all'uscita con flessibilità di orario. Che siano favoriti orari di ingresso e di uscita scaglionati in modo da evitare contatti nelle zone comuni¹⁴.

Anche nel ricorso agli ammortizzatori sociali, messi in atto in modo straordinario dalla decretazione emergenziale, viene prevista la possibilità di un utilizzo mediante opportune rotazioni del personale, nel rispetto anche «degli istituti contrattuali (par, rol, banca ore) generalmente finalizzati a consentire l'astensione dal lavoro senza perdita della retribuzione», incentivando, ove possibile, anche i periodi di ferie arretrati e non ancora fruiti.

Sarà interessante analizzare come le disposizioni normative e, di riflesso, le stesse organizzazioni aziendali si evolveranno una volta che si sarà superata la fase emergenziale, legata alla pandemia. A riguardo, si può già ravvisare un cambio di paradigma, in quanto lo stesso Protocollo sottolinea come il lavoro agile o da remoto continua ad essere favorito, anche nella fase di progressiva ripresa delle attività, quale utile e modulabile strumento di prevenzione. Ferma

¹² Parte della dottrina getta una luce sulla difficoltà di coordinamento tra l. 81/2017 e d.lgs. 66/2003. Derivante dalla circostanza che, come noto, il d.lgs. 66/2003 delinea soltanto la nozione di orario di lavoro massimo settimanale con riferimento ad un lasso di tempo piuttosto esteso, e non entrambi i «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» cui fa riferimento l'art. 18 della l. 81/2017. Per un approfondimento sul punto, cfr. A. FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, ESI, 2012, 23 ss.

¹³ Laddove si prevede che le aziende, avendo a riferimento quanto previsto dai ccnl, potranno favorire intese con le rappresentanze sindacali aziendali.

¹⁴ A titolo esemplificativo, il Protocollo indica ingressi, sale mensa e spogliatoi.

restando la necessità che il datore di lavoro garantisca adeguate condizioni di supporto al lavoratore e alla sua attività, garanzie che si sostanziano oltre che nell'assistenza al corretto utilizzo delle apparecchiature, anche – più in generale – nella modulazione dei tempi di lavoro e delle pause.

5. L'attività di vigilanza sul rispetto dell'orario di lavoro¹

*Ornella Manfredi, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma,
Funzionario dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle
politiche sociali*

5.1. Le verifiche ispettive sull'orario di lavoro

L'attività di vigilanza volta a verificare il rispetto dell'orario di lavoro da parte di una impresa da ispezionare è caratterizzata dall'esame degli archivi d'ufficio al fine di individuare eventuali precedenti ispettivi e sanzionatori e dall'individuazione della contrattazione collettiva (anche territoriale o aziendale) applicata.

In sede di accesso ispettivo la verifica si concretizza fondamentalmente nell'acquisizione delle dichiarazioni dei lavoratori trovati intenti al lavoro e nell'esame della documentazione aziendale. Il personale ispettivo ascolta i lavoratori circa lo svolgimento delle prestazioni di lavoro nell'ambito dell'orario giornaliero, settimanale, mensile, periodico e annuale; sarà specificamente richiesto quale sia l'orario di lavoro normalmente svolto e in base a quali fasce orarie giornaliere e settimanali, come vengano comunicate le variazioni dell'orario di lavoro, se esiste e in che modo viene attuata una turnazione, se viene effettuato lavoro straordinario, l'articolazione multiperiodale dell'orario, con specifico riferimento a periodi di inattività o di minore orario settimanale e/o giornaliero,

¹ Il presente lavoro è frutto esclusivo del pensiero del suo autore e non impegna il Ministero del lavoro e delle Politiche sociali quale Amministrazione di appartenenza.

l'articolazione delle pause, se venga effettuato lavoro notturno e da chi, se vengano effettuate le visite mediche per i lavoratori notturni, se vengono concesse e fruito le ferie e quanti e quali riposi giornalieri e settimanali vengano effettivamente goduti.

Fondamentale nell'indagine ispettiva è l'esame della documentazione obbligatoria di lavoro ed in particolare, in materia di orario di lavoro, assume rilevanza il controllo del libro unico del lavoro (di seguito LUL), di cui all'art. 39 del d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008. Viene verificato il calendario delle presenze con riguardo all'indicazione dei nominativi dei lavoratori e delle ore lavorate di ciascun giorno, nonché l'evidenziazione separata delle ore di lavoro ordinarie e straordinarie e dei motivi delle assenze; attenzione sarà posta, inoltre, sulla registrazione dei riposi settimanali e delle ferie, sulle ore lavorate in regime di turnazione e in notturno, sulle pause e sui riposi compensativi concessi in ragione del lavoro straordinario espletato. Con riferimento ai dati retributivi del LUL, saranno verificate le ore retribuite.

Altrettanto decisivo per l'organo di vigilanza è quanto constatato de visu, con riferimento all'attività svolta in concreto dai lavoratori trovati intenti al lavoro, ai materiali e attrezzature utilizzate, agli abiti di lavoro indossati, elementi questi che, unitamente all'attento esame delle dichiarazioni dei lavoratori acquisite in sede di accesso ispettivo conducono l'ispettore a formarsi un proprio convincimento in ordine alla natura giuridica dei rapporti di lavoro verificati.

Oggetto della verifica ispettiva è anche l'esame dei contratti di lavoro individuali relativamente all'orario di lavoro previsto valutando il rispetto delle disposizioni normative imposte dalla contrattazione collettiva applicata.

Tutta l'attività di indagine ispettiva viene riportata nel verbale di accesso che costituisce il primo atto della procedura ispettiva e viene rilasciato al datore di lavoro o alla persona presente all'ispezione, con l'obbligo della tempestiva consegna al datore di lavoro.

L'ispettore, dunque, al fine di definire l'accertamento esamina i dati registrati sul LUL e sui contratti di lavoro e li incrocia con le informazioni acquisite dalle dichiarazioni dei lavoratori sentiti.

All'esito di tali verifiche, ove emergano violazioni di natura amministrativa sul mancato rispetto delle norme vigenti in materia di orario di lavoro, i funzionari ispettivi rilevano le dette inosservanze,

procedendo, secondo le specificità proprie delle diverse fattispecie di violazione, a contestare/notificare al trasgressore ai sensi dell'art. 14, l. 24 novembre 1981, n. 689 il verbale unico di accertamento e notificazione degli illeciti², e contestualmente a diffidare il datore di lavoro ad adempiere e regolarizzare³, laddove consentito, come nel caso della mancata corresponsione delle maggiorazioni previste per il lavoro straordinario o per il lavoro festivo.

Nel caso in cui l'ispettore accerti la commissione di illeciti di natura penale, contesta con la prescrizione obbligatoria (art. 15, d.lgs. n. 124/2004) la commissione di un reato contravvenzionale e procede a trasmettere l'informativa della notizia di reato all'Autorità giudiziaria (art. 347 c.p.p.).

5.2. Il sistema sanzionatorio: le maggiorazioni in tema di violazioni amministrative e nuova ipotesi di recidiva specifica

Il sistema sanzionatorio nella materia dell'orario di lavoro è previsto dall'art. 18-bis del d.lgs. n. 66/2003. Tale articolo ha subito numerosi interventi di modifica legislativa, tra cui quello attuato dall'art. 7, comma 1, legge n. 183/2010 (cd. "Collegato lavoro"), che non incide in alcun modo sulla disciplina sostanziale in materia, bensì, e soltanto, sul sistema sanzionatorio, diversificando gli importi minimi e massimi delle sanzioni pecuniarie, attraverso l'aumento degli importi edittali minimi (tendenzialmente triplicati) e massimi (tendenzialmente raddoppiati), in ragione della soglia di lavoratori coinvolti ovvero dell'arco temporale multiperiodale attraverso l'estensione anche in sede sanzionatoria degli indici rivelatori dell'osservanza delle prescrizioni sull'orario di lavoro calcolato come media su un determinato arco temporale a cui si riferisce la violazione⁴.

² Cfr. per maggiori dettagli la Circ. dell'INL n. 41 del 9 dicembre 2010 che detta istruzioni in ordine all'intervenuta proceduralizzazione dell'attività ispettiva.

³ Per la diffida ad adempiere v. l'art. 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124

⁴ G. LUCCHETTI, *Le disposizioni in materia di orario di lavoro*, *Giur. It.*, 2011, 12 (dottrina). Sul potenziamento della multiperiodalità v. A. VALLEBONA, *Istituzioni*, Torino, 2007, 266, secondo cui la multiperiodalità «costituisce un forte fattore di flessibilità dell'organizzazione del lavoro, consentendo di adeguare l'intensità della produzione al variare delle commesse o delle richieste degli

Successivamente l'art.14 del d.l. 23/12/2013, n. 145, conv. in l. n. 9/2014, ha modificato ancora una volta l'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66/2003 in merito ad alcune sanzioni in materia di orario di lavoro, decuplicando gli importi delle sanzioni pecuniarie amministrative di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66/2003 ed in particolare le fattispecie di illecito attinenti al superamento dei limiti massimi di durata della prestazione lavorativa settimanale (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 66/2003), al mancato riposo giornaliero (art. 7, co.1, d.lgs. n. 66/2003) e al mancato riposo settimanale (art. 9, co 1, d.lgs. n. 66/2003). In tale contesto è rimasta esclusa dall'incremento della sanzione la mancata e la non tempestiva fruizione delle ferie (art. 10, co.1, d.lgs. n. 66/2003)⁵.

Di recente è intervenuta la legge di bilancio 2019,⁶ che ha incrementato del 20% le sanzioni relative ad alcune infrazioni in materia di orario di lavoro, ritenute meritevoli di una più pregnante tutela in quanto poste a garanzia della salute e dell'incolumità dei lavoratori, tant'è che per tali violazioni il legislatore non ha ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta. Gli illeciti interessati dall'inasprimento sanzionatorio sono⁷: il superamento del limite della durata massima dell'orario di lavoro, intesa come media di 48 ore settimanali, compreso lo straordinario nel periodo di riferimento, che è massimo di 4 mesi, periodo derogabile a 6 o 12 dalla contrattazione collettiva (sanzione da € 240 a €1800); il mancato rispetto del diritto del lavoratore al riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore (sanzione da €120 a € 360); il mancato rispetto del diritto del lavoratore al riposo settimanale di almeno 24 ore consecutive, di regola coincidente con la domenica, ogni 7 giorni, da cumulare alle 11 ore di riposo giornaliero (sanzione da € 240 a €1800); il mancato rispetto del diritto del lavoratore a fruire di un periodo annuale minimo di ferie retribuite (sanzione da €120 a €720).

Per tutte le violazioni in parola la struttura sanzionatoria amministrativa è articolata "per soglia": la sanzione aumenta in relazione

utenti».

⁵ P. RAUSEI, *Novità per sanzioni e ispezioni su lavoro sommerso, orario settimanale e riposi*, DRI, fasc.1, 2014, 243

⁶ L. 30/12/2018, n. 145, art. 1, co. 445, lett. d.

⁷ Al riguardo si segnala la circ. INL n. 2 del 14 gennaio 2019 e la successiva nota integrativa n. 1148 del 5 febbraio 2019.

al parametro oggettivo di riferimento che è il numero dei lavoratori coinvolti, più di 5 o più di 10 lavoratori e la diversa durata delle violazioni, la sanzione aumenta a seconda che le violazioni si verificano in almeno 3 o almeno 5 periodi di riferimento per tutti gli illeciti, in almeno due o quattro anni⁸ per il solo mancato rispetto delle ferie.

Con la legge di bilancio 2019⁹, è stata introdotta una nuova ipotesi di recidiva specifica, che prevede il raddoppio delle maggiorazioni delle sanzioni per violazione delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale, se nei tre anni precedenti il datore di lavoro sia stato destinatario di sanzioni amministrative o penali per i medesimi illeciti. La *ratio* dell'aumento delle sanzioni per i datori di lavoro recidivi è da rinvenire nell'esigenza del legislatore di reprimere le condotte lesive della dignità dei lavoratori, non solo con particolare riferimento ai fenomeni del lavoro sommerso, dell'interposizione, del distacco transnazionale, ma anche, per quel che qui interessa, alle infrazioni in materia di orario di lavoro, riposo settimanale e/o giornaliero e di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Per quanto attiene all'ipotesi specifica di recidiva sono intervenuti i chiarimenti dell'Ispettorato nazionale del lavoro¹⁰. Per reiterazione dei "medesimi illeciti", deve intendersi l'ulteriore violazione dello stesso precetto, già trasgredito nel precedente triennio; per "datore di lavoro" destinatario delle maggiorazioni raddoppiate, va inteso il soggetto che, nell'ambito della medesima impresa, ha rivestito la qualità di trasgressore (in caso di violazioni amministrative) ovvero di "datore di lavoro" in caso di violazioni punite dal t.u. sicurezza sul lavoro¹¹. Secondo quanto previsto dall'art. 8-*bis* della l. n. 689/81¹², la

⁸ In tal senso P. RAUSEI - A. RUSSO, *Le modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro, La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010 (cd. Collegato lavoro)* a cura di G. PROIA - M. TIRABOSCHI, Milano, 2011, 447. Gli autori evidenziano come la nuova disciplina sanzionatoria introdotta dal "Collegato lavoro" abbia individuato nel numero dei lavoratori coinvolti e nella diversa durata delle violazioni i «parametri per scalettare le fattispecie di illecito con criteri obiettivi di proporzionalità progressiva, garantendo una coerenza interna all'intero sistema sanzionatorio».

⁹ l. 30/12/2018, n. 145, art. 1, comma 445, lett. e.

¹⁰ V. la circ. INL n. 2 del 14 gennaio 2019 cit. e la successiva nota integrativa n. 1148 del 5 febbraio 2019.

¹¹ V. art. 2, co.1, lett. b, d.lgs. n. 81/2008.

¹² Si riporta il testo dell'art. 8- bis, comma 6, della l. 689/81 "Gli effetti conseguenti

recidiva andrà applicata soltanto in presenza di illeciti definitivamente accertati (es. ordinanza d'ingiunzione pagata ovvero non opposta, sentenza passata in giudicato) con esclusione, pertanto, degli illeciti eventualmente estinti in via amministrativa (es. pagamento in misura ridotta, a seguito di diffida o di prescrizione obbligatoria). Gli illeciti pregressi da considerare ai fini dell'applicazione della recidiva sono anche quelli commessi prima dell'1/1/2019 (data di entrata in vigore della novella).

5.3. Reati contravvenzionali per violazioni penali in materia di orario di lavoro

Tra le condotte del datore di lavoro che integrano un illecito di natura penale, di particolare rilievo è la violazione del divieto di adibire al lavoro notturno le lavoratrici madri, dall'inizio della gravidanza fino ad un anno di età del figlio (art. 11, co. 2, d.lgs. 66/2003). A questi fini per lavoro notturno si intende quello prestato dalla mezzanotte alle ore sei del mattino. La pena prevista è quella dell'arresto da 2 a 4 mesi o dell'ammenda da € 516 a € 2582. La stessa pena è prevista per avere adibito al lavoro notturno, nonostante il loro espresso dissenso, alcune particolari categorie di lavoratori individuate dalla norma¹³. La disposizione è derogabile da parte della contrattazione collettiva.

Il legislatore ha previsto che i lavoratori possano essere adibiti al lavoro notturno (art. 14, d.lgs. n. 66/2003) solo previa valutazione del loro stato di salute che deve avvenire a cura ed a spese del datore di lavoro, attraverso controlli preventivi e periodici, almeno ogni due anni, volti a verificare l'assenza di eventuali controindicazioni.

La violazione della disposizione citata è punita con la pena dell'arresto da tre a sei mesi o con l'ammenda da € 1.549 a € 4.131, anche se, nel caso di specie, è ammessa l'estinzione del reato in via amministrativa, ai sensi dell'art. 15 del d.lgs. n. 124/2004. L'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui

alla reiterazione possono essere sospesi fino a quando il provvedimento che accerta la violazione precedentemente commessa sia divenuto definitivo”.

¹³ Si tratta dei lavoratori con un figlio fino a 3 anni, lavoratori che siano unici affidatari di un figlio convivente fino a 12 anni, lavoratori che assistono un soggetto disabile a carico, altre categorie previste dalla contrattazione collettiva di settore.

all'art. 55 c.p.p., impartisce al contravventore una apposita prescrizione obbligatoria¹⁴, fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario. Con la prescrizione l'organo di vigilanza può imporre specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori durante il lavoro. Resta fermo l'obbligo dell'organo di vigilanza di riferire al pubblico ministero la notizia di reato inerente alla contravvenzione, ai sensi dell'art. 347 c.p.p.. ed entro e non oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, il predetto organo di vigilanza verifica se la violazione è stata eliminata. Se risulta l'adempimento alla prescrizione, l'ispettore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa e comunica al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione, nonché l'eventuale pagamento della predetta somma. Quando, a seguito della verifica ispettiva, risulta invece l'inadempimento della prescrizione, l'organo di vigilanza ne dà comunicazione al pubblico ministero e al contravventore.

5.4. Controllo dei tempi di guida e riposo nel settore dell'autotrasporto e competenza dell'Ispettorato del lavoro

La disciplina dell'orario di lavoro degli autisti dipendenti da aziende operanti nel settore dell'autotrasporto di persone e merci su strada è dettata da un complesso di norme fissate sia dal legislatore sovranazionale che nazionale. Si tratta di un rapporto di lavoro di particolare complessità dal momento che il suo svolgimento va ad incidere non solo sulla salute e sicurezza del personale viaggiante, ma anche mediatamente sulla sicurezza stradale¹⁵.

Per quanto attiene più specificamente all'attività di controllo sui tempi di guida e riposo il Supremo giudice di legittimità ha di recente

¹⁴ La prescrizione obbligatoria è prevista dall'art. 20 del d.lgs.19 dicembre 1994, n. 758. Per la verifica ispettiva v. l'art. 21 e gli articoli 23, 24 e 25, comma 1, del decreto cit. per gli effetti della procedura.

¹⁵ G.P. GOGLETTINO, *Contrattazione collettiva - L'orario di lavoro nell'autotrasporto, tra disciplina interna ed europea*, RIDL, fasc.4, 1 dicembre 2020, 149.

affermato¹⁶, confermando il precedente orientamento¹⁷, la competenza degli ispettori del lavoro a contestare ed irrogare le sanzioni amministrative per le violazioni al Codice della Strada riguardanti il mancato rispetto dei tempi di guida e riposo rilevati dai dischi cronotachigrafi. La decisione della Corte ha specificato che l'esame dei registri di servizio e dei dischi cronotachigrafi è finalizzato all'accertamento del rispetto dei limiti temporali dell'orario di lavoro e risponde alla duplice esigenza di garantire la sicurezza della circolazione e la tutela del lavoratore. I soggetti preposti a tale verifica sono sia quelli normalmente indicati dal codice della strada in ordine alla sicurezza della circolazione, sia quelli funzionalmente titolari del controllo delle condizioni di lavoro, con la conseguenza che l'accertatore è legittimato alle relative contestazioni. Dunque, in materia di autotrasporto, è confermata in capo all'INL non solo la verifica sul rispetto dei limiti temporali dell'orario di lavoro degli autisti a mezzo dei cronotachigrafi, ma anche la relativa potestà sanzionatoria¹⁸

La questione affrontata dalla Corte nasce da una impugnazione davanti al Giudice di pace di Treviso degli atti di contestazione di illecito amministrativo per mancato rispetto dei tempi di guida, pausa e riposo, in violazione degli artt. 6, 7 e 8 del reg. CE 561/2006, rilevato dagli apparecchi cronotachigrafi di controllo degli automezzi della ditta e dal registro di servizio, dall'orario di servizio e dal libretto individuale di controllo durante un'ispezione effettuata dagli ispettori dell'allora Direzione territoriale del lavoro di Treviso. Il Giudice di pace rigettava i ricorsi con sentenza n. 2364/2011. Il Tribunale di Treviso, in sede di appello, rilevando "l'assenza della competenza sanzionatoria" in capo alla Direzione territoriale, con sentenza 13 gennaio 2016, n. 97, accoglieva il gravame e dichiarava la nullità dei verbali di accertamento. La Corte di Cassazione precisava invece che il giudice d'appello, nell'annullare i verbali emessi dall'Ispettorato del lavoro, ha errato nel ritenere che, in seguito all'inserimento nel nuovo

¹⁶ Cass., ordinanza n.18462 del 4/9/2020.

¹⁷ Cass., ordinanza 26 settembre 2018, n. 22896; Cass. 10 luglio 2018, n. 18173; Cass. VI sez. civ. 12 ottobre 2016, n. 20594; sul punto v. nota MLPS 18 novembre 2016, n. 21281.

¹⁸ P. RAUSEI, *Il lavoro nell'autotrasporto*, Coder, 2018, 48, C. INFRICCIOLI - F. PAESANI, *Autotrasporto, confermata la competenza degli ispettori del lavoro*, *GLav*, 2019, 22, 27 ss.

codice della strada della disposizione sanzionatoria contestata, gli ispettorati del lavoro non avessero competenza in merito alla rilevazione dell'illecito e all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 174¹⁹ del d. lgs. n. 285/1992. Tale articolo sanziona specificamente le inosservanze da parte dell'impresa, del conducente e del membro dell'equipaggio, alle disposizioni oggi contenute nel reg. CE n. 561/2006 e già previste dal reg. CEE n. 3820/1985 (ora abrogato), in materia di tempi di guida e di riposo e prevede altresì che, per l'accertamento delle violazioni, con espresso richiamo al ruolo degli Ispettorati territoriali del lavoro, deve farsi riferimento alle risultanze e alle registrazioni derivanti dai dispositivi di controllo installati sui veicoli (cronotachigrafi, analogici e digitali, oltre che ai registri di servizio).

5.5. Modalità di registrazione dell'orario di lavoro straordinario forfettizzato nell'autotrasporto

Di recente l'Ispettorato nazionale del lavoro ha dettato istruzioni operative per consentire alle imprese del settore dell'autotrasporto di registrare correttamente sul LUL l'orario di lavoro dei conducenti qualora intervengano accordi sindacali di forfettizzazione²⁰.

Il Ministero del Lavoro²¹, in linea generale, con riferimento al rapporto di lavoro del personale mobile ed alla possibile multiperiodalità del relativo orario di lavoro, ha affermato che è consentito l'inserimento sul LUL delle ore effettivamente lavorate entro quattro mesi dallo svolgimento delle stesse, congiuntamente agli elementi variabili della retribuzione. Ciò in ragione dell'esclusione operata dall'art. 2 del d.lgs. n. 66/2003 in ordine ai lavoratori mobili per i quali risulta quindi possibile sostituire la registrazione dell'effettivo numero di ore lavorate con l'indicazione della presenza al lavoro (ovvero riportando la "P" in luogo delle analitiche ore di lavoro effettuate).

¹⁹ Art. 174 c. strada, rubricato «Durata della guida degli autoveicoli adibiti al trasporto di persone o di cose».

²⁰ N. INL 24 febbraio 2021, n. 337 nella quale si fa riferimento, a titolo di esempio, all'art. 11 del ccnl logistica autotrasporto, secondo il quale gli accordi collettivi territoriali stabiliscono regole per la forfettizzazione che fanno riferimento alle "linee-guida" stabilite fra le parti a livello nazionale.

²¹ V. interpello del Min. Lavoro n. 63 del 2009.

L'utilizzo dei cronotachigrafi, analogici e digitali, consente, infatti, l'individuazione delle effettive ore di lavoro svolte dal singolo lavoratore mobile, incrociando le registrazioni del Libro Unico (con la "P" per la presenza al lavoro) con quelle del cronotachigrafo (che riporta l'esatto numero di ore di lavoro prestate).

In caso di forfettizzazione dello straordinario, la possibilità di indicare giornalmente la presenza del lavoratore mediante l'inserimento della lettera "P" sul LUL, non può considerarsi esaustiva in riferimento agli obblighi di scritturazione ed è in effetti ammessa non in via definitiva, ma soltanto "nelle more della registrazione dell'orario di lavoro effettivo" – che deve dunque intervenire entro e non oltre il suddetto termine quadrimestrale – conservando in ogni caso la documentazione probante l'orario di lavoro (dischi cronotachigrafi analogici e dati scaricati dalle carte tachigrafiche digitali), da esibire in caso di eventuali verifiche ispettive.

La necessità di una scritturazione entro il quadrimestre delle ore lavorate deriva dal disallineamento tra i termini di conservazione dei fogli di registrazione dei cronotachigrafi (1 anno) e per le scritturazioni del LUL (5 anni). Pertanto, una volta trascorso il periodo di 12 mesi stabilito per la conservazione dei dati tachigrafici²², le prestazioni rese in carenza di analitica scritturazione non sarebbero infatti più tracciabili in alcun modo, con definitivo pregiudizio non solo delle istanze ispettive ma anche, ed ancor prima, del diritto dei lavoratori a conoscere l'esatta determinazione dei diritti collegati con la prestazione lavorativa.

Per tali motivi, l'eventuale forfettizzazione delle trasferte e degli straordinari operata da accordi sindacali aziendali sulla scorta del nuovo CCNL_z pur avendo riflessi di tipo retributivo, non modifica l'obbligo di registrazione puntuale delle prestazioni orarie dei conducenti.

5.6. L'orario di lavoro nel settore della vigilanza privata

Con riferimento al settore della vigilanza privata si discute del regime sanzionatorio applicabile in caso di violazioni della disciplina

²² V. reg. 561/2006 CE, art.10, par.5, lett. a – ii.

dell'orario di lavoro²³, dal momento che l'art. 41, comma 3, del d.l. n. 112/2008, modificando l'art. 2 del d.lgs. n. 66/2003, ha previsto espressamente l'esclusione del settore della vigilanza privata dal campo di applicazione dello stesso decreto, e dunque rende inapplicabili le sanzioni amministrative di cui all'art.18 *bis* del citato d.lgs. n. 66/2003. Rimane ferma l'utilizzabilità del nuovo potere di disposizione di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004 per indurre il datore di lavoro al rispetto di obblighi che trovano la propria fonte esclusiva nella contrattazione.

Pertanto, il regime dell'orario di lavoro del settore della vigilanza privata trova la propria regolamentazione esclusivamente nella fonte contrattuale, non potendosi applicare il predetto regime sanzionatorio relativo all'orario di lavoro di cui all'art'18 bis citato. Ciò vale per tutti i servizi che possono essere espletati solo dagli operatori economici in possesso della licenza, di cui all'art. 134 TULPS, per lo svolgimento di servizi di vigilanza e investigazione privata.

²³ V. nota INL 30 novembre 2020, n. 1062

6. Il lavoro straordinario nella prestazione lavorativa agile

Daniela Lariccia, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma

6.1. Premessa

Per verificare la possibilità di riconoscere il lavoro straordinario all'interno di una prestazione lavorativa svolta in modalità agile, occorre da principio sgombrare il campo dalla domanda se le due fattispecie giuridiche, il lavoro straordinario e il lavoro agile, possano coesistere materialmente e lecitamente. Rispetto al primo punto la risposta può essere affermativa in quanto il lavoro reso in modalità "agile", in parte all'interno e in parte esterno dei locali aziendali se non incontra limiti per quanto concerne il "dove" della prestazione, e se ne incontra parzialmente per quanto concerne il "quando" (si pensi alla previsione che l'accordo di cui all'art. 19 della l. 81/2017 deve definire le forme di esercizio del potere direttivo, individuare i tempi di riposo e le misure atte a garantire la disconnessione), sicuramente incontra limiti – «entro i soli limiti», nell'espressione dell'art. 18 della l. 81 del 2017 – per quanto concerne il quanto. Questa quantità di tempo corrisponde esattamente alla durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivante dalla legge e dalla contrattazione collettiva (art. 18 co. 1). Quindi sebbene il lavoratore in regime di lavoro agile resti libero di collocare in maniera pressoché autonoma la prestazione lavorativa nell'arco della giornata, con l'obbligo per il datore di lavoro di rispettare i tempi di riposo e di garantire la disconnessione¹, non vi è dubbio che

¹ Tuttavia nelle «forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro» e

tale prestazione deve comunque rimanere entro il limite massimo della durata dell'orario di lavoro giornaliero e poi settimanale. Il chiaro e puntuale riferimento alla durata massima dell'orario di lavoro derivante dalla legge, e quindi direttamente riconducibile al d.lgs. 66/2003, di recepimento delle direttive comunitarie 93/104/CE e 2000/34/CE fa sì che alla prestazione lavorativa svolta in modalità agile si applichino tutti gli istituti connessi, compreso quanto stabilito dall'art. 3 in merito al lavoro straordinario, quale tempo di lavoro svolto oltre il normale orario lavorativo giornaliero. Questa considerazione, in assenza di un esplicito divieto all'esecuzione del lavoro straordinario nel testo della norma sul lavoro agile, consente inoltre di rispondere positivamente anche alla seconda domanda relativa alla liceità di tale combinazione di fattori.

6.2. L'impossibilità della rilevazione dell'orario di lavoro

Affinché si producano gli effetti legati allo svolgimento del lavoro straordinario, ossia, ad esempio si determini una maggiorazione della retribuzione ordinaria, o in alternativa vengano concessi periodi di riposo compensativo, in base a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, nei limiti dei massimali di legge (250 ore annue)², non si può prescindere dalla rilevazione dell'orario di lavoro. La rilevazione dell'orario di lavoro, se risulta possibile nei locali aziendali e anzi risponde all'obbligo di matrice comunitaria di tutela dei diritti fondamentali in materia di salute e sicurezza dei lavoratori in ordine alla verifica del rispetto dei periodi minimi di riposo (sentenza C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contro Deutsche Bank SAE*) risulta da un lato di difficile attuazione materiale per il lavoro eseguito all'esterno dei locali aziendali e dall'altro, e soprattutto,

nell'individuazione dei tempi di riposo «nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» del co. 1 dell'art. 19 della l. 81/2017, contenute nell'accordo individuale, possono ravvedersi dei limiti, anche di carattere temporale entro cui il lavoratore, resta "libero" di collocare il lavoro svolto all'esterno dei locali aziendali.

² Co. 3 art. 5 d.lgs. 66/2003.

contraria alle disposizioni in materia di lavoro agile della l. 81/2017, sia in riferimento al rispetto dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, menzionato esplicitamente nell'art. 21 della citata legge (co. 1), e sia, in particolar modo in riferimento alla definizione stessa della prestazione agile che deve avvenire «senza precisi vincoli di orario». Infatti appare incontrovertibile che l'accordo necessario all'attivazione di un rapporto di lavoro agile, a tempo determinato o indeterminato, non possa contenere la definizione dei tempi di lavoro.

6.3. Il lavoro straordinario negli accordi di lavoro agile

Con riferimento all'orario di lavoro straordinario la posizione comune, riscontrata negli accordi aziendali fin qui sottoscritti, sembrerebbe quella di negare la possibilità di svolgere lavoro straordinario nell'ambito delle prestazioni eseguite in modalità di lavoro agile, pur con mancando qualche isolata eccezione. Infatti, alcuni accordi concedono, comunque, la possibilità di svolgere straordinari, ove specificatamente previsti e previa autorizzazione del datore di lavoro con il conseguente riconoscimento del relativo trattamento economico. Queste statuizioni, e le pratiche conseguenti, appaiono però "tradire" lo spirito della norma orientato a valorizzare il contenuto della prestazione, e quindi il contenuto e la qualità del lavoro. Sarebbe preferibile, infatti, in alternativa al riconoscimento di retribuzioni per lavoro straordinario, difficilmente misurabile per i motivi espressi in precedenza, riconoscere compensi aggiuntivi, premi, extra, in relazione al conseguimento di obiettivi, a prescindere dalla quantità di tempo impiegata per raggiungerli. In questo senso, ancora una volta viene in soccorso la definizione stessa di lavoro agile contenuta nell'art 18 della l. 81/2017 quale «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi».

6.4. Il lavoro agile nell'emergenza pandemica.

La questione in oggetto, tuttavia, risulta tanto più rilevante e complessa nella contingenza della pandemia da SARS-COV2, in

quanto, a partire dal 23 febbraio 2020, per accelerare e semplificare il passaggio a questa tipologia di lavoro, è stata data la possibilità di attuare il lavoro da remoto anche senza un accordo individuale scritto, in deroga a quanto previsto dal (già richiamato) art. 19, della l. 81/2017; tale possibilità è stata prorogata fino al 30 aprile 2021. È possibile quindi ritenere che la maggior parte delle prestazioni svolte in modalità agile, allo stato attuale, e sono moltissime considerata l'emergenza sanitaria ancora in corso, si stiano realizzando senza un accordo fra le parti. Cionondimeno tali rapporti sono da ritenersi a tutti gli effetti collocabili nella disciplina generale prevista dal capo II della l. 81/2017. In linea di principio, nella situazione coerente, in assenza di accordo fra le parti nulla esclude che possano svolgersi ed essere riconosciute prestazioni orarie straordinarie con riferimento all'art 3 e seguenti del d.lgs. 66/2003, anche in assenza di una rilevazione effettiva dei tempi di lavoro ma basandosi ad esempio sui carichi di lavoro assegnati ai singoli lavoratori, eccedenti l'ordinario e/o a particolari esigenze sopravvenute.

6.5. Le soluzioni adottate dalla Pubblica Amministrazione

La questione si è posta anche nel settore pubblico, grandemente investito dal fenomeno a seguito della pandemia. Rispetto al tema è intervenuto il Ministero della Pubblica Amministrazione con la circolare 2/2020 che contiene degli importanti chiarimenti in materia di straordinari, che, come anche il lavoro notturno e nei festivi, sono definiti «difficilmente compatibili» con il lavoro agile. Anche in questo caso ci si trova di fronte più ad un orientamento, seppure ben definito, che ad un vero e proprio divieto; nondimeno occorre riconoscere che questa presa di posizione è coerente con un indirizzo già presente nella direttiva 3/2017 del Presidente del Consiglio dei Ministri contenente linee guida inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti. Secondo tale direttiva ciascuna Pubblica Amministrazione assume le determinazioni di competenza nell'esercizio dei propri poteri datoriali. D'altronde, è lo stesso Dipartimento della Funzione

Pubblica a ritenere tale indicazione valida anche nel contesto emergenziale in atto, in cui il lavoro agile rappresenta l'ordinaria modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

6.6. Conclusioni

La scelta operata nel settore pubblico, dove probabilmente maggior impulso era stato dato alla sperimentazione del lavoro agile negli ultimi anni, appare maggiormente aderente alle finalità dichiarate dalla norma, e tale conformità parrebbe inalterata nel contesto eccezionale del momento storico. Per gli accordi collettivi e individuali di lavoro agile futuri sarebbe auspicabile che il tema venisse affrontato, certamente nel rispetto dei principi generali ma anche nel senso di orientare le scelte verso una valutazione delle prestazioni legata a parametri di risultato e obiettivi attesi, e a questi agganciare meccanismi di premialità. Laddove si continuerà ad operare senza accordo o gli accordi vigenti non si esprimano sul punto allora dovrà intendersi *in toto* applicabile la disciplina prevista dall'art 5 e ss. Del d.lgs. 66/2003 anche in assenza di una rilevazione dei tempi di lavoro.

7. Il rapporto di lavoro dei *riders*

Roberta Rainone, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma

7.1. Premesse

L'avvento della cd. Quarta rivoluzione industriale¹ e, in particolare, l'emergere del tipo sociale del lavoratore digitale² ha messo in crisi i consolidati concetti giuridici legati alle coordinate spaziali e temporali della prestazione lavorativa, tanto da determinare il superamento dell'unitario paradigma di luogo, tempo ed azione nell'esecuzione dell'attività lavorativa. Pertanto è emersa la necessità di interrogarsi circa la persistente centralità delle questioni in materia di orario di lavoro per quei lavoratori che svolgono la propria attività lavorativa mediante l'impiego delle piattaforme anche digitali³.

Prima di passare al fulcro della questione sono doverose alcune premesse. Partendo, infatti, dal presupposto che già nel 2018

¹ Sull'eterogeneo fenomeno della digitalizzazione del lavoro si rinvia, *ex multis*, a M. WEISS, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, DRI, n. 3, 2018, 715 ss. Per una più ampia analisi sul lavoro prestato mediante piattaforme digitali vd. V. DE STEFANO, *Lavoro su piattaforma e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, RGL, I, 2017, 241 ss.; A. DONINI, *Il lavoro digitale su piattaforma*, *Labor and Law Issues*, 2015, 1, 49 ss.; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, LD, III/IV, 2017, 367 ss.; R. VOZA, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, RGL, II, 2017, 71 ss.

² Sulla qualificazione del lavoratore della piattaforma come tipo sociale vd. B. CARUSO, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, DRI, IV, 2019, 1005 ss.

³ Più in generale sul tema dei tempi di lavoro e di non lavoro nel lavoro digitale si rinvia a G. CALVELLINI, M. TUFO, *Lavoro e vita privata nel lavoro digitale: il tempo come elemento distintivo*, *Labor - Il lavoro nel diritto*, IV, 2018.

l'Eurowork⁴ aveva individuato ben 3 macro-tipologie di piattaforme digitali di particolare rilevanza e tipicità sociale – nonché almeno 10 tipologie di piattaforme digitali in generale⁵ – l'analisi si concentra esclusivamente sulle cd. *on location platform determined work*⁶ e, segnatamente, sui «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio dei mezzi di locomozione a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a, del codice della strada, attraverso piattaforme anche digitali»⁷.

Tralasciando le questioni qualificatorie⁸, per quel che interessa in questa sede, va rilevato che, a seguito dell'entrata in vigore della l. 2 novembre 2019, n. 128, si è posto il problema del necessario coordinamento della suddetta normativa con l'art. 2, comma 1 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81. In particolare, detto coordinamento è stato reso necessario dall'inciso dell'art. 47-bis – norma di apertura del Capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015 – in virtù del quale «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, le disposizioni del presente

⁴ Cfr. *Eurowork Digital age. Employment and working conditions of selected types of platform work*, Luxembourg, 2018.

⁵ Per una più ampia analisi delle tipologie di piattaforme digitali si rinvia a R. RIVERSO, *Cambiare si può. Nuovi diritti per i collaboratori, QG*, reperibile al seguente link http://questionegiustizia.it/articolo/cambiare-si-puo-nuovi-diritti-per-i-collaboratori_15-11-2019.php; B. CARUSO, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma* cit., 1005 ss.

⁶ In suddetta categoria sono ricomprese le piattaforme digitali che mediano l'incontro tra domanda e offerta di attività lavorativa che può essere qualificata come standard ed uniforme. Cfr. B. CARUSO, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma* cit., 1005 ss.

⁷ Art. 47-bis, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, rubricato «Scopo, oggetto e ambito di applicazione».

⁸ In materia di qualificazione del rapporto di lavoro vd., da ultimo, T. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, DRI, 2021, 1, 214 ss., nt. FERRANTE; nonché Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663/2020, D&G, 2020, 18, 13 ss., nt. SICCARDI. In dottrina vd. *ex multis* M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 1; M. T. CARINCI, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, DRI, 2020, II, 488 ss.; R. FABOZZI, *La qualificazione del rapporto di lavoro svolto tramite piattaforma digitale*, *Dir. di Internet*, 2021, I, 105 ss.; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, DRI, 2020, 1, 146 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, DRI, 2020, II, 512 ss.; M. VERZARO, *"State contenti umana gente al quia". Il caso foodora tra qualche luce e molte ombre*, MGL, 2020, 3, 705 ss.

capo stabiliscono livelli minimi di tutela»⁹ per i *riders* autonomi come *supra* definiti.

La *querelle* è stata superata da una parte della dottrina¹⁰ partendo dal presupposto che il legislatore del 2019, con l'introduzione del Capo V-*bis*, si è posto quale obiettivo quello di definire una disciplina minima e «intangibile dalla stessa autonomia collettiva nell'esercizio della sua funzione derogatoria ex artt. 2, co.2»¹¹ in favore delle prestazioni di lavoro autonomo rese dai *riders* che operano in assenza del vincolo di subordinazione ex art. 2094 c.c. nonché in favore delle prestazioni di lavoro autonomo rese dai *riders* ai quali non trova applicazione la disciplina del rapporto di lavoro subordinato ex art. 2, comma 1 del d.lgs. 81/2015.

Questa ricostruzione, pertanto, incide direttamente sulla disciplina in materia di orario di lavoro applicabile alle prestazioni di lavoro rese dai *riders* dal momento che, a seconda del concreto dispiegarsi delle modalità di svolgimento della prestazione, il rapporto di lavoro potrebbe essere di volta in volta ricondotto nell'alveo del rapporto di lavoro subordinato; delle collaborazioni etero-organizzate; delle collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c.; delle collaborazioni di cui all'art. 2, comma 2, lett. a del d.lgs. del 2015 nonché delle collaborazioni di cui all'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 81/2015¹².

Non bisogna, inoltre, dimenticare che l'elemento temporale riveste particolare importanza nel lavoro prestato mediante le piattaforme digitali perché diventa il primo strumento attraverso il quale – a seconda dei casi – il committente o il datore di lavoro

⁹ Art. 47-*bis* d.lgs. n. 81/2015.

¹⁰ Sul punto si veda la ricostruzione operata da A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, CSDLE, It, n. 410/2020. Secondo l'A. il difetto di coordinamento tra l'art. 2, comma 1 ed il Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015 può essere superato seguendo due differenti strade: 1) enfatizzando l'elemento di distinguo tra lavoro etero-organizzato ed art. 47-*bis*, individuato nel carattere continuativo della prestazione resa ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015; 2) riconoscendo al Capo V-*bis* la funzione di dettare una disciplina minima ed intangibile dalla stessa autonomia collettiva ai sensi dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015.

¹¹ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, CSDLE, It, n. 410/2020.

¹² Sul punto vd. recentemente T. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, *DRI*, 2021, 1, 214 ss., nt. FERRANTE.

organizza la propria attività produttiva¹³. Basti, infatti, pensare all'articolazione dei turni (e dunque all'impiego dei cd. *slot* che i *riders*, con modalità differenti a seconda della piattaforma, devono prenotare¹⁴) o ancora al tanto dibattuto inciso di cui al previgente art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, eliminato con la novella del 2019, nel quale il tempo di lavoro assumeva, per una parte della dottrina, valenza qualificatoria¹⁵.

7.2. La disciplina in materia di orario di lavoro applicabile ai *riders*

Venendo, dunque, al fulcro dell'analisi, oggetto di trattazione è esclusivamente l'ipotesi, da un lato, di una prestazione resa dal *rider* in presenza del vincolo di subordinazione – esemplificative sul punto sono le vicende che hanno riguardato i *riders* nel territorio spagnolo e, in particolare, la sentenza del Tribunale Supremo spagnolo che con la pronuncia del 25 settembre 2020 li ha qualificati quali lavoratori subordinati¹⁶ nonché il conseguente accordo del 10 marzo 2021 raggiunto tra CEOE, confederazioni CC.OO. e UGT e il Ministero del lavoro e dell'economia sociale (¹⁷) – dall'altro, di una prestazione

¹³ L'elemento temporale ha assunto particolare rilevanza anche in giurisprudenza, tra cui vd. T. Torino 7 maggio 2018, n. 778, *RIDL*, 2018, 2, II, 283 ss., nt. ICHINO; T. Milano 10 settembre 2018, n. 1853, *DeJure*; A. Torino 4 febbraio 2019, n. 26, *RIDL*, 2019, 2, II, 340 ss.; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *DRI*, 2020, 1, 145 ss.

¹⁴ Per una breve descrizione sul funzionamento della piattaforma di Deliveroo Italia s.r.l. vd. T. Bologna 31 dicembre 2020, *DRI*, 2021, 1, 204 ss., nt. FAIOLI.

¹⁵ Per un'analisi sull'art. 2, comma 1 d.lgs. n. 81/2015 vd., *ex multis*, S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, *RIDL*, 2016, 3, 321 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, *CSDLE, It*, n. 272/2015; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterodiretto, eterorganizzato, coordinato, ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, *RGL*, 2016, 1, 91 ss.

¹⁶ La pronuncia del Tribunale Supremo spagnolo, con la quale è stato ribaltato l'orientamento espresso dalle corti di merito, ha riguardato in particolare il rapporto di lavoro dei *riders* di Glovoo.

¹⁷ Suddetto accordo, intervenuto a regolare esclusivamente il settore del *food delivery*, riveste particolare rilevanza per due ordini di ragioni. Anzitutto, poiché ha ricondotto suddetti lavoratori nell'alveo del rapporto di lavoro subordinato, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla disciplina applicabile al rapporto. In secondo luogo, poiché ha previsto in capo all'impresa che impiega la

etero-organizzata nonché, infine, di una prestazione resa *ex art. 47-bis* del d.lgs. n. 81/2015.

In dettaglio, nella prima ipotesi – di attività lavorativa prestata dal *riders* in presenza del vincolo di subordinazione – entrano in gioco, in assenza di una differente previsione da parte dei contratti collettivi, le disposizioni contenute nel d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 con riferimento all'orario normale di lavoro, al lavoro straordinario, alle pause, ai riposi, al lavoro notturno e via discorrendo. Sul punto della contrattazione collettiva, particolare interesse riveste l'accordo integrativo sui *riders* del 18.07.2018, stipulato in occasione del rinnovo del CCNL Trasporti e Logistica 2018 – 2019¹⁸, dove viene stabilito un orario normale di lavoro corrispondente a trentanove ore settimanali, distribuibili su massimo sei giorni, congruabile nell'arco di quattro settimane nonché – ulteriormente e pleonasticamente – che in ogni caso la durata media massima, comprensiva delle ore di lavoro straordinario, non può essere superiore a quarantotto ore¹⁹.

Pertanto, dalle brevi premesse emerge come non vi sono elementi tali da giustificare un'esclusione di suddetta normativa (né tantomeno il rapporto di lavoro dei *riders* rientra tra le deroghe di cui agli artt. 16 e 17 del d.lgs. 66/2003²⁰) dal momento che questa può, di certo, essere adattata a contesti lavorativi differenti dalla cd. impresa Fordista. Tanto che la stessa legge n. 81/2017, la quale ha introdotto nel nostro ordinamento il lavoro agile – modalità di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, le cui caratteristiche sono ben note – richiama il rispetto dei limiti di durata massima dell'orario di lavoro

piattaforma specifici obblighi di informazione sul funzionamento dell'algoritmo anche nella fase di assegnazione degli *slot*.

¹⁸ L'accordo è stato siglato tra Confetra; Fedit; Assologistica; Federspedi; Confartigianato trasporti e Fita – CNA; Filt – CGIL; Fit – CISL e Uiltrasporti.

¹⁹ In effetti, la previsione sull'orario massimo di lavoro ricalca quanto stabilito nell'art. 4 del d.lgs. 66/2003, in virtù del quale «La durata media dell'orario di lavoro non può in ogni caso superare, per ogni periodo di sette giorni, le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario».

²⁰ In effetti, simili rapporti di lavoro non sono richiamati né all'art. 16 del d.lgs. n. 66/2003, che detta le deroghe alla disciplina della durata settimanale dell'orario, né all'art. 17 del medesimo decreto legislativo che, invece, prevede le deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale.

giornaliero e settimanale²¹.

Del resto proprio l'assenza di questi elementi porta a ritenere che, anche all'esito del giudizio di comparabilità richiesto dalla cassazione nella nota sentenza 1663/2020²², la materia dell'orario di lavoro potrà essere di certo ricompresa tra quelle applicabili anche al rapporto di lavoro dei *riders* etero-organizzati, con la conseguenza che anche a questi ultimi potrà essere applicata la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 66/2003.

Ad una diversa conclusione, infatti, non può giungersi, allo stato, neanche nel caso in cui si ritenesse valido ed efficace, anche ai sensi dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 il «contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, cd. *rider*, di cui al Capo V-bis "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" del d.lgs. n. 81 del 2015» siglato il 15 settembre 2020 tra Assodelivery e Ugl Rider²³, dal momento che, a prescindere dalle questioni attinenti alla rappresentatività delle associazioni firmatarie, nello stesso non sono contenute indicazioni in ordine alla disciplina in materia di orario di lavoro che, invece, viene richiamata con esclusivo riferimento alla retribuzione riconosciuta al lavoratore nonché al tema delle prenotazioni degli *slot*²⁴.

²¹ In materia di orario di lavoro nel lavoro agile si rinvia a M. LAI, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, DRI, 3, 2020, 662 ss.

²² In materia di disciplina applicabile al rapporto di lavoro dei *riders* vd., *ex multis*, M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy. I ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legge del 2019*, RGL, 2020, II, 252 ss.; di U. CARABELLI, *Anche il lavoro dei ciclofattorini ha un'essenza subordinata*, RGL, 2021, I, 1 ss.; A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, DRI, 2020, 2, 267 ss.; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato* cit., 146 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, CSDLE, It, n. 411/2020.

²³ Per una breve analisi sul «contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, cd. *rider*, di cui al Capo V-bis "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" del d.lgs. n. 81 del 2015» sia consentito rinviare a S. CAIROLI, R. RAINONE, *Osservatorio sulla contrattazione collettiva – periodo II semestre 2020*, a cura di G. GALLI, S. CAIROLI, RGL, 2021, 1, 3 ss.

²⁴ Sul punto, si vedano in particolare le clausole 10 e 11 del suddetto CCNL nelle quali sono individuati i criteri per la determinazione del compenso, tra i quali rileva, in particolare, il tempo stimato per la consegna nonché il riconoscimento di

Anzi, proprio nel caso in cui l'esclusione dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato – con conseguente applicazione della regolamentazione stabilita dalle parti sociali e delle previsioni contenute nel capo *V-bis*, in quanto dalla stessa inderogabili – dovesse essere motivata sulla base della deroga di cui all'art. 2, comma 2, d.lgs. 81/2015 emerge con maggiore vigore la necessità di definire delle previsioni in materia di tempo di lavoro per il *rider* in concreto etero-organizzato. Del resto la *ratio* del d.lgs. n. 66/2003 è, in prima battuta, quella di apprestare una tutela anche alla salute e sicurezza del lavoratore²⁵, che non può essere limitata, nel caso dell'operatività della deroga di cui all'art. 2, comma 2, alle minime previsioni di cui al capo *V-bis*²⁶.

In effetti – pur accogliendo la tesi della qualificazione del rapporto *ex art. 2* d.lgs. 81/2015 quale lavoro autonomo e tralasciando le questioni in ordine al contrasto, o meno, dell'art. 2, comma 2, d.lgs. 81/2015 con il consolidato principio dell'indisponibilità del tipo legale da parte del legislatore ordinario²⁷ – non può non essere rilevato che una differente ricostruzione parrebbe porsi in violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 della Costituzione, dal momento che avrebbe quale diretto effetto quello di impedire l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato – *rectius* della disciplina in materia di orario di lavoro – al ricorrere di tutti i requisiti dell'art. 2 d.lgs. 81/2015²⁸.

una soglia minima di compenso calcolata sulla singola consegna, tenendo in considerazione il tempo stimato per la consegna stessa. Data l'ambiguità delle suddette clausole, anche per il contrasto con quanto prescritto dall'art. 47-*quater* del d.lgs. n. 81/2015, il Ministero del Lavoro, con nota 17 settembre 2020, n. 9430, lett. e, è intervenuto dichiarando che queste «paiono astrattamente consentire un compenso esclusiva-mente parametrato sulla base delle consegne effettuabili nel tempo unilateralmente stimato dalla piattaforma».

²⁵ In materia vd. A. GIULIANI, *Organizzazione dell'orario di lavoro e tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, q. Riv.

²⁶ Sul tema dell'estensione delle tutele in materia di salute e sicurezza ai lavoratori etero-organizzati *ex art. 2*, comma 1, coordinati *ex art. 409*, n. 3, c.p.c. ed autonomi si rinvia a A. DELOGU, *Salute, sicurezza e "nuovi" lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell'industria 4.0*, *Dir. Sic. Lav.*, 2018, 2, 37 ss.

²⁷ Sul punto si rinvia a S. CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente»* cit., 321 ss.; M. LANOTTE, *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, a cura di A. VALLEBONA, *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, 2015, 63 ss.

²⁸ La differente ricostruzione operata da G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che*

7.3. Il tempo di attesa del rider quale tempo di lavoro o di non lavoro

Ulteriore elemento di interesse, direttamente collegato al tema in esame, è la questione relativa al riconoscimento, o meno, quale orario di lavoro del tempo di attesa del lavoratore di fronte al ristorante, durante la preparazione del prodotto, o al cliente, nella fase di consegna del bene, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in ordine alla sua retribuitività.

Sul punto, infatti, l'art. 47-*quater*, nell'individuare due alternative modalità di determinazione della retribuzione, fa esclusivo riferimento al *modus* di svolgimento della prestazione ed all'organizzazione del committente nonché, al comma 2, chiarisce che in assenza di contrattazione collettiva sul punto: 1) il lavoratore non può essere retribuito a consegna; 2) deve essere allo stesso riconosciuto un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari dei contratti collettivi affini o equivalenti.

Pertanto, anche nelle fattispecie riconducibili al campo di applicazione del Capo V-*bis* d.lgs. n. 81/2015, il tempo della prestazione è stato individuato dal legislatore quale elemento essenziale ai fini della quantificazione della retribuzione. Ebbene, né dal testo né dalle previsioni dei contratti collettivi nazionali del settore emergono elementi idonei a chiarire la questione della qualificazione del tempo di attesa quale tempo di lavoro o di non lavoro²⁹.

7.4. Brevi considerazioni conclusive

operano mediante piattaforme anche digitali cit. in virtù della quale l'elemento di distinguo tra l'ipotesi di cui all'art. 2, comma 1 d.lgs. 81/2015 ed il Capo-*bis* d.lgs. 81/2015, è rinvenibile nella continuità o meno della prestazione lavorativa potrebbe consentire di superare le ambiguità *supra* evidenziate in ordine alla violazione dell'art. 3 Cost.

²⁹ Invero, qualche utile riferimento è rinvenibile nell'accordo integrativo sui *rider* del 18.07.2018, stipulato in occasione del rinnovo del CCNL Trasporti e Logistica 2018 – 2019. In particolare, in detto accordo è previsto, all'art. 11, lett. d, non solo che per orario di lavoro si intende «ogni periodo compreso tra l'inizio e la fine del lavoro» ma anche che «il lavoratore dovrà trovarsi all'orario previsto quale inizio della prestazione assegnata nell'area predefinita dal datore di lavoro».

L'impossibilità di ricondurre il lavoro mediante piattaforme digitali in uno schema unitario ha reso, dunque, evidente, anche alla luce delle questioni *supra* esposte, la necessità di un intervento del legislatore volto ad armonizzare la normativa – ad oggi – applicabile al rapporto di lavoro dei *riders*.

Sul punto, infatti, basti pensare che l'introduzione del Capo-*bis* nel d.lgs. n. 81/2015, con tutte le ambiguità in ordine al suo campo di applicazione, ha probabilmente finito per tradire la sua originaria *ratio* di riconoscere una disciplina minima in favore dei «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio dei mezzi di locomozione a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a, del codice della strada, attraverso piattaforme anche digitali».

8. Le piattaforme digitali e l'orario di lavoro

Priscila Luande Rodrigues, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma

8.1. Cosa sono le piattaforme digitali di lavoro

Con l'evoluzione della tecnologia algoritmica si è sviluppata una economia della condivisione di beni e servizi che ha consentito di realizzare intensi processi di estrazione di valore dalle informazioni, dai dati, dalle attività fornite dagli utenti della rete digitale. Tale nuova dimensione della valorizzazione della socialità umana è avvenuta mediante lo sviluppo e l'affermazione delle piattaforme digitali. Le piattaforme si pongono nello spazio digitale come soggetti intermediari che possono non solo generare ma anche governare le regole degli scambi avendo accesso diretto ai dati generati dalle interazioni online. Inoltre, le piattaforme possono essere considerate sia come settore sia come modello organizzativo.

Nel documento «World Employment and Social Outlook The role of digital labour platforms in transforming the world of work», l'OIL ha classificato le piattaforme digitali di lavoro in due grandi categorie: piattaforme online basate sul web e piattaforme basate sulla localizzazione. Attraverso le piattaforme online basate sul web, le mansioni o gli incarichi di lavoro vengono svolti online o in remoto dai lavoratori. Tra questi vi sono: lo svolgimento di servizi di traduzione, servizi legali, finanziari e brevettuali, la progettazione e lo sviluppo di software tramite piattaforme di liberi professionisti o piattaforme in cui la mansione viene assegnata tramite gara, la risoluzione di problemi complessi di analisi dati o di programmazione entro una data precisa su piattaforme di programmazione competitiva ecc. Gli incarichi eseguiti tramite le piattaforme basate sulla localizzazione, dall'altro lato, sono svolti

presenzialmente dai lavoratori in luoghi fisici specifici: tra questi vi sono i servizi di taxi, consegna e servizi di messa in opera e manutenzione (come un idraulico o un elettricista), il lavoro domestico e l'assistenza alla persona¹.

Lo sviluppo di piattaforme di lavoro digitali può fornire opportunità remunerative ai lavoratori e sono viste come generatrici di opportunità lavorative, soprattutto nei paesi con un alto tasso di disoccupazione, che è stato aggravato dalla pandemia del COVID-19. Tuttavia, vi sono diversi problemi da affrontare in questo tipo di lavoro, come il problema della qualifica dei lavoratori, il sistema di risoluzione neutrale delle controversie, la garanzia di una retribuzione minima, la garanzia della libertà di associazione, la protezione dei dati e la portabilità e, in particolare, l'assenza di orario di lavoro e dell'equilibrio vita-lavoro. La flessibilità nel definire gli orari di lavoro e lo sforzo per raggiungere l'equilibrio vita-lavoro sono tra le principali ragioni per scegliere di lavorare sulle piattaforme.

8.2. Orario di lavoro e l'assenza di equilibrio tra lavoro e vita privata

Il sondaggio realizzato dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, pubblicato nel marzo 2021, rivela che l'orario di lavoro può variare notevolmente tra diversi tipi di piattaforme, con gravi implicazioni per il bilancio tra la vita lavorativa e la vita privata. Per esempio, i lavoratori delle piattaforme online basate sul web spendono molto tempo facendo lavoro non retribuito. In media, essi lavorano 27 ore in una settimana standart. Queste ore includono anche il lavoro non remunerato, che ammonta a circa un terzo del tempo, ossia otto ore. Circa la metà di questi lavoratori esercita un'altra professione remunerata per circa 28 ore alla settimana che, se sommate alle ore dedicate al lavoro tramite piattaforma, risultano in una settimana di lavoro intensa. Per quanto riguarda le piattaforme

¹ OIT. World Employment and Social Outlook The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Disponibile in: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf > Accesso nel 04 aprile 2021.

basate sulla localizzazione, la maggior parte dei lavoratori dei settori taxi e consegne effettuano turni di lavoro considerevolmente lunghi e intensi, con una media di 65 ore settimanali per i tassisti e 59 per gli addetti alle consegne².

Mentre le piattaforme promuovono la flessibilità e la libertà di lavorare in qualsiasi momento, questo sondaggio mostra che i lavoratori si trovano infatti di fronte a limitazioni nella scelta dei loro orari di lavoro. Attraverso la *gamification*, le piattaforme hanno creato opportunità per accedere a più alte retribuzioni o a premi che incentivano i lavoratori a lavorare per lunghe ore, i tempi di pausa dei lavoratori sono controllati dall'algoritmo, a volte al secondo, e il lavoratore può essere penalizzato se rimane offline per troppo tempo. Tali situazioni hanno implicazioni per la salute dei lavoratori.

Detto ciò, alcune norme in materia di retribuzione e orario di lavoro sono necessarie per dare attuazione a diritti e principi universali, quali la sicurezza e la salute sul lavoro, la sicurezza sociale e i sistemi di pagamento equi.

8.3. Proposta

Alcune soluzioni possono essere trovate: c'è possibilità di elaborare norme sulla retribuzione e sull'orario di lavoro che affrontino tali questioni e siano adeguate per i lavoratori autonomi. Dal punto di vista del dialogo sociale e della regolamentazione collaborativa, sarebbe ideale se potessero emergere dalla contrattazione collettiva tra le parti stesse. In molti ordinamenti giuridici, tuttavia, la normativa sulla concorrenza vieta la partecipazione dei lavoratori autonomi alla contrattazione collettiva. Tuttavia, le Convenzioni dell'OIL sul diritto di associazione e di contrattazione collettiva (C98) del 1949 e quella sulla libertà di associazione e la protezione del diritto sindacale (C87) del 1948 dispongono la libertà associativa e di partecipazione alla contrattazione collettiva per tutti i lavoratori. In alcuni paesi come il

² OIT. World Employment and Social Outlook The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Disponibile in: < https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf > Accesso nel 04 aprile 2021.

Canada, l'Irlanda, il Giappone e la Spagna è stata introdotta una deroga che permette ad alcune categorie di lavoratori autonomi economicamente dipendenti di partecipare alla contrattazione collettiva.

Un altro approccio è quello di concepire una nuova fattispecie di lavoro con norme specificamente adattate al lavoro digitale, come quella sul diritto alla disconnessione che è stata introdotta nel 2017 per i dipendenti in Francia, e adesso con la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione. La questione relativa alle lunghe giornate di lavoro sia dei lavoratori delle piattaforme online basate sul web sia di quelle piattaforme basate sulla localizzazione è molto complessa, ma dovrebbe essere vista con più attenzione, specialmente riguardo all'impatto e alle ripercussioni sociali che produce.

Questa situazione richiede nuove prospettive di analisi dal momento che da un lato i classici concetti di tempo e spazio sono stati diluiti nel tempo e, nello stesso tempo, dall'altro il nuovo manifestarsi del potere di controllo datoriale acquisisce una rilevanza decisiva come misura di squilibrio nel rapporto.

Tali condizioni chiedono all'interprete una risposta giuridica nel tentativo di trovare soluzioni per la promozione di un lavoro degno, giusto e decente.

PARTE II

I TEMPI DI NON LAVORO

9. Tempo di lavoro e tempo della persona: l'adeguamento del lavoro all'essere umano

Sabato Rozza, Dottorando nell'Università Sapienza di Roma

9.1. Tempo di lavoro e tempo della persona. Prospettiva binaria e dimensione flessibile dell'orario di lavoro

A partire dagli anni '90 del secolo scorso la regolazione dell'orario di lavoro è stato oggetto di una crescente attenzione da parte del legislatore il quale ha dovuto infine assecondare le esigenze di flessibilità rappresentate dalle grandi imprese, costrette ad abbandonare la logica del magazzino ed a passare da un modello di produzione secondo ritmi costanti ad un modello di produzione condizionato da una domanda incostante di beni di consumo¹.

La disciplina che ne è scaturita, incorporata nel d.l. n. 66 del 2003, è scarsamente dettagliata e, coerentemente con quanto prevedono le direttive comunitarie n. 93/104/CE e n. 2003/88/CE, mira a rendere possibile l'alternanza tra momenti di maggior impiego e momenti di minor impiego della forza lavoro, segnando un arretramento della fonte legale a vantaggio di un ampliamento di quella negoziale².

Questa disciplina ha abbandonato la previgente dimensione

¹ V. FERRANTE, *Orario e tempi di lavoro*, Roma, Dike, 2014, 6.

² G. LELLA, *Contratti collettivi e orario di lavoro*, DPL, 2005, inserto n. 21; Bolego, *Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile* a cura di RUSCIANO – ZOLI - ZOPPOLI, Napoli, 2006, 345 ss; A. ALLAMPRESE, *Organizzazione dei tempi di lavoro e contrattazione collettiva. I contratti nazionali di categoria*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Stampa, 139 ss.

lineare dell'orario di lavoro³, da un lato adottando una prospettiva binaria del tempo e distinguendo tra il tempo di lavoro ed il tempo della persona, e, dall'altro lato, abbracciando una dimensione flessibile sia del tempo di lavoro che del tempo della persona.

Il tempo di lavoro è così definito come qualsiasi periodo in cui il lavoratore *sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività o delle sue funzioni*⁴ e, superata la nozione di *durata massima della giornata lavorativa*⁵, è oggi declinato negli istituti dell'*orario normale di lavoro*⁶ (quaranta ore settimanali, che i contratti collettivi possono ridurre e riferire alla durata media delle prestazioni in un periodo non superiore all'anno) e della *durata massima della prestazione*⁷ (non più di quarantotto ore settimanali, che i contratti collettivi possono riferire alla durata media delle prestazioni in un periodo di quattro mesi, elevabile a sei o dodici).

Il tempo della persona comprende invece, *qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro*⁸ ed è declinato negli istituti, altrettanto flessibili, dei riposi e delle pause.

I riposi sono intervalli di non lavoro che si frappongono tra due prestazioni distinte e sono garantiti nella loro triplice dimensione giornaliera, settimanale ed annuale⁹. Il lavoratore ha dunque diritto ad undici ore di riposo ogni ventiquattro, salvo il caso che svolga attività frazionate durante la giornata o caratterizzate da regimi di reperibilità¹⁰. Ha poi diritto a ventiquattro ore consecutive di riposo ogni sette giorni, da intendersi come media con riferimento ad un periodo di quattordici giorni e non necessariamente coincidenti la

³ La previgente disciplina del tempo di lavoro era contenuta nel r.d.l. n. 692 del 1923 il quale, all'art. 1, fissava un doppio limite massimo, giornaliero e settimanale, dell'orario normale di lavoro (rispettivamente otto e quarantotto ore), che, salvo quanto previsto dall'art. 4, non era però inteso come media in un periodo più ampio.

⁴ D.l. n. 66 del 2003, art. 1, comma 2, lett. a)

⁵ R.d.l. n. 692 del 1923, art. 1, comma 1.

⁶ D.l. n. 66 del 2003, art. 3.

⁷ D.l. n. 66 del 2003, art. 4.

⁸ D.l. n. 66 del 2003, art. 1, comma 2, lett. b)

⁹ Art. 36 Cost.

¹⁰ D.l. n. 66 del 2003, art. 7.

domenica¹¹. Ed infine ha diritto ad almeno quattro settimane di ferie retribuite all'anno, il cui godimento non è però necessariamente infrannuale, potendo allungarsi nel c.d. periodo di riporto¹².

Le pause, invece, sono intervalli di non lavoro che interrompono la medesima prestazione, dividendola idealmente in due parti e si distinguono in *riposi intermedi*¹³, che devono oggetto di previa programmazione, e *soste*¹⁴ che possono non essere oggetto di previa programmazione ma dipendere da esigenze anche estemporanee del datore di lavoro o del lavoratore o da cause di forza maggiore¹⁵. Cumulativamente, se inferiori a 10 minuti, le pause rientrano nell'orario effettivo di lavoro e devono essere retribuite.

9.2. Il ruolo della contrattazione collettiva. Nullità delle clausole di opt-out

Questa disciplina minima dell'orario di lavoro rappresenta un modello generale ed ammette plurime deroghe che, in alcuni casi, sono previste dalla legislazione speciale¹⁶ e, in altri casi, sono introdotte dalla contrattazione collettiva¹⁷, la quale è investita di un ruolo centrale nella regolamentazione concreta dei ritmi di lavoro, sicché, nella prospettiva della flessibilità, le fonti legali sembrano arretrare a vantaggio di quelle negoziali

¹¹ D.l. n. 66 del 2003, art. 9.

¹² D.l. n. 66 del 2003, art. 10.

¹³ D.l. n. 66 del 2003, art. 8 e r.d. n.1955/1923, art. 5.

¹⁴ Ivi.

¹⁵ Esse non sono remunerabili se hanno durata compresa tra i 10 minuti e le 2h. Devono essere remunerate se hanno durata inferiore a 10 minuti. Sia i riposi intermedi che le pause non rientrano nell'orario di lavoro se il lavoratore, pur essendo eventualmente presente sul luogo di lavoro, sia in grado di gestire il suo tempo, non sia a disposizione del datore e non sia adibito ad alcuna mansione.

¹⁶ D.l. n. 66 del 2003, art. 2 e art. 16.

¹⁷ Talora l'imprenditore è unilateralmente libero di imprimere al lavoro un determinato ritmo, esercitando i propri poteri direttivi. Così, ad esempio, egli può, di norma, decidere la collocazione concreta dei riposi giornalieri, settimanali e delle ferie (d.l. n. 66 del 2003 artt. 7, 9 e 10) e può, in difetto di disciplina collettiva, programmare il godimento dei c.d. riposi intermedi tenendo conto delle esigenze tecniche del processo lavorativo (d.l. n. 66 del 2003 art. 8).

progressivamente più vicine al singolo rapporto.

Ed infatti, sia il contratto collettivo nazionale che quello territoriale o aziendale¹⁸ possono, derogare, anche *in pejus*, alla disciplina del riposo giornaliero, delle pause e del lavoro notturno, a condizione però che attribuiscono ai prestatori periodi equivalenti di riposo compensativo o comunque una protezione adeguata¹⁹.

Le due fonti negoziali sono ormai quasi interscambiabili sia perché, in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 41 del d.l. n.112 del 2008, il legislatore ha espunto dall'ordinamento il divieto di intervento della contrattazione di secondo livello in assenza di una clausola di rinvio contenuta del CCNL e sia perché la previsione in base alla quale il contratto aziendale può stabilire deroghe alla legge solo in assenza di specifiche disposizioni ostative contenute nei CCNL²⁰ ha in realtà scarsa effettività: la relazione tra il CCNL ed il contratto aziendale tratteggiata nel d.l. n. 66 del 2003 deve essere infatti ripensata alla luce del disposto di cui all'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011, il quale ha potenziato la contrattazione aziendale, consentendole, nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, di fare eccezione anche al CCNL che, per ipotesi, pretenda di prosciugare i margini di derogabilità della fonte legale.

Non residua invece alcuna possibilità per il contratto individuale di conformare i ritmi della produzione alle esigenze dell'impresa attraverso la previsione di clausole c.d. di *opt-out*, volte ad escludere la garanzia della durata massima dell'orario di lavoro²¹.

L'art. 22 par.1 lett. a) della direttiva 2003/88/CE, infatti, non è stato

¹⁸ D.l. n. 66 del 2003, art. 17 commi 1 e 4.

¹⁹ A parere di chi scrive il contratto collettivo potrebbe determinare, ad esempio, una prestazione continuativa senza pause intermedie o protrarre la prestazione notturna oltre il limite delle otto ore, ma non potrebbe stabilire che la prestazione giornaliera possa raggiungere una durata superiore alle 13 ore, in forza del limite imposto dall'art. 36 comma 2 della Costituzione.

²⁰ D.l. n. 66 del 2003, art. 17 comma 1. Il CCNL potrebbe infatti prosciugare i margini di derogabilità della legge prevedendo esso stesso una regolamentazione derogatoria specifica o formulando un divieto espresso all'indirizzo della contrattazione di secondo livello. In questo senso, V. Ferrante, cit., 135 ss.

²¹ Queste clausole sono diffuse in molti paesi dell'Europa anche occidentale, nei quali le imprese, potendo abbattere i costi della manodopera, riescono ad essere molto competitive sui mercati internazionali.

recepito nell'ordinamento italiano ²², sicché la stipulazione individuale che pretendesse di imporre un orario settimanale di durata superiore alle quarantotto ore sarebbe, per l'eccedenza, viziata da nullità parziale per violazione di norme imperative (art. 1418 c.c., 1419 c.c. e art. 4 d.l. n. 66 del 2003).

9.3. Una lettura evolutiva dell'art. 36 della Costituzione

Qualche Autore ²³ ha dubitato della compatibilità degli strumenti della contrattazione in deroga, idonei a determinare una forte flessibilizzazione del ritmo del lavoro, con le finalità di cui all'art. 36 della Costituzione, giungendo a denunciare un profilo di irragionevolezza (art. 3 Cost.) nella previsione di una riserva di legge assoluta sull'orario giornaliero ma non su quello settimanale o annuale.

L'art. 36 della Costituzione, infatti, nel regolare congiuntamente sia la retribuzione sia la garanzia relativa al tempo, sembra affermare che finché al prestatore sia assicurata una esistenza libera e dignitosa, è necessario non solo che la retribuzione sia proporzionata e sufficiente, ma anche che la prestazione non si prolunghi, nell'ordinarietà, oltre un certo limite, completando la tutela della salute e sicurezza del lavoratore (art. 32 Cost.).

La contrattazione collettiva, però, non indebolisce questa previsione, ma sembra svolgere un ruolo di completamento del precetto costituzionale perché da un lato, per prassi comunemente accettata, individua la misura della retribuzione secondo i canoni della proporzionalità e sufficienza e dall'altro, per legge, predetermina la durata normalmente attesa della prestazione, in funzione della garanzia di una esistenza libera e dignitosa.

Dal collegamento tra la prima e la seconda parte dell'art. 36 della Costituzione, allora, discende in capo al il lavoratore una posizione soggettiva d'interesse alla programmabilità del tempo, la quale siccome trova non solo nell'art. 32 ma anche nell'art. 36 una copertura costituzionale, non è una posizione intangibile, ma è una posizione

²² V. Ferrante, *Cit.*, 135 ss.

²³ *Ivi.*

che, in molti casi, ammette di essere alienata, a fronte di un salario proporzionato e sufficiente. Sicché è ragionevole che la disciplina dell'orario di lavoro cada al di fuori dell'area ricoperta dalla riserva di legge di cui all'art 36 comma 2 della Costituzione, consentendo al legislatore l'indicazione di un valore medio da riferirsi ad una base settimanale o mensile e al contratto collettivo la decodificazione della disciplina concreta dell'orario.

9.4. Il principio dell'adeguamento del ritmo di lavoro all'essere umano

Il processo di delegificazione del quale si è dato atto non può certo significare che la contrattazione collettiva, anche in questo particolare momento storico che impone ristrutturazioni spesso incentrate proprio sulla modifica degli orari di lavoro (i turni vengono aumentati, l'orario giornaliero allungato, le ferie fortemente incentivate)²⁴ possa, dietro pagamento di una retribuzione, imprimere qualsivoglia ritmo all'attività produttiva.

La necessità di porre un argine all'autonomia collettiva, troppo spesso incline a trattare il lavoratore alla stregua di un mero fattore della produzione, era stata rappresentata anche dal legislatore comunitario il quale, nell'art. 13 della Direttiva n. 88 del 2003, aveva raccomandato agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevedesse di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenesse conto del *principio generale dell'adeguamento del lavoro all'essere umano*, segnatamente per attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo, a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di sicurezza e di salute, in particolare per quanto riguarda le pause durante l'orario di lavoro.

Il principio, tuttavia, non ha trovato attuazione ad opera del legislatore del d.l. n. 66 del 2003, che contiene un superficiale riferimento ad esso nel suo art. 8, il quale attribuisce ai dieci minuti di pausa riconosciuti al lavoratore il cui orario ecceda le sei ore

²⁴ Cfr. la Premessa del "Protocollo condiviso di aggiornamento delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus SARS-CoV-2/COVID-19 negli ambienti di lavoro" del 6 aprile 2021.

l'impegnativa finalità di agevolare il recupero delle energie psico-fisiche, la consumazione del pasto e l'attenuazione del lavoro monotono e ripetitivo.

Dal momento che la Direttiva n. 88 del 2003 non esibisce le caratteristiche proprie degli atti self-executing, ci si deve dunque domandare se il canone dell'adeguamento del lavoro all'essere umano possa concretamente rappresentare un limite all'autonomia collettiva o se, invece, il pronunciamento del legislatore europeo sia destinato a rimanere lettera morta.

A mio avviso, per la sua finalità protettiva, il principio in commento può essere recuperato nell'ordinamento italiano per il tramite dell'art. 2087 del codice civile²⁵. Questa norma, infatti, svolge una funzione di chiusura e di promozione del sistema e consente, ove necessario, di colmare le lacune legislative, decodificando la dimensione concreta delle misure (innominate) che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, il datore di lavoro è tenuto ad adottare per tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori. Tra queste misure, pertanto, è sicuramente possibile valorizzare la regola comunitaria della rispondenza dei ritmi lavorativi alle esigenze dell'essere umano quale criterio di organizzazione dell'orario per prevenire l'usura psicofisica del prestatore connessa al carattere monotono e ripetitivo delle sue attività.

Una conferma sembra provenire dalla giurisprudenza la quale, negli ultimi anni, si è spesso pronunciata sulle metriche della produzione imposte con contratto collettivo dalle aziende del settore automobilistico italiano, alle quali l'obiettivo di minimizzare i tempi superflui è stato suggerito dalle filosofie orientali della Lean Manufacturing²⁶ e della World Class Manufacturing²⁷.

²⁵ F. Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2015

²⁶ La LM è una generalizzazione e divulgazione in occidente del sistema di produzione Toyota (Toyota Production System - TPS), preordinato all'eliminazione nei processi produttivi di ogni forma di "spreco", incluso lo spreco del tempo.

²⁷ La WCM rappresenta una evoluzione della LM e si caratterizza essenzialmente in quanto il gruppo di lavoro affronta le problematiche, siano esse manutentive, logistiche, qualitative, di sicurezza, organizzative, di organizzazione del posto di lavoro, sulla base della loro incidenza economica.

La casistica giurisprudenziale ha riguardato l'operaio che, per il mancato funzionamento del meccanismo di sostituzione di un lavoratore all'altro astrattamente previsto dal contratto collettivo, non si era potuto allontanare dalla catena di montaggio per soddisfare le proprie necessità fisiologiche, con pregiudizio della propria dignità.

In questi casi i giudici di merito²⁸ hanno condannato il datore di lavoro al risarcimento dei danni morali per non aver adottato, proprio ai sensi dell'art. 2087 c.c., tutte le misure idonee a salvaguardare la personalità dei lavoratori e quindi per aver impresso ai tempi di lavoro un ritmo non rispettoso dei tempi della persona, che, a differenza di quelli dell'impresa, possono spesso essere improvvisi e non programmabili.

²⁸ T. Lanciano, 23 settembre 2019, n. 111, A. Aquila n. 229/2020.

10. Periodo di guardia e reperibilità: tra orario di lavoro e tempo libero

Luisa Rocchi, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma

10.1. Premessa terminologica e campo di indagine

Il periodo di guardia e reperibilità ha costituito da sempre un terreno di difficile qualificazione per l'interprete per la complessità di annoverarlo entro il binomio orario di lavoro-periodo di riposo ai sensi dell'art. 2 dir. n. 2003/88/CE e dell'omologo art. 1 del d.lgs. n. 66/2003¹.

Le recenti sentenze della Grande Sezione, della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9 marzo 2021², confermano ancora oggi tali incertezze, suscitando riflessioni di più ampio respiro.

Prima di procedere, tuttavia, occorre svolgere una importante precisazione: gli elementi costitutivi della nozione di orario di lavoro, così come delineati dall'art. 2, devono sussistere tutti congiuntamente non essendo consentito dal dato letterale della disposizione una

¹ Per una completa ricostruzione della nozione di orario di lavoro di recente S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003 n. 66*, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, a cura di G. Santoro Passarelli, Utet, 2020, 1205 ss.; P. ICHINO - L. VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi*, Milano, Giuffrè, 2012; E. GRAGNOLI, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, RGL, 439 ss. Per una ricostruzione delle nozioni anche C. ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, CSDLE, It, n. 123/2011, 2.

² Così C. giust. Grande sezione, 9 marzo 2021, C-344/19 e C. giust. Grande sezione, 9 marzo 2021, C-580/19.

lettura disgiunta degli stessi³.

Ed è proprio da tale precisazione che sorge il problema poc'anzi delineato, poiché sebbene sia innegabile che il lavoratore sia “a disposizione del datore di lavoro”, integrando così uno dei tre criteri richiesti dall'art. 2, non è ben chiaro se sussistano gli altri due, cioè l'“essere al lavoro” e l'essere “nell'esercizio dell'attività o delle funzioni”.

Tra l'altro, la delimitazione dei confini temporali della prestazione lavorativa, ha assunto oggi, una valenza pregnante, in relazione alla sempre più evanescenza dei concetti di tempo e luogo di lavoro, unitamente alla crescente emergenza di tutelare la vita privata e, dunque, anche il tempo libero del lavoratore⁴.

10.2. Gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di periodi di guardia e reperibilità

Stante l'assenza di un *tertium genus* tra orario di lavoro e periodo di riposo, e svaniti i tentativi di riforma della direttiva comunitaria n. 2003/88/CE⁵, la Corte di Giustizia non ha potuto disinteressarsi di alcune fattispecie ibride⁶ essendo stata costretta ad affrontare la tematica tenendo conto dei tre requisiti che connotano la nozione di orario di lavoro colorandoli, nel corso del tempo, anche con

³ Dubbiosa è C. MAZZANTI, *I tempi intermedi nella nozione binaria di orario di tempo di lavoro*, *ADL*, 2019,221 ss.

⁴ S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, 2020, 107 ss.

⁵ Come noto, non ha avuto seguito la proposta di modifica alla dir. 2003/88/CE, presentata dalla Commissione il 22 settembre 2004, e consistente nell'introduzione di un art. 2-bis, che avrebbe aggiunto alle nozioni di orario di lavoro e di riposo quella di “servizio di guardia”. S. BELLOMO, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, *MGL*, 2008, 830; M. MARINELLI, *Orario di lavoro e periodo di riposo: un (potenziale) ripensamento della Corte di giustizia*, *ADL*, 2018, 4-5, 1163.

⁶ Sulla necessità di qualificare tali periodi come *tertium genus* M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore. Il tertium genus dell'orario di lavoro*, *q.Riv.*, 2008, I, 93; C. MAZZANTI, *I tempi intermedi nella nozione binaria di orario di tempo di lavoro*, *ADL*, 2019,221 ss.; F. SIOTTO, *Fuga dal tempo misurato: il contratto di lavoro tra subordinazione e lavoro immateriale*, *q.Riv.*, 2010, 439.

riferimento alla sempre più emergente necessità di salvaguardare la cura e gli interessi propri del lavoratore.

L'evoluzione interpretativa compiuta dalla Corte europea è ben evidente se si analizzano le prime pronunce con la quale, con tono perentorio, ha affermato a chiare lettere che soltanto il regime di guardia e prontezza effettuato presso la sede di lavoro costituisce orario di lavoro per la sua interezza⁷.

Infatti, soltanto in questo caso si ravvisano gli elementi costitutivi della nozione di orario di cui all'art. 2 dir. n. 2003/88/CE poiché il lavoratore, si trova "al lavoro", "a disposizione del datore" e "nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni". Per vero, elemento dirimente ai fini della sussumibilità della reperibilità nell'orario di lavoro, per usare le parole della Corte è che «il lavoratore sia costretto ad essere fisicamente presente sul luogo designato dal datore di lavoro e a rimanere a disposizione dello stesso»⁸.

Anche nel caso in cui il lavoratore, durante il periodo di inattività della prestazione, possa riposare sul luogo di lavoro, consentirebbe di ritenere che sussista orario di lavoro, e ciò tramite una interpretazione apparentemente più elastica dell'ultimo requisito appena richiamato, poiché il lavoratore sarebbe impossibilitato di attendere ai propri interessi e perché il dipendente è tenuto a rimanere in un luogo stabilito dal datore di lavoro a disposizione di quest'ultimo, indipendentemente dalle prestazioni svolte durante tale lasso di tempo⁹.

Invero, sebbene potrebbe apparire difficile immaginare che il lavoratore sia nell'esercizio delle sue attività e delle sue funzioni, tale valutazione impone comunque una concreta indagine in ordine alle mansioni svolte dal lavoratore, essendo il tempo di attesa insito nella concreta prestazione da svolgere¹⁰. Peraltro, in tale caso, le ore di

⁷ Cfr. C. giust. 3 ottobre 2000, *Simap*, FI., 2000 IV, C-303/98 poi ripresa dalle successive sentenze.

⁸ Cfr. C. giust. 3 ottobre 2000, *Simap*, cit., punto 48; C. giust. 9 settembre 2003, *Jaeger*, cit., punto 49

⁹ C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, *q.Riv.*, 2004, II, nt. M. VINCIERI, ed anche in *LG*, 2003, 1126, nt. A. ALLAMPRESE, nonché C. giust. 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, FI, 2006, IV, nt. G. RICCI.

¹⁰ Si faccia l'esempio di un medico chiamato ad effettuare la sua prestazione in caso

guardia effettuate sul posto di lavoro, non possono essere conteggiate in misura diversa ed inferiore rispetto a quelle svolte attivamente¹¹.

Successivamente, la Corte di Giustizia inizia ad intraprendere un cammino di apertura, conscia dell'esigenza di sganciare l'ancora dalla necessaria collocazione fisica spaziale della prestazione per cedere il passo alla preminenza della disponibilità¹².

A partire, infatti, dalla sentenza *Matzack*¹³, la Corte sembra valorizzare maggiormente, oltre al riferimento spaziale, anche gli altri elementi ai fini della configurabilità o meno della reperibilità come orario di lavoro.

In particolare, con la predetta sentenza si afferma che anche il regime di pronta reperibilità va qualificato come orario di lavoro nella sua integralità, nel caso in cui sussistano vincoli al lavoratore che pregiudichino in modo oggettivo e assai significativo la facoltà di dedicarsi ai propri interessi personali e sociali, e dunque al suo tempo libero, a prescindere che il lavoratore sia tenuto a permanere nel luogo di lavoro (nel caso di specie il lavoratore svolgeva il servizio di reperibilità nel suo domicilio e doveva recarsi nel luogo di lavoro entro 8 minuti dalla chiamata).

Con tale pronuncia, la Corte, in discontinuità rispetto ai principi sino a quel momento affermati, sembra superare il riferimento al requisito spaziale per colorare l'istituto dell'orario di lavoro anche di ulteriori considerazioni, che inducono a riflettere in ordine all'attualità della nozione stessa di orario di lavoro¹⁴.

di urgenza.

¹¹ C. giust. 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, FI, 2006, IV, nt. G. RICCI sui dipendenti di centri medico sociali e C. giust. 14 luglio 2005 (ord.), C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, FI, 2006, IV, 216, in materia di orario di lavoro dei vigili del fuoco, nt. R. COSIO.

¹² Per una disamina anche S. CORSO, *La "pronta" reperibilità tra "orario di lavoro" e "periodo di riposo: una questione che rimane aperta*, *Variet. temi dir.lav.*, 2020, 185 ss.

¹³ C. giust. V, 21 febbraio 2018, n. 517, *ADL*, 2018, nt. M. MARINELLI, in un caso in cui un vigile del fuoco volontario era tenuto a presentarsi nel luogo di chiamata entro otto minuti. Vd. anche, I. MOSCARITOLE, *Le ore di guardia trascorse dal lavoratore al proprio domicilio con l'obbligo di recarsi nel luogo di lavoro "in tempi brevi" costituiscono "orario di lavoro"*, *DRI*, 2018, 3, 959 ss.

¹⁴ Già prima della sentenza *Matzack*, la dottrina aveva evidenziato come il lavoratore in regime di reperibilità arrecasse un'utilità al datore di lavoro essendo pur sempre soggetto al potere di quest'ultimo, vedendosi limitato il proprio tempo libero, v. V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008, 247

In tal modo, fermo il requisito della disponibilità, il riferimento alla collocazione spaziale della prestazione richiesto dalla normativa sembrerebbe - così argomentando - dissolversi nel terzo requisito richiesto dalla norma, e cioè l'essere nell'esercizio dell'attività e della funzione¹⁵, considerazione questa che se rapportata al lavoro da remoto evoca con sé prospettive nuove in ordine all'(in)attualità della nozione stessa di orario di lavoro.

10.2.1. I nuovi scenari forniti dalle sentenze della Grande Sezione del 9 marzo 2021: il criterio dell'intensità dei vincoli imposti al datore di lavoro

Se dunque, a partire, dalla sentenza *Matzak*, si ravvisa un'apertura verso il riconoscimento del regime di pronta reperibilità quale orario di lavoro, la Grande sezione, con le sentenze del 9 marzo 2021, contribuisce a fornire un ulteriore tassello interpretativo.

La Corte di Giustizia dopo aver ripercorso scrupolosamente e fatti propri i precedenti orientamenti, individua nell'*intensità* dei vincoli imposti al lavoratore il parametro su cui l'interprete deve concentrarsi ai fini della individuazione del *discrimen* tra orario di lavoro-periodo di riposo.

Tale ulteriore elemento sembra valorizzare, in continuità con il precedente orientamento, un ulteriore piano di indagine in ordine alla nozione di orario di lavoro, relativa alla necessità di preservare il tempo di non lavoro¹⁶.

Infatti, superata la necessità della presenza fisica sul luogo di lavoro, inteso quale qualsiasi luogo in cui il lavoratore sia chiamato a

e V.BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, 2008, 221 ss.

¹⁵ La riflessione vale ancor di più in ordine al lavoro da remoto che durante l'emergenza pandemica ha messo ben in luce non solo la irrilevanza del luogo di lavoro, ma anche della distinzione tra tempi di lavoro e tempi di non lavoro. Per un'analisi si rimanda a S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, 2020.

¹⁶ Su tale aspetto si richiama la recente direttiva 2019/1158 del 20 giugno 2019 sulla tematica della necessità di bilanciare i tempi di vita e i tempi di lavoro. Sul tempo libera si rimanda alla trattazione di A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, ed anche G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Milano, Giuffrè, 2005, 156 e P. ICHINO - L. VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi*, Milano, Giuffrè, 2012.

rendere la prestazione di lavoro si affida al requisito della disponibilità un valore preminente, soprattutto se unito ad una indagine qualitativa e quantitativa dei vincoli imposti al lavoratore¹⁷.

La Corte, tuttavia, prende le mosse dai casi sottoposti al suo esame per fornire degli “indici sintomatici” dell’intensità dei vincoli ai fini dello svolgimento della predetta indagine.

In particolare, si pone l’attenzione sul periodo temporale che il lavoratore dispone per riprendere l’attività lavorativa dal momento in cui il datore lo richiede, sulla frequenza delle prestazioni rese durante il periodo di reperibilità, sulla durata “non trascurabile” degli interventi che sono stati effettuati, il tutto tenendo conto, dalla valutazione complessiva, degli effetti che possano derivarne sulla compressione del tempo dedicato alla cura dei propri interessi.

Non rilevano, invece, gli elementi soggettivi che attengono alla sfera del lavoratore quali la distanza che separa il domicilio liberamente scelto dallo stesso, nonché il carattere poco propizio delle attività di svago nella zona dove il lavoratore, per sua scelta, decide di trascorrere il periodo di reperibilità, attesa la difficile natura di raggiungere il luogo di lavoro.

Tuttavia, sebbene ad una prima lettura la Corte sembra fornire una interpretazione estensiva della nozione di orario di lavoro, si mostra poi in concreto restia all’esplicito riconoscimento della stessa. Invero, nei casi sottoposti all’attenzione dei giudici, il lavoratore doveva raggiungere il luogo di lavoro entro un’ora e non sussisteva una frequenza media elevata degli interventi (desumendosi così che non vi siano vincoli pregnanti per il lavoratore)¹⁸.

Allo stesso modo, nell’altro caso sottoposto al suo esame, il fatto di dover raggiungere in 20 minuti il luogo di lavoro, con la tenuta da intervento non risultava di per sé decisivo in assenza della dimostrazione della frequenza degli interventi stessi, rimettendo in entrambi i casi la valutazione ai giudici nazionali¹⁹.

La Corte, pertanto, se da un lato si dimostra favorevole ad una estensione del periodo di reperibilità nella nozione di orario di

¹⁷ Su tale aspetto anche C. MAZZANTI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, CSDLE, It, n. 123/2011, 2.

¹⁸ Così C. giust. Grande sezione, 9 marzo 2021, C-344/19 punti 55 e 56.

¹⁹ Così C. giust. Grande sezione, 9 marzo 2021, C-580/19 punti 54 e 55

lavoro, con l'obiettivo di non interpretare “a discapito” dei lavoratori le norme poste a sua tutela, sul piano pratico si reputa cauta nella valutazione irrimediabilmente rimessa alla discrezionalità dell'interprete.

10.3. Ricadute applicative e problemi aperti

Relativamente al periodo di reperibilità che non costituisce orario di lavoro rimangono a tutt'oggi ancora in sospeso alcune questioni che incidono sulla determinazione degli istituti contrattuali che sono calcolati con riferimento alla durata della prestazione.

La Corte, infatti, con le recenti sentenze, dimostra di non essere indifferente alle ripercussioni che il regime di reperibilità, strettamente intesa, svolge con riferimento ad un triplice ordine di profili.

In primo luogo, in relazione a quello patrimoniale, essendo palese che il sacrificio che si impone al lavoratore di vedersi comunque limitato nella cura dei propri interessi non possa essere compensato, tant'è che sebbene sia pienamente legittimo il mancato riconoscimento di una remunerazione, non si esclude il riconoscimento di una indennità²⁰.

In secondo luogo, la Corte ribadisce preliminarmente il necessario rispetto della limitazione della durata massima del lavoro e dei periodi di riposo giornaliero e settimanale in conformità a quanto previsto dall'art. 31 paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²¹.

Tale precisazione, non risulta di poco conto. Del resto su tale aspetto è la stessa Corte a precisare nelle sentenze in esame che anche qualora i periodi di guardia e prontezza non siano qualificabili come orario di lavoro, devono essere inclusi nel calcolo dei periodi minimi

²⁰ Ciò sintanto che la reperibilità non venga legalmente riconosciuta, tant'è che in assenza di una disciplina tipica la giurisprudenza la qualifica come obbligazione accessoria di natura pattizia. Per una ricostruzione S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003 n. 66*, cit. 1205 ss.

²¹ Su tale aspetto si era pronunciata la medesima Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 14 maggio 2019, C-55/18 *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, punti da 30 a 32.

di riposo giornaliero e settimanale, stabiliti dalla medesima direttiva, con la conseguenza che si imporrebbe, nel nostro ordinamento, una rinnovata riflessione in ordine alla compatibilità dell'art. 7 del d.lgs. n. 66/2003, come modificato dall'art. 41, comma 4, del d.l. 112/2008, che assimilando i periodi di reperibilità a quelli frazionati consente una deroga alla necessaria consecutività delle ore di riposo giornaliero²².

In effetti, come è già stato rilevato, rimane dubbia l'individuazione della base giuridica di tale equiparazione perché sebbene la deroga in caso di attività "frazionate" sia espressamente prevista dalla direttiva comunitaria all'art. 17. par. 4 lett. b, ciò non può dirsi per i periodi di reperibilità²³. Peraltro, alla luce di quanto ribadito dalla stessa Corte di Giustizia, le deroga non sembrerebbe consentita, a meno che non si voglia interpretare in maniera elastica il concetto di "lavoro frazionati"²⁴.

Infine, la reperibilità, anche se non incide sull'orario di lavoro, può avere riflessi in tema di salute e sicurezza del lavoro, aspetto cui è orientata la direttiva medesima, potendo incidere sui cd. rischi psicosociali, soprattutto nel caso di turni effettuati di notte, o di turni di reperibilità lunghi o frequenti. Ciò implica che il datore di lavoro, nell'organizzare l'attività, è tenuto a tenerne in considerazione in armonia con una lettura combinata dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 32 Cost. anche alla luce dell'emergenza interesse verso il benessere organizzativo²⁵. Del resto, sebbene la tematica non abbia destato

²² La normativa citata supera quanto affermato dal Ministero del Lavoro nei due interpelli n. 30 e 31 del 2007. Sulla dubbia base giuridica della norma S. BELLOMO, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, MGL, 2008, 830 ss.

²³ In particolare l'art. 17, par. 4 statuisce che "4. In conformità al paragrafo 2 del presente articolo le deroghe agli articoli 3 e 5 possono essere concesse: a) per le attività di lavoro a turni, ogni volta che il lavoratore cambia squadra e non può usufruire tra la fine del servizio di una squadra e l'inizio di quello della squadra successiva di periodi di riposo giornaliero e/o settimanale; b) per le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata, in particolare del personale addetto alle attività di pulizia".

²⁴ Su tale aspetto sovente si fa riferimento anche ai lavoratori addetti ai servizi ristorativi a ciclo continuo o da quelle attività manutentive, che richiedono interventi a intermittenza e in modo discontinuo.

²⁵ P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, Prisma, 2016, 29 ss.; S. CORSO, *La "pronta" reperibilità tra "orario di lavoro" e "periodo di riposo"*:

sovente interesse tra gli studiosi, non sono mancate riflessioni connesse in relazione alle forme cd. di orario non prevedibile, quale fonte di rischi psico-sociali evidenziando come gli orari di lavoro troppo lunghi, i ritmi di lavoro intensi, lo scarso equilibrio tra vita e lavoro sono tutti fattori che incidono sulla tutela della salute del lavoratore nella doppia prospettiva dell'integrità psicofisica e della personalità morale che non possono comunque non assumere rilevanza alcuna²⁶.

una questione che rimane aperta, Variaz. temi dir.lav., 2020, 196.

²⁶ Per una disamina V. PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità, I working papers di olympus* – 6/2012 - <http://olympus.uniurb.it>.

11. Il diritto alla disconnessione

*Dario Calderara, Assegnista di Ricerca La Sapienza Università di Roma,
Professore a contratto di diritto del lavoro, Università Telematica
Unicusano*

11.1. Premessa

La crisi pandemica Covid-19 ha accelerato quel processo di digitalizzazione del mondo del lavoro, il quale oltre a numerosi vantaggi¹, è portatore, sia verso i datori di lavoro, sia verso i lavoratori, di alcuni svantaggi, tra i quali, ad esempio, possono essere segnalati l'intensificarsi del lavoro e il protrarsi dell'orario di lavoro, che rendono meno netti i confini tra l'attività lavorativa e la vita privata.

Soffermandosi proprio su questi due profili tanto eterogenei quanto connessi, è opportuno approfondire la regolazione dell'orario di lavoro nella cultura del lavoratore "sempre connesso o sempre online"².

Queste implicazioni inducono i lavoratori ad utilizzare gli spazi di flessibilità derivanti dal processo di digitalizzazione e, di conseguenza, alla scomparsa dell'orario di lavoro "rigido", attingendo alla

¹ Vantaggi come, ad esempio, la possibilità di svolgere la propria prestazione lavorativa da remoto, in luogo della necessità di andare fisicamente nel luogo di lavoro. Tradotto nella misura di contrasto alla diffusione del Coronavirus nei luoghi di lavoro.

² Tradotto dall'inglese "*Working anytime, anywhere*" si rimanda per un approfondimento sul tema a un interessante indagine condotta da Eurofound e ILO Working anytime, anywhere: the effects on the world of work, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, Lussemburgo e Ufficio Internazionale del Lavoro, Ginevra, 2017, link: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf

possibilità di lavorare al di fuori del luogo di lavoro. In questo modo ad aumentare è anche il tempo dedicato alle attività lavorative, oltre allo *stress* derivante dalla connessione costante e si riduce così proporzionalmente il tempo dedicato al riposo e alla vita privata³. Queste modifiche impattano in maniera violenta sulla disciplina dei tempi di lavoro e dei tempi di non lavoro e, forse, oltre.

In questo quadro complesso, l'oggetto di studio del presente contributo si focalizzerà sul cd. diritto alla disconnessione, introdotto per la prima volta in Francia⁴, seguita successivamente dall'Italia⁵ e dalla Spagna⁶. Recentemente, il diritto alla disconnessione è stato oggetto di una interessante Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)), suggerendo la promulgazione di una direttiva in tema.

11.2. Il diritto alla disconnessione nell'ordinamento italiano

Gli artt. 18 e ss. della legge n. 81 del 2017⁷ hanno introdotto e regolamentato all'interno dell'ordinamento italiano la disciplina del la-

³ R. KRAUSE, "Always-on": *The Collapse of the Work-Life Separation in Recent Developments, Deficits and Counter-Strategies*, in, *Working in Digital and Smart Organizations. Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, a cura di E. ALES, Springer, 2018, p. 223 ss.

⁴ In Francia, il diritto alla disconnessione è stato introdotto dall'art. 55 della c.d. *Loi Travail* del 2016.

⁵ Legge n. 81 del 2017 all'art. 19.

⁶ In Spagna, il diritto alla disconnessione è stato introdotto nell'ordinamento dall'art. 88 LOPD (*Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*). Successivamente, di recente, sono state aggiunte delle specifiche disposizioni in materia che sono state introdotte nel contesto del *Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*. «BOE» núm. 253, de 23 de septiembre de 2020.

⁷ Prima dell'introduzione della legge n. 81 del 2017 il lavoro agile veniva regolamentato attraverso le regolamentazioni pattizie da parte della contrattazione collettiva, come, ad esempio, l'Accordo Nestlé del 12 ottobre 2012, l'Accordo Barilla del 2 marzo 2015, lo Zurich del 23 settembre 2015, lo Snam del 26 novembre 2015, l'Euler Hermes 15 gennaio 2016, l'Axa del 12 aprile 2016 e l'Eni del 6 febbraio 2017.

voro agile⁸, con lo scopo di incrementare la competitività e con la finalità di migliorare la conciliazione tra la vita e lavoro⁹.

Proprio in relazione alla disciplina del lavoro agile è stato per la prima volta menzionato, il diritto alla disconnessione, nell'ordinamento italiano, all'art. 19, c. 1, della l. n. 81 del 2017, nella parte finale.

L'art. 19, rubricato "Forma e recesso" disciplina - insieme all'art. 21 i contenuti e - le modalità con le quali deve essere previsto l'accordo di lavoro agile e, tra queste, individua la facoltà dell'accordo di determinare le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro¹⁰.

L'accordo individuale oltre ad individuare e definire i tempi di riposo del lavoratore, al di là delle misure ed eventualmente delle tecniche e dell'organizzazione, deve individuare ed assicurare la disconnessione, per evitare, principalmente, ipotesi di sovrapposizione tra la vita lavorativa e la vita privata nell'ottica del legislatore¹¹.

In base ad alcuni esponenti della dottrina e ad alcuni approfondimenti sul tema, i lavoratori da remoto, di media, lavorano più ore

⁸ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, RIDL, 2017, I, 369; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in trasformazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2017, 327, 8; A. MARESCA, *Smart working, subordinazione soft*, www.ilsole24ore.com, 26 luglio 2017, 1; M. PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, 1, 2; A. ALLAMPRESE, P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, RGL, 2017, 2, 316; C. SPINELLI, *Il lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni*, RGL, 2018, 1, 126 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 2017, 335, 1 ss.; infine, sia consentito rinviare a D. CALDERARA, *Il "lavoro agile" nella l. n. 81 del 2017: prospettive d'indagine*, GiustiziaCivile.com, 20 giugno 2018, 1 ss. e D. CALDERARA, *Il lavoro agile nella pubblica amministrazione: prime ipotesi applicative*, LPA, n. 2, 2018, 69 ss.

⁹ F. FERRARO, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP Massimo D'antona, Collective Volumes, 2017, 6, 138.

¹⁰ S. CAIROLI, *Il lavoro agile*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, VIII edizione, 2020, Utet, 101.

¹¹ E. DAGNINO, *Diritto alla disconnessione: Legge n. 81 del 2017 ed esperienza comparata*, DRI, 2017, 4, 1036 ss.

rispetto ai colleghi presenti in ufficio, in virtù del fatto che, per i primi, è maggiormente difficile riuscire a distinguere i momenti di lavoro da quelli destinati alla vita privata¹².

A questo punto si può facilmente dedurre il motivo per il quale, accanto al lavoro agile, è stato introdotto il diritto alla disconnessione, ma i quesiti principali possono essere intuitivamente ricondotti a tre: il primo relativo alla definizione di diritto alla disconnessione, in quanto la normativa non prevede specifiche misure da realizzare; il secondo funzionale a definire da quali strumenti deve essere garantita la disconnessione; il terzo a chi può esercitare tale diritto.

Iniziando a risolvere i quesiti partendo dal terzo, lo stesso appare – per il momento – di facile risoluzione, in base a quanto esposto sinora e, potendo, secondo quanto previsto dalla dottrina maggioritaria, considerare la disconnessione come un diritto dei lavoratori agili¹³ e, pertanto, da loro fruibile.

A mio sommo avviso, però, questa soluzione potrebbe essere fuorviante nel senso che, come previsto da una parte della dottrina, nel caso dei lavoratori agili il diritto alla disconnessione finirebbe per coincidere, in tutto o in parte, con il godimento dei periodi di riposo¹⁴, essendo di conseguenza ridondante rispetto allo stesso.

La problematica, qui, potrebbe essere risolta in base al fatto che per “periodo di riposo”, l’art. 1 del decreto legislativo 66 del 2003 al comma 2, lett. b), definisce qualsiasi periodo che non rientra nell’orario di lavoro¹⁵, mentre il diritto alla disconnessione può essere ricompreso all’interno di un tempo di non lavoro. In questa frazione temporale, preservata in maniera più intensa, il datore di lavoro non può, in nessun caso, connettersi con il lavoratore e a questo punto la

¹² *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Eurofound, ILO Research Report, 2017, 25.

¹³ M. LAI, *Innovazione tecnologica e riposo minimo giornaliero*, *DRI*, 2020, 3, 678. A contrario sulla base di una interpretazione letterale, hanno sollevato dubbi rispetto alla natura della disconnessione alla stregua di un diritto soggettivo del lavoratore. Si veda A. ALLAMPRESE, P. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore agile*, cit., 316 ss.

¹⁴ A. FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, Cedam, 2018, 559.

¹⁵ Per un approfondimento si vd. P. ICHINO, L. VALENTE, *L’orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109, Comm Sch*, Giuffrè, 2012, 307 ss.

disconnessione potrebbe essere distinta anche dal tempo di non lavoro, venendo ricompresa in una sorte di lettura massimalista dell'orario di lavoro¹⁶ o forse oltre. Da queste considerazioni è possibile facilmente intuire che i riposi si possano cumulare, ma non sovrapporre, con il diritto alla disconnessione, permettendo in questo modo una migliore flessibilizzazione della prestazione lavorativa.

La seconda problematica, poc'anzi menzionata, è funzionale a verificare da quali strumenti debba essere garantita la disconnessione del lavoratore, che, secondo le previsioni dell'art. 19, l. n. 81/2017, coincidono con le strumentazioni tecnologiche di lavoro utilizzate dai lavoratori agile.

Gli strumenti tecnologici utilizzati dal lavoratore agile abitualmente, però, consentono una cosiddetta reperibilità¹⁷, una cd. geolocalizzazione e al contempo consentono di avere una connessione, che definirei quasi perpetua, non soltanto potenziale, ma anche di fatto tra lavoratore e datore di lavoro.

Questo profilo è sicuramente legato all'aspetto menzionato nel primo paragrafo relativo all'aumento dello *stress*, oltre all'ansia del soddisfacimento costante della prestazione lavorativa, nell'ottica del lavoratore "sempre connesso o sempre online"¹⁸.

Un utilizzo costante, senza tutele, degli strumenti tecnologici di lavoro utilizzati per svolgere la prestazione lavorativa nel contesto del lavoro agile potrebbe determinare l'insorgere di problematiche legate alla tutela e sicurezza del lavoratore, rendendo necessaria una limitazione temporale che potrebbe essere introdotta attraverso il diritto alla disconnessione. Il problema sorge, di conseguenza, in merito

¹⁶ A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP Massimo D'antona, *Collective Volumes*, 2017, 6, 97.

¹⁷ S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8.4.2003, n. 66, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, VIII edizione, 2020, Utet, 101; R. DEL PUNTA, *La riforma dell'orario di lavoro. D. Lgs 8 aprile 2003, n. 66, DPL*, 2003, 22, inserto, p. VII. In tema da ultimo, si vedano, anche le recenti pronunce della Corte di Giustizia Europea cause C-344/19 e C-580/19.

¹⁸ E. DAGNINO, *La regolazione dell'orario di lavoro nell'era del working anytime, everywhere. Spunti dalla disciplina italiana del lavoro agile e del diritto alla disconnessione*, *Working Paper*, 5, 2021, Adapt, 17.

all'utilizzo e alle modalità di gestione degli strumenti informatici dal lavoratore agile¹⁹.

Il diritto alla disconnessione, inserendosi in questo contesto, esprime la *ratio*, nell'ottica del legislatore del 2017, che sarebbe dovuta coincidere con un bilanciamento, migliore, tra la vita professionale e la vita privata del lavoratore.

La disconnessione deve essere, quindi, ricompresa nella nozione di tempo di non lavoro, provocando di conseguenza una problematica ben delineata relativa alla definizione della nozione del tempo di non lavoro²⁰.

Il tempo di non lavoro è inteso in senso contrario al tempo di lavoro e può essere accostato al tempo libero del lavoratore²¹.

Risalendo a contrario alla prima delle tre questioni interrogative poste²², il diritto alla disconnessione può essere inteso come il diritto a non essere contattato, di cui è titolare e può beneficiare il lavoratore, durante i tempi di non lavoro e imposto, contemporaneamente, in capo al datore di lavoro. Problematica di non semplice risoluzione in cui la contrattazione collettiva sta cercando di intervenire, per colmare la lacuna lasciata dall'ordinamento normativo, sia per regolamentare la scelta di rimettere la disciplina di tale diritto alla mera pattuizione individuale, sia perchè non sono previste sanzioni in caso di inattuazione o mancata regolamentazione del diritto²³.

Quando si parla di diritto alla disconnessione, però, oltre a prendere in considerazione le limitazioni che gravano in capo al datore di lavoro durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, evitando l'interazione con il lavoratore durante la disconnessione, sarebbe opportuno, a mio sommesso avviso, prendere in considerazione un altro profilo.

Il datore di lavoro, infatti, a monte del rapporto, per organizzare

¹⁹ R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, LLI, 2017, 3, 2, 19 ss.

²⁰ C. SPINELLI, *Tempo di lavoro e di non lavoro: quali tutele per il lavoratore agile?*, *GiustiziaCivile.com*, 31.08.2018, 2 ss.

²¹ Per un approfondimento sul tema si vd. R. SANTUCCI, *Tempo di non lavoro*, *Enc Dir*, 2011,1203-1204.

²² Di cui al §2.

²³ In senso analogo M. MANICASTRI, *Lavoro agile*, DP, 2017, 88. Cfr. anche M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., 33.

in maniera più efficiente e maggiormente produttiva l'attività, dovrebbe ridistribuire il carico di lavoro in maniera equa e diminuire quello gravante su ciascun singolo lavoratore, soprattutto in questo particolare momento in cui i lavoratori sono sempre connessi e sempre online, per permettergli di fruire in maniera agevole del diritto alla disconnessione.

11.3. Le ipotesi previste dalla contrattazione collettiva

La contrattazione collettiva²⁴ sta cercando di ovviare alla lacuna normativa, introducendo alcune interessanti iniziative. Tra queste, ad esempio, il CCNL per i dipendenti delle aziende esercenti le industrie alimentari il quale all'art. 21 *quater*, rubricato "*diritto alla disconnessione*" prevede che il lavoratore può disattivare i propri dispositivi di connessione evitando di ricevere comunicazioni aziendali. Nel caso di ricezione di comunicazioni aziendali, in situazioni di disconnessione, il lavoratore non è vincolato ad attivarsi prima della prevista ripresa dell'attività lavorativa. Viene, inoltre, anche specificato che il mancato accesso alle comunicazioni aziendali non potrà essere utilizzato a fini disciplinari.

È stato in più sottoscritto il 1° marzo 2021 un accordo interconfederale per la regolamentazione del lavoro agile tra Cifa e Confsal, che all'art. 10 regola la gestione del diritto alla disconnessione.

Inoltre, sempre di recente sono state approvate le "*Linee guida per il Lavoro Agile nel settore assicurativo e di assicurazione*" tra Ania e First-Cisl, Fisac-Cgil, Fna e Uilca, le quali al punto n. 4, limitatamente all'esercizio del lavoro agile, prevedono particolari modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. La prestazione, infatti, dovrà essere svolta nel rispetto della conciliazione vita lavoro e nel limite dell'orario di lavoro giornaliero e/o eventualmente settimanale, previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro ANIA. Al di fuori di queste previsioni viene prevista in maniera esplicita che il lavoratore potrà disattivare i propri dispositivi di connessione e, eventualmente, nel caso in cui dovesse ricevere delle comunicazioni non sarà obbliga-

²⁴ Da segnalare anche il CCNL per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti delle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 19 dicembre 2019 che all'art. 30 regola il diritto alla disconnessione.

to a prenderli in carico prima della ripresa dell'attività lavorativa.

Alcuni contratti collettivi in sede di rinnovo stanno ipotizzando l'idea di inserire concrete modalità per assicurare al lavoratore il diritto di fruire della disconnessione senza interruzioni. Ad esempio, un'ipotesi potrebbe essere quella di impostare lo "stato" sul *software* utilizzato da "attivo" o "disponibile" a "non disturbare" o "invisibile" impedendo a monte, al datore, la possibilità di inviare messaggi al lavoratore.

11.4. I soggetti titolari del diritto alla disconnessione

Attualmente, come anticipato, i soggetti titolari che possono utilizzare e di conseguenza beneficiare del diritto alla disconnessione sono, come asserisce la l. n. 81/2017, i cd. lavoratori agili.

Sotto questo aspetto, a mio sommo avviso, andrebbero ricompresi tutti i lavoratori che utilizzano strumenti digitali e, oltre a costoro, anche coloro i quali utilizzano tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Questo in ragione del fatto che le problematiche e gli svantaggi espressi in precedenza non sono limitate ai lavoratori cd. agili, ma, principalmente, a tutti coloro i quali utilizzano strumenti informatici poc'anzi descritti.

Pertanto, il diritto alla disconnessione dovrebbe vantare una platea di soggetti possibili titolare dell'esercizio del diritto notevolmente più ampia rispetto a quella attuale e, come prevede la risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)), tale diritto si dovrebbe applicare a tutti i settori, sia pubblici che privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro *status* e dalle loro modalità di lavoro.

11.5. L'iniziativa del Parlamento Europeo

Il diritto alla disconnessione è affascinante, infatti, inizialmente la dottrina sosteneva che fosse un diritto da definire²⁵ e a distanza di diversi anni, si è dinanzi ad una prospettiva di sviluppo del diritto no-

²⁵ E. DAGNINO, *Diritto alla disconnessione: Legge n. 81 del 2017 ed esperienza comparata*, cit., 1041-1042.

tevole, che presto troverà una regolamentazione europea in base alla promulgazione di una direttiva specifica in tema, che ha oltrepassato l'immaginario del legislatore del 2017.

Durante il corso del 2020 il Parlamento Europeo²⁶ ha iniziato i lavori, conclusi nel 2021, per recare raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, perché non esiste, attualmente, una normativa generica su tale diritto, ma soprattutto perché la digitalizzazione, a seguito della pandemia, ha comportato enormi svantaggi con riferimento all'organizzazione dell'orario di lavoro, con effetti e implicazioni in relazione all'obbligo di salute e sicurezza dei lavoratori²⁷, che potranno essere salvaguardati esclusivamente con la previsione di un congruo diritto alla disconnessione. Tra i punti fondamentali della proposta di direttiva è opportuno segnalare l'art. 2 che definisce il diritto alla disconnessione come *“il mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro”* e l'art. 4 che prevede, in capo agli Stati membri l'obbligo di stabilire, previa consultazione delle parti sociali, le modalità dettagliate per permettere l'esercizio del diritto di disconnessione da parte dei lavoratori comprese le modalità che praticamente devono essere utilizzate per scollegarsi dagli strumenti digitali utilizzati per svolgere la prestazione²⁸.

11.6. Brevi conclusioni

Una volta estratto il diritto alla disconnessione dal lavoro agile e proiettato all'intero di tutti i rapporti di lavoro in cui i lavoratori utilizzano strumenti digitali e tecnologie dell'informazione e della comunicazione, la disconnessione si ricava all'interno del tempo di non lavoro. Questo tempo è un tempo di non lavoro qualificato dal fatto che il lavoratore non deve essere raggiunto da alcuna sollecitazione da parte del datore di lavoro. Sembrerebbe difficilmente ipotizzabile

²⁶ Presentando il testo A9-0246/2020.

²⁷ Si vd. A. DELOGU, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori durante l'emergenza epidemiologica, Lavoro e tutele al tempo del Covid-19*, a cura di S. BELLOMO, A. MARESCA, G. SANTORO-PASSARELLI, Giappichelli, 2020, 109 ss.

²⁸ E. PAGANI, *Controllo a distanza del lavoratore, diritto alla disconnessione e data governance negli anni del Covid-19*, *Quotidiano Giuridico*, 17.03.2021, 1 ss.

una conclusione simile a quella raggiunta in Spagna con il *Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, in cui la disconnessione possa venir meno per un'esigenza del datore di lavoro. Ciò si verifica per il semplice fatto che se il lavoratore non può essere soggetto ad alcuna sollecitazione le ipotesi sono due: o questa avviene preventivamente da parte del datore e, di conseguenza, viene meno la disconnessione a monte – e il lavoratore non potrebbe di fatto mai godere del diritto a pieno –, oppure durante la disconnessione il lavoratore, non essendo connesso, non è raggiungibile dalle sollecitazioni del datore, sottraendosi attraverso la disconnessione. In conclusione, quindi, la disconnessione attiene al diritto del lavoratore a non essere sollecitato e si realizza interdichendo i mezzi di comunicazione. Pertanto, la conclusione a cui si dovrà mirare per prospettare una corretta attuazione del diritto alla disconnessione dovrà coincidere, a mio sommo avviso, con l'eliminazione della possibilità di mettere in contatto il datore con il lavoratore, durante il periodo di godimento della disconnessione regolata da uno specifico accordo. La modalità più semplice è quella di poter interdichere l'invio del messaggio da parte del datore al lavoratore, inibendolo prima che arrivi sul terminale del lavoratore, per poi renderlo visibile al lavoratore solamente al termine del tempo di disconnessione.

Pongo un ultimo quesito interlocutorio, relativo al fatto che sarebbe fondamentale e probabilmente potrebbe caratterizzare un profilo preliminare della fruizione della disconnessione, un ulteriore aspetto, ovvero l'esame dell'orario di lavoro in maniera coordinata con le nuove forme di lavoro e di svolgimento della prestazione²⁹.

²⁹ Si rinvia per un approfondimento a A. MARESCA, Contrattazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal covid-19: esperienze e prospettive, RIDL, 2020, 2, 287 ss.

12. Il tempo della prestazione nello spettacolo: l'orario di lavoro dell'attore

Beatrice Rossilli, Dottoranda nell'Università Sapienza di Roma

12.1. Il tempo di lavoro dell'attore. Profili di specialità

Essendo molteplici le professionalità impiegate nel settore dello spettacolo¹, è forse utile ribadire sin dal principio il campo d'indagine che, in questa sede, si articola entro il perimetro corrispondente alla figura dell'attore professionista².

In tema di orario di lavoro non può sottacersi la difficoltà di individuare nell'ambito della prestazione attoriale l'orario corrispondente all'effettiva prestazione lavorativa, soprattutto se si guarda a questo genere di attività in una prospettiva classica del diritto del lavoro, vale a dire, stretta nella concezione dell'organizzazione del lavoro modellata sull'impresa fordista.

Da una tale prospettiva, difatti, è comprensibile che l'interprete incontri una certa difficoltà a riconoscere in cosa consista il tempo di lavoro dell'attore e quali attività in esso possano essere ricomprese.

¹ L'unico riferimento normativo nel quale è possibile rinvenire una puntuale catalogazione delle professionalità rientranti nel novero dei lavoratori dello spettacolo è contenuto nel d.lgs. C.p.S. 16 luglio 1947, mediante il quale venne istituito l'ente previdenziale nazionale di previdenza e assistenza per i lavoratori dello spettacolo (ENPALS). L'art. 3 di cui al decreto citato, reiteratamente modificato e integrato da successivi interventi normativi ed amministrativi, definisce l'elenco delle figure professionali cui grava l'onere di iscrizione all'ente previdenziale di riferimento.

² Tale tipologia di lavoratore è stato qualificato dalla Cassazione quale lavoratore subordinato. L'orientamento che emerge dalle pronunce della giurisprudenza di legittimità, per quanto risalente, non è stato mai sconfessato. Si segnala una delle prime sentenze in materia Cass. 21 luglio 1957, n. 305, *FI*, 1958, I, 850.

Quando un attore stipula un *contratto di scrittura individuale*, difatti, accetta di *mettere in scena un ruolo*, per la cui realizzazione, spesso, è necessario avviare un processo che è precedente all'adempimento della prestazione lavorativa in senso stretto (l'attività recitativa e performativa) e la cui realizzazione, sovente richiede un lasso di tempo di una durata considerevole.

Ebbene, tale periodo può essere qualificato orario di lavoro?³

La stessa domanda potrebbe porsi in relazione al tempo delle prove, o al tempo intercorrente tra una *posa* e un'altra durante le giornate di riprese.

Senonché, sebbene non vi siano dubbi che la prestazione lavorativa in esame presenti, evidentemente, degli elementi di specialità, non risulta dal dato normativo che essa si possa ritenere esclusa dal campo di applicazione del d.lgs. n. 66/2003⁴.

12.2. Il tempo di preparazione dell'attore nel settore cine-audiovisivo

Difatti, se si guarda alla disciplina sull'orario di lavoro rinvenibile nel contratto nazionale di settore⁵, questa risulta plasmata sulla base della disciplina legale⁶ di riferimento.

Tra i diversi profili che rilevano in materia di orario di lavoro nell'ambito del rapporto che intercorre tra attore e casa di produzione (teatrale o cine-audiovisiva), si intende qui offrire qualche spunto di riflessione in relazione alla modalità di qualificazione del tempo che l'attore impiega in ordine alla preparazione, essenziale per lo

³ Si segnala che è stato presentato alle Camere un ddl (C. 2819) che si propone di istituire un'indennità di discontinuità, quale strumento di tutela specifica dei lavoratori iscritti in via esclusiva nel fondo pensioni lavoratori dello spettacolo (F.P.L.S.). In tale disegno di legge, indubbiamente, viene riconosciuta una dignità al tempo compreso nel processo di preparazione dell'attore, in quanto le giornate impiegate in questa fase rilevano ai fini del conteggio del numero minimo di giornate lavorative, necessario per accedere al reddito di discontinuità.

⁴ Cfr. art. 2 d.lgs n. 66/2003 rubricato "Campo di applicazione", nel quale risultano indicati i settori nei confronti dei quali le disposizioni contenute nel decreto non vengono applicate.

⁵ Vd. il CCNL Teatri (personale artistico) in vigore, sottoscritto, in rappresentanza dei lavoratori, da SLC-CGIL, FISTEL-CISL e UILCOM-UIL.

⁶ Cfr. art. 11 del CCNL Teatri (personale artistico), nella sezione dedicata agli attori.

svolgimento della prestazione lavorativa dedotta nel contratto di scrittura individuale.

È doveroso preliminarmente chiarire cosa debba intendersi per *tempo della preparazione*, dovendosi da tale nozione escludere il tempo dedicato dall'attore nel compimento di quelle attività - pure imprescindibili - di studio e formazione che, sebbene anch'esse si pongano in una fase antecedente rispetto all'espletamento della prestazione artistico performativa, tuttavia, si collocano al di fuori della riflessione che in questa sede si intende offrire.

Nel tempo della preparazione, invero, qui si intende ricompreso il tempo necessario per la vestizione degli abiti di scena, nonché il tempo dedicato alle sessioni di trucco in occasione degli spettacoli, delle prove generali o nella fase immediatamente anteriore all'avvio delle giornate di riprese ove l'attore risulta coinvolto.

In altre parole, il tempo necessario per lo svolgimento di tutte quelle attività complementari all'esecuzione della prestazione lavorativa di natura artistica e per la cui realizzazione l'attore si impegna.

Se, per quanto riguarda il settore teatrale, non sembrano esservi dubbi sulla computabilità nel normale orario giornaliero di lavoro del tempo impiegato dall'attore in questo tipo di attività - essendo ciò esplicitamente definito nel contratto collettivo nazionale di settore⁷ - lo stesso non può dirsi nel settore dell'audiovisivo.

L'assenza di un contratto collettivo in tale settore⁸ ha consentito che la regolamentazione dell'orario di lavoro (e non solo) fosse

⁷ Cfr. art. 11 CCNL Teatri (personale artistico): "Agli effetti dell'esaurimento dell'orario ordinario di lavoro in giornata di spettacolo, va computata l'effettiva durata dello spettacolo, nonché il tempo dedicato al trucco ed allo strucco (...). Il tempo dedicato al trucco ed allo strucco in occasione degli spettacoli o delle prove generali deve essere computato nel normale orario giornaliero di lavoro. (...) Anche il tempo quotidianamente dedicato alle prove di trucco e di costumi deve essere computato nel normale orario di lavoro".

⁸ L'urgenza di stipulare un contratto collettivo nazionale di settore è stata reiteratamente manifestata dai lavoratori del settore. Dal canto loro, però, le rappresentanze datoriali (Anica, APA) hanno più volte evidenziato la difficoltà di avviare una trattativa con le rappresentanze dei lavoratori del settore in quanto, queste, sarebbero caratterizzate da un'eccessiva frammentarietà e disorganicità e, pertanto, risulterebbero inidonee a rappresentare l'interesse collettivo della generalità dei lavoratori, ovvero, a prospettare un programma omogeneo e condiviso.

affidata alla sola negoziazione individuale e, sul punto, si registra che nei contratti di scrittura artistica, risulta diffusa la consuetudine di estromettere dal computo dell'orario di lavoro il tempo impiegato dall'attore per lo svolgimento di tutte quelle attività complementari alla prestazione lavorativa e che, nondimeno, costituiscono parte integrante della obbligazione dedotta nel contratto.

Tale scelta desta delle perplessità, per due principali ragioni: in primo luogo si deve segnalare che tale prassi consente che si configuri uno iato tra le tutele in tema di orario di lavoro riconosciute all'attore, a seconda che egli sia impiegato nel settore teatrale, ovvero, nel settore audiovisivo.

Per di più, ciò conduce la riflessione ad un problema più ampio e generale in quanto, varrebbe a dire che a seconda dell'ambito di impiego del lavoratore, egli vedrà qualificarsi in modo difforme un'attività avente sostanzialmente il medesimo contenuto.

In secondo luogo, si ritiene che la scelta di escludere il tempo necessario per l'espletamento delle attività preparatorie allo svolgimento della prestazione attoriale, appare una soluzione non propriamente ragionevole.

Ragionando per analogia, difatti, il tempo impiegato per tale finalità potrebbe assimilarsi al c.d. *tempo-tuta*, espressione di derivazione giurisprudenziale, la cui accezione sta ad indicare la frazione temporale necessaria al lavoratore per la vestizione della divisa aziendale.

Se si guarda alla nozione offerta dal legislatore *ex art. 1, comma 2, lett. a* del d.lgs. n. 66/2003, costituisce orario di lavoro «qualsiasi periodo in cui il lavoratore è al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività o funzioni», viceversa, costituisce periodo di riposo «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro».

Emerge, pertanto, che il legislatore, nell'accogliere una visione duale collimata nel binomio antitetico tempo di lavoro/tempo di non lavoro, non abbia contemplato soluzioni intermedie⁹ e, con ciò, abbia

⁹ È bene evidenziare, d'altronde, che nemmeno la normativa europea prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo, così come rilevato a più riprese dalla Corte di Giustizia Europea. Cfr. C. giust. 4 marzo 2011, C-258/10, DJ, C. giust. 11 gennaio 2007, C-437/06, FI, 2007, IV, 227, C. giust. 1 dicembre 2005, C-14/04, FI, 2006, IV, 215, nt. COSIO.

posto alcuni dubbi rispetto all'estensività dell'interpretazione della nozione stessa di orario di lavoro.

Ciò che risulta chiaro dal dato normativo, ad ogni modo, è che per qualificare un determinato intervallo di tempo come orario di lavoro è necessario che si realizzino congiuntamente i tre presupposti individuati dalla definizione legale, ossia, è necessario che il lavoratore sia: 1) al lavoro, 2) a disposizione del datore di lavoro e 3) nell'esercizio delle attività o delle funzioni.

Seppure, il legislatore non si esprima in merito al regime delle attività preparatorie allo svolgimento della prestazione¹⁰, in riferimento al *tempo-tuta*¹¹ risulta consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il tempo di vestizione rientrerebbe nell'orario di lavoro (dovendo, pertanto, essere retribuito), fintantoché risulti l'assoggettamento del lavoratore al potere conformativo del datore di lavoro¹².

Qualora, difatti, venga accertato che tale attività risulti eterodiretta dal datore di lavoro che ne disciplini il tempo e il luogo

Sia ivi permesso solo ricordare, inoltre, che il legislatore francese, nel recepire la direttiva europea n. 93/104 attraverso l'approvazione della legge c.d. "Aubry II" (n. 2000-37), ha invece regolamentato quelle ipotesi che seppure non ricomprese nel tempo di lavoro, per il loro valore, non appaiono assimilabili neppure al riposo. Per un maggior approfondimento sul punto si rinvia ad A. ALLAMPRESE, *La nozione europea di orario di lavoro e il suo recepimento in Francia: spunti di riflessione per il legislatore italiano*, LG, 2001, 1122.

¹⁰ È stato evidenziato in dottrina che per "attività preparatorie" dovessero intendersi tutte quelle attività non sono assimilabili al lavoro in senso stretto, ma che appaiono indispensabili o funzionali all'esercizio della prestazione lavorativa. Tra tutti, si rinvia a G. CRESPI, M. BUZZINI, *Tempo tuta e disciplina contrattuale: l'orientamento della Cassazione*, Glav, 2011, 19, 24, A. ALLAMPRESE, *Computabilità del c.d. "tempo tuta" nell'orario di lavoro*, LG, 1999, 1, 31.

¹¹ Più in generale sul tempo-tuta cfr. G. FONTANA, *La nozione di orario di lavoro e la questione della retribuitività del cosiddetto "tempo-tuta"*, ADL, 2012, III, 742, R. COCCIA, *Computabilità del c.d. tempo-tuta nell'orario di lavoro*, LPO, 2009, II, 252, G. RICCI, *Sulla riconducibilità del c.d. "tempo tuta" alla nozione di lavoro effettivo: recenti orientamenti giurisprudenziali a confronto*, FI, 1999, I, 3610; ID., *Esclusione dall'orario di lavoro del tempo per indossare la divisa di lavoro*, FI, 2004, 89.

¹² *Ex multis*, Cass. 7 maggio 2020, n. 8623, *Gdir*, 2020, 23, 121, T. Bari, 4 febbraio 2020, n. 623, *DJ*, Cass. 11 gennaio 2019, n. 505, *FI*, 2019, I, 778. Cass. 28 marzo 2018, n. 7738, *FI*, 2018, I, 1576, Cass. 13 aprile 2015, n. 7396, *FI*, 2015, I, 1953, Cass. 7 febbraio 2014, n. 2837, *FI*, 2014, I, 780, Cass. 10 settembre 2010, n. 19358, *LG*, 2010, 1137, nt. C.A. GIOVANARDI.

di esecuzione, essa configurerebbe tempo di lavoro¹³.

Alla luce di tale interpretazione può dirsi che, secondo la giurisprudenza, l'ampiezza della formula legislativa di cui all'art. 1, comma 2, lett. a del d.lgs. n. 66/2003, delinea una nozione di orario di lavoro dai confini flessibili, nella quale risulterebbe ammissibile ricomprensione di operazioni anche solo funzionali alla prestazione lavorativa, ivi compreso le operazioni di vestizione.

Ammesso, però, che venga accertata la soggezione al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro, coefficiente necessario per far sì che una certa attività venga qualificata come lavorativa.

Tale orientamento, per di più, risulta assolutamente coerente con le pronunce della Corte di Giustizia Europea in materia¹⁴.

Da una disamina delle diverse pronunce giurisprudenziali, l'eterodirezione può essere riscontrata in diversi fattori, ad esempio, nell'esplicita disciplina del c.d. tempo-tuta nella contrattazione aziendale o nazionale, ovvero, nella natura degli indumenti e nella loro specifica funzione, nonché nella determinazione da parte del datore di lavoro di tempi e luoghi della vestizione.

Ebbene, alla luce delle considerazioni sinora svolte e riprendendo le fila dell'indagine iniziale, non sembra corretto ritenere che le attività complementari all'esecuzione della prestazione attoriale possano essere escluse dal computo dell'orario di lavoro potendosi, invero, ravvisare in esse non solo gli estremi indicati dal legislatore di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), ma anche il presupposto dell'eterodirezione, così come variamente rappresentato dalla giurisprudenza.

Non vi sono dubbi, difatti, che l'attore sia contrattualmente vincolato circa il tempo e il luogo in cui eseguire l'attività di

¹³ La ricostruzione giurisprudenziale è stata poi via via integrata, talvolta ponendo il *focus* sulla funzione stessa assegnata alla divisa da lavoro, determinando un distinguo a seconda che l'utilizzo del particolare abbigliamento fosse stato prescritto a tutela dell'integrità fisica del lavoratore (in questo senso, il tempo impiegato per la vestizione rientrava nell'orario di lavoro) o se risultasse imposto, invece, da esigenze connesse all'immagine aziendale (in questo caso, la divisa veniva indossata in luogo dell'abito personale, escludendo con ciò che il tempo per la vestizione potesse rientrare nell'orario di lavoro). Cfr. Cass. ord. 22 novembre 2017, n. 27799, *FI*, 2018, I, 200, Cass. 26 gennaio 2016, n. 1352, *FI*, 2016, I, 1286, Cass. 8 febbraio 2012, n. 1817, *Glav*, 2012, 23.

¹⁴ Cfr. ad esempio, C. giust., 10 settembre 2015, n. 266, *ilGiuslavorista*.

vestizione e di trucco e che egli, in questa fase, sia assoggettato al potere conformativo del datore di lavoro.

Ciò si evince, a fortiori, dalla natura e dalla funzione stessa degli indumenti e del *maquillage* che risultano mezzi necessari per l'espletamento della prestazione attoriale.

Deve escludersi, difatti, che essi attengano allo svolgimento di un compito meramente strumentale o accessorio rispetto all'obbligazione principale, stante il fatto che l'attore, in questo lasso temporale, non possa esimersi dall'adeguarsi alle direttive impartitegli dal datore di lavoro.

Certamente, la soluzione idonea a fugare ogni dubbio interpretativo potrebbe derivare da un intervento da parte della contrattazione collettiva – come anticipato, allo stato, assente nel settore audiovisivo - nella misura in cui si occupasse di disciplinare espressamente la materia in esame¹⁵.

12.3. Considerazioni conclusive

Si segnala che le fattispecie giunte all'attenzione della giurisprudenza di legittimità e di merito interessavano tutte lavoratori dipendenti che avevano rivendicato in giudizio il diritto a vedersi computare nel normale orario di lavoro il tempo dedicato all'esecuzione di attività complementari, al fine di vedersi riconosciuta la remunerazione di riferimento.

In sostanza, la qualificazione di un intervallo di tempo dedicato all'espletamento di una particolare attività quale tempo di lavoro rilevava, in quei casi, ai fini retributivi.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro artistico, invece, potrebbe dirsi che tale qualificazione giochi un ruolo diverso, anche perché si ricordi che la retribuzione, per questo tipo di prestazione, non è calcolata su base oraria ma, al contrario, viene corrisposta in modo forfettario, a cachet.

Si è da principio menzionata l'impostazione duale che il legislatore ha assorbito dalla normativa europea nel d.lgs. n. 66/2003,

¹⁵ Similmente a quanto previsto nel CCNL Teatro, v. *supra* nt. 7

limitandosi a definire ciò che debba intendersi per orario di lavoro e cosa, invece, costituisce periodo di riposo e si è detto, altresì, che l'aver omesso di regolare quelle situazioni intermedie ha generato incertezze circa l'ampiezza dell'interpretazione della nozione giuridica di orario di lavoro.

Ciò, inevitabilmente, genera delle ripercussioni sul profilo della misurazione della durata della prestazione e sul raggiungimento del limite massimo settimanale al suo svolgimento, individuato dal legislatore in una prospettiva di protezione della salute e sicurezza dei lavoratori¹⁶.

Comprendere cosa debba ritenersi incluso nella nozione di orario di lavoro, difatti, rileva proprio in riferimento al calcolo dello stesso, al fine di poter applicare le norme sulla durata massima della prestazione, ovvero, per qualificare l'orario come straordinario.

Il settore audiovisivo meriterebbe un'attenzione maggiore, pertanto, anche in termini di regolamentazione di orario di lavoro poiché la mancanza di un CCNL di settore ha fatto sì che si sviluppassero prassi – in riferimento all'universalità degli istituti regolati dal d.lgs. n. 66/2003 - di cui deve essere valutata la (dubitabile) compatibilità con le regole legali in materia.

¹⁶ Cfr. art. 1, comma 1, Direttiva 1993/104/CE, che è stata attuata dal legislatore mediante il d.lgs. n. 66/2003.

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Presidente

UMBERTO GENTILONI

Membri

ALFREDO BERARDELLI
LIVIA ELEONORA BOVE
ORAZIO CARPENZANO
GIUSEPPE CICCARONE
MARIANNA FERRARA
CRISTINA LIMATOLA

Il Comitato editoriale assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori, anch'essi anonimi. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: www.editricesapienza.it

COLLANA CONVEGNI

Per informazioni sui precedenti volumi in collana, consultare il sito:
www.editricesapienza.it

50. Contesti, forme e riflessi della censura
Creazione, ricezione e canoni culturali tra XVI e XX secolo
Lucia Bachelet, Francesca Golia, Enrico Ricceri, Eugenia Maria Rossi
51. I Romani nelle Alpi
Storia, epigrafia e archeologia di una presenza
Gian Luca Gregori e Romeo Dell'Era
52. Sapienza for International Development Cooperation
Strategies, Projects, Actions
Carlo Giovanni Cereti and Francesca Giofrè
53. Lo scaffale degli scrittori: la letteratura e gli altri saperi
*Miriam Carcione, Matilde Esposito, Serena Mauriello,
Letizia Anna Nappi, Ludovica Saverna*
54. Competenza comunicativa: insegnare e valutare
L'università tra scuola e mondo del lavoro
Marita Kaiser, Federico Masini, Agnieszka Stryjecka
55. Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo
Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi
Claudio Consolo, Alessandro Fabbi, Andrea Panzarola
56. Historical-Cultural Theory
Studies and research
Guido Benvenuto and Maria Serena Veggetti
57. Tempi di lavoro e di riposo
Leggi nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia
Stefano Bellomo e Arturo Maresca

L'idea di dar vita a questo volume nasce dallo stimolante confronto sul tema dell'orario di lavoro organizzato dai dottorandi e dai giovani ricercatori dell'Università Sapienza di Roma. Gli scritti riprendono gli interventi dei relatori del webinar *"Tempi di lavoro e di riposo: leggi nazionali, norme europee e interventi della Corte di Giustizia"*, da cui il titolo del volume, tenutosi il 7 aprile 2021. L'opera sviluppa una riflessione corale sul tema dell'orario di lavoro, con particolare attenzione ai suoi limiti e confini, sempre più labili e incerti. I diversi scritti di cui si compone, nonostante le differenze di approccio e di metodo, rivelano l'esistenza di un fitto dialogo tra gli studiosi. La varietà dei temi affrontati dimostra come la disciplina dell'orario di lavoro rappresenti una sede privilegiata per l'osservazione delle trasformazioni del lavoro e per dare conto delle esigenze di tutela della persona durante i periodi di non lavoro. Attraverso le riflessioni degli autori, si comprende come, ancora oggi, l'orario di lavoro rappresenti una sfida innovativa per gli interpreti, che si interrogano alla ricerca di soluzioni ragionevoli.

Stefano Bellomo è professore ordinario di Diritto del lavoro alla Sapienza Università di Roma. È autore di numerose pubblicazioni e membro del comitato scientifico di diverse riviste specializzate, in Italia e all'estero. È stato relatore in diversi convegni, nazionali e internazionali. È avvocato e membro della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro presso l'Università di Roma Tre.

Arturo Maresca, già professore ordinario di Diritto del lavoro alla Sapienza Università di Roma, è autore di numerose pubblicazioni e fa parte del comitato scientifico di alcune tra le più prestigiose riviste specializzate. È stato relatore in diversi convegni, nazionali e internazionali. È avvocato e membro della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro presso l'Università di Roma Tre.

ISBN 978-88-9377-207-5



9 788893 772075

