



FOCUS LAVORO, PERSONA, TECNOLOGIA
27 LUGLIO 2022

Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma



Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro*

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: L’autore offre una riflessione sulla possibilità di ripensare la nozione di “tempo di lavoro” a fronte della necessità di tenere oggi in considerazione le trasformazioni digitali che, insinuandosi nell’organizzazione del lavoro in modo sempre più incisivo, influiscono fortemente sulla definizione dei confini tra il tempo della prestazione e il tempo della persona, rendendoli assai più labili. Il saggio riflette, altresì, sull’orario di lavoro del lavoratore agile e sul diritto alla disconnessione, strumento idoneo a garantire una più netta delimitazione degli spazi temporali adibiti alla prestazione lavorativa.

Title: Forms of “digital” employment and working time regulation

Abstract [En]: The author offers a reflection on the possibility of rethinking the notion of “working time” in the face of the need to take into account today’s digital transformations that, creeping into the organisation of work in an increasingly incisive manner, strongly influence the definition of the boundaries between the time of performance and the time of the person, making them much more blurred. The essay also reflects on the working time of the agile worker and on the right to disconnection, a suitable instrument to guarantee a clearer delimitation of the time spaces used for work performance.

Parole chiave: orario di lavoro, tempo di riposo, digitalizzazione, lavoro agile, disconnessione

Keywords: working time, rest time, digitalization, agile working, disconnectio

Sommario: **1.** Premessa. Elementi di modernità nella relazione tra tempo e subordinazione **2.** La disciplina dell’orario di lavoro come crocevia delle istanze organizzative, patrimoniali, esistenziali delle parti del rapporto di lavoro. **3.** Tempo, lavoro, persona e diritto nel rapporto di lavoro standard e nelle sue varianti digitali. L’idea (surrettizia) della specialità e quella contrapposta dell’integrazione. **4.** La rilevanza accordata al criterio dell’intensità. **5.** La rilettura e l’applicabilità dei principi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di orario nei confronti delle forme di lavoro remotizzato e presenziale. **6.** Segue. L’orario (agile) di lavoro. **7.** Le indicazioni ricavabili dal recente Protocollo Governo-Parti sociali **8.** Orario di lavoro, lavoro agile e diritto alla disconnessione.

1. Premessa. Elementi di modernità nella relazione tra tempo e subordinazione

Ragionare sulla possibile ridefinizione della relazione tra lavoro e tempo alla luce dell’evoluzione sempre più marcata delle concrete modalità attraverso le quali viene ad esplicitarsi la connessione tra il potere

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo è apparso, in una prima versione, nel volume II degli *Scritti per i cento anni della nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, pp. 1017 ss.; esso costituisce il testo rielaborato dell’intervento svolto al Consiglio Nazionale dell’Economia e del lavoro il 26 novembre 2021 nella sessione dei *Dialoghi su Innovazione, Tecnologia e Lavoro* dedicata a *Lavoro, tempi e luoghi digitali*. Si ringraziano per la ricerca documentale e l’ausilio bibliografico i Dott.ri Fabrizio Ferraro e Dario Calderara, ricercatori presso la Cattedra di Diritto del Lavoro nel Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma *Sapienza*.

organizzativo e di coordinamento dell'imprenditore e l'obbligo di collaborazione gravante sul lavoratore subordinato¹ (e non solo) si presenta come un impegno particolarmente sfidante.

Questo perché dietro alle specifiche problematiche esaminate dalla giurisprudenza nazionale e soprattutto europea, ricollegabili al progressivo assottigliarsi della linea di confine tra alcune fattispecie, come l'orario di lavoro² ed il suo naturale dirimpettaio rappresentato dal periodo di riposo (espressione che suona sempre più limitata ed anacronistica), la reperibilità³ e le pause di lavoro, si dischiudono prospettive di maggiore ampiezza, che investono direttamente e molto più profondamente che nel passato, anche recente, la dimensione temporale entro la quale viene a collocarsi lo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato e l'incidenza della stessa su di una vasta serie di istituti che concorrono alla sua regolazione. L'osservazione di Renato Scognamiglio, che evidenziava nel 1989 come la continuità o reiterazione nel tempo (in forma illimitatamente divisibile, come puntualizzato da Pietro Ichino⁴) del contegno che il debitore è tenuto a mantenere per l'intera durata della prestazione costituisca uno dei più forti elementi caratterizzanti l'elemento qualificante o connotato essenziale dell'assoggettamento ai poteri imprenditoriali che a sua volta costituisce il tratto peculiare della fattispecie regolata dall'art. 2094 c.c., conserva oggi integra la sua attualità⁵.

Al contempo, tuttavia, si assiste ad evoluzioni ordinamentali le quali fanno sì che oggi ben più che in passato i risvolti e l'incidenza di tale continuità, non tanto e non solo sul versante dell'adempimento del prestatore di lavoro quanto su quello dell'obbligo datoriale di sicurezza nelle sue diverse declinazioni⁶, postulino una parziale reinterpretazione di presidi normativi in precedenza considerati come afferenti la sfera della corrispettività e pertanto applicati, prevalentemente se non esclusivamente, in chiave di commisurazione del puntuale assolvimento dell'obbligazione lavorativa.

¹ Per un inquadramento generale della tematica si v., recentemente G. SANTORO PASSARELLI, voce *Lavoro subordinato*, *Diritto on line Treccani*, 2015.

² Sia consentito rinviare, per una ricostruzione della nozione di orario di lavoro a S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2020, pp. 1205 ss.; P. ICHINO - L. VALENTE, *L'orario di lavoro e i riposi. Artt. 2107-2109, Comm Sch*, Milano, 2012, pp. 307 ss., nonché C. ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP CSDLE, It, n. 123/2011, p. 2.

³ In argomento si rinvia sin da ora a S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2021, n. 2, p. 336 ss.; e come *tertium genus* M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore. Il tertium genus dell'orario di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, I, p. 93; C. MAZZANTI, *I tempi intermedi nella nozione binaria di orario di tempo di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2/2019, p. 221.

⁴ P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, 1984, p. 16 ss.

⁵ R. SCOGNAMIGLIO, voce *Lavoro subordinato*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, pp. 975 e 985.

⁶ Si rammenta e si ribadirà in seguito come l'attuale regolazione di matrice eurounitaria dell'orario e dei tempi di lavoro si collochi all'interno del quadro attuativo della Direttiva quadro n. 89/391/CEE 12 giugno 1989 e si innesti, quindi, nella generale direttrice teleologica volta all'adeguamento del lavoro all'uomo (art. 6.1, lett. d, della direttiva 89/391). L'espressa applicabilità dei principi della direttiva quadro alle materie oggetto della direttiva 2003/88/CE è sancita dall'art. 1.4 di quest'ultima.

A fronte ed in conseguenza di un significativo riorientamento o arricchimento di prospettive, tali segmenti regolativi risultano oggi sempre più incisivamente permeati, in termini parzialmente inediti, da profili afferenti la salvaguardia della dimensione esistenziale del lavoratore subordinato; una dimensione non più confinata e confinabile nell'area del c.d. tempo libero, ossia nel "perimetro esterno" rispetto all'area dell'adempimento *stricto sensu* (storicamente concepita come del tutto coincidente con quella dell'orario di lavoro) e tradizionalmente destinata quindi ad assumere rilevanza solo "per differenza" o sottrazione rispetto a quest'ultimo⁷. La modernità digitale fa sì che i confini tra il tempo della prestazione ed il tempo della persona siano non più sequenzialmente posizionati come nei rapporti di lavoro improntati alla produzione industriale o alle ciclicità stabili, ma appaiano oggi assai più labili, mobili e frastagliati.

È necessario tornare ad interrogarsi, in buona sostanza, in quali termini possa e debba essere reinterpretata l'impostazione rigorosamente dualistica ancora oggi formalmente avallata dalla dicotomia tra "orario di lavoro" e "periodo di riposo" riscontrabile nella direttiva 2003/88/CE ed integralmente recepita dal D.Lgs. n. 66 del 2003 così come tradizionalmente intesa e fondata sulla premessa, oggi revocabile in dubbio, dell'equiparazione tra tempo di lavoro e tempo continuativamente, ossia *ininterrottamente, costantemente ed uniformemente* dedicato all'attività lavorativa.

Tale schema può risultare ancora valido con riferimento a specifiche fattispecie come quella del lavoro a tempo parziale (tuttora definita in termini puntualmente ispirati alla ricostruzione dell'istituto accolta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 210 del 1992) ma mostra alcune non trascurabili fenditure con riferimento alla "*forma contrattuale comune*" in senso sostanziale, rappresentata dal rapporto di lavoro non solamente a tempo indeterminato, ma inteso nella sua ordinaria fisionomia di rapporto a tempo pieno e quindi tendenzialmente assorbente l'intero impegno lavorativo del prestatore.

2. La disciplina dell'orario di lavoro come crocevia delle istanze organizzative, patrimoniali, esistenziali delle parti del rapporto di lavoro

È difficilmente revocabile in dubbio, per le ragioni sopra accennate oltre che per il generale "riposizionamento" sociologico del lavoro nella scala dei bisogni e dei valori individuali⁸ e, conseguentemente, del tempo ad esso dedicato da ogni individuo⁹, che l'orario di lavoro rappresenta uno

⁷ Sulla genesi di questa tradizionale bipartizione e separatezza fra tempo di lavoro e tempo libero e per una esaustiva indicazione di riferimenti cfr. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, pp. 180.

⁸ Inevitabilmente influenzato anche dalla recente esperienza pandemica. In argomento, S. GHENO, *Il lavoro nel post Covid-19: tra desiderio e cambiamenti necessari*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2020.

⁹ Quello sulla perdita di centralità del lavoro nella società postindustriale è notoriamente un dibattito risalente, connesso a quello riguardante l'ipotesi di istituzione del reddito di base (innescato già nel secondo dopoguerra dalle sollecitazioni provenienti dalle opere di Polanyi e Hayek) e a tratti riaffiorante (si pensi all'idea di "*società senza lavoro*" sostenuta da Dominique Méda a metà degli anni novanta) ma che negli ultimi anni si è, come noto, intensamente riaperto anche in

degli istituti maggiormente posti sotto tensione dalle evoluzioni tecnologica e socio-economica (principalmente ma non solo ascrivibili alla crescita esponenziale dell'economia digitale) che stanno radicalmente trasformando la fisionomia fattuale del rapporto di lavoro e conseguentemente, postulano un reindirizzamento delle coordinate lungo le quali procede la sua regolazione nell'ordinamento giuridico, più specificamente nell'ambito del complesso sistema di fonti le quali concorrono, grazie ad un delicato gioco di giustapposizioni¹⁰, alla realizzazione di tale regolazione¹¹.

Tali tensioni sono caratterizzate – ed è certamente un tratto che assume, sia pure solo in parte¹², un carattere di novità – da una spiccata bidirezionalità (e dalla correlata bivalenza, sulla quale ci si soffermerà tra poco), oggi molto più evidente che in passato. Nel senso che si tratta di spinte non più esclusivamente correlate ai mutamenti organizzativi favoriti dalle evoluzioni tecnologiche e al loro impatto sul generale schema della subordinazione (sia dal punto di vista della sua possibile rielaborazione, sia sul fronte della redistribuzione delle tutele anche a favore di coloro che operano al suo esterno).

Non si assiste e/o non ci si predispose, cioè, all'avvento di trasformazioni esclusivamente ed univocamente riconducibili all'esercizio dei poteri direttivo, di controllo e coordinamento ed alle loro varianti evolutive “*funzionali alle nuove modalità di produzione e ai nuovi standard di competizione concorrenziale*”, come recentemente sottolineato da Riccardo Del Punta¹³ e prettamente orientate, quindi, al soddisfacimento degli interessi dell'impresa.

ragione della particolare congiuntura politica ed in particolare della sperimentazione del reddito di cittadinanza su cui, da ultimo, cfr. A SARTORI, voce *Reddito e pensione di cittadinanza*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione Commerciale – Aggiornamento*, Utet - Wolters Kluwer, 2022, p. 281 ss. Cfr., esemplificativamente, P. Van PARIJS, Y. VANDERBORGHT, *Il reddito di base*, Il Mulino, 2017.

¹⁰ Come già evidenziava M. DELL'OLIO, *Orario giornaliero, settimanale, multiperiodale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, p. 369, in tema di orario di lavoro “*la difficoltà di orientarsi, per l'interprete come per l'operatore, spesso chiamato a sua volta a tracciare o sviluppare percorsi, è tanto più grave in quanto le fonti (per usare una metafora più collaudata, che si può già specificare parlando di fonti costituzionali, comunitarie, legislative, regolamentari, collettive ai vari livelli) pressoché sempre hanno ad oggetto, ciascuna, una o più delle altre, cui pongono o rimuovono limiti, indicano percorsi, conferiscono mandati?*”.

¹¹ Mutuando la terminologia ed applicando la lezione metodologica ascarelliana (in particolare si v. T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 86; in argomento recentemente, cfr. anche F. D'URSO, *Funzione economica e struttura giuridica nell'opera di Tullio. Ascarelli*, in *i-lex*, 18, 2013) appare indiscutibile che tale regolazione, a differenza di altri ambiti spesso più incisivamente influenzati “a monte” dall'accoglimento di determinate opzioni di politica del diritto oltre che (e spesso prima che) sistematiche – si pensi agli interventi, ispirati ad indirizzi non sempre collimanti se non quasi antitetici, succedutisi negli ultimi anni con riferimento ad es. al contratto a tempo determinato o alle collaborazioni organizzate dal committente – implica e richiede un più elevato tasso di contiguità e coerenza tra la struttura dei relativi istituti e la funzione che gli stessi sono chiamati ad assolvere in un contesto economico-sociale che influisce così profondamente sull'organizzazione dei tempi di lavoro, legati alle tempistiche della produzione, e del loro bilanciamento con le esigenze personali dei lavoratori e dei loro contesti personali e familiari.

¹² Per la necessità di un parziale ripensamento delle categorie giuslavoristiche, con particolare riferimento all'assetto delle fonti, e della correlata apertura di spazi alla espressione di opzioni e di spazi individuali si veda già M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. e rel. Ind.*, 1991, pp. 455 ss. qui p. 463

¹³ R. DEL PUNTA, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0: la Quarta Rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, 225 ss. In argomento, tra gli altri, si v. anche L. CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 1066 ss. In generale, sull'intrinseca vocazione dinamica del potere direttivo quale strumento di adattamento della prestazione lavorativa ai mutevoli assetti aziendali ed extraaziendali si rinvia, nell'ambito della copiosissima letteratura in materia, alle

Viceversa, nel quadro multilivello al cui interno viene tratteggiato – attraverso il simultaneo apporto di molteplici componenti, dalle fonti sovranazionali di *hard* e *soft law*, a quelle della legislazione interna, a quelle di matrice contrattual-collettiva nazionale e decentrata per giungere alla contrattazione individuale – il disegno complessivo che ritrae e realizza la funzione del diritto del lavoro come settore dell’ordinamento volto alla regolazione della peculiare relazione giuridica ritratta dall’art. 2094 c.c. (entro la quale coesistono e debbono necessariamente armonizzarsi gli aspetti correlati all’inserimento del fattore-lavoro all’interno dell’organizzazione produttiva e quelli della salvaguardia e promozione di tutti i valori giuridici che si appuntano sull’individuo-lavoratore), si aprono sempre più estesi spazi di riconoscimento delle istanze volte al riconoscimento e alla promozione del raccordo tra il coinvolgimento del lavoratore all’interno dell’organizzazione aziendale e la disponibilità di spazi temporali per la coltivazione di attività, interessi patrimoniali e non, forme di realizzazione personale esterne al rapporto di lavoro ma la cui meritevolezza viene sempre più incisivamente valorizzata dai legislatori e dalle parti sociali.

Ed è indubbio che se, da un lato, questa meritevolezza si estrinseca, sul versante ‘interno’ dell’adempimento della prestazione lavorativa, in interventi che incidono sui contenuti della relazione sinallagmatica e quindi sull’oggetto del contratto di lavoro (in termini di sicurezza, *well-being at work*, ecc.), d’altro lato ed in simultanea, sul versante esterno di quella che con terminologia ormai decisamente datata avremmo fino a poco tempo fa definito come vita privata del lavoratore, essa postula od impone una compatibilità tra le due diverse sfere esistenziali, quella lavorativa e quella personale (familiare, formativa, professionale, ricreativa...) prima di tutto e direi essenzialmente sul versante della distribuzione temporale, visto che tale compatibilità rappresenta per forza di cosa la preconditione fattuale di tale coesistenza.

Siffatta preconditione non rileva solamente, in una prospettiva ‘patologica’ sul piano della prevenzione dei rischi psicosociali, oggi esaminati in termini parzialmente inediti nella prospettiva più attuale della “versione digitale” dello *stress* lavoro correlato (anche questo, a ben vedere, afferente i risvolti ‘interni’ al rapporto di lavoro nella sua connessione con il generale obbligo prevenzionistico dell’art. 2087 c.c.) ma anche su quello, leggibile in connessione con il combinato disposto del principio personalista dell’art. 2 Cost. in raccordo con l’obiettivo promozionale fissato dal secondo comma dell’art. 3. Principi costituzionali da intendere, potrebbe dirsi, come predicanti una proiezione applicativa nell’*habitat* (anche normativo) lavoristico della tutela della vita privata intesa come protezione da indebite interferenze altrui e più specificamente nell’obiettivo che può riconoscersi come assegnato al legislatore di favorire la

considerazioni svolte da R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 467 ss.

rimozione dei potenziali impedimenti alla realizzazione dei progetti di vita collaterali rispetto al percorso professionale, ma non per questo indifferenti da e rispetto a quest'ultimo¹⁴.

Come da tempo evidenziato in dottrina¹⁵, il tempo come elemento della fattispecie lavoro subordinato (fisiologicamente e logicamente correlato al coordinamento dell'attività lavorativa come principale estrinsecazione del potere direttivo) assume una connotazione ambivalente, sia sotto il profilo dimensionale (e dunque sul piano della misurabilità funzionale alla corrispettività e quindi alla remunerabilità del tempo di lavoro) sia, in termini più pregnanti, sia dal punto di vista della sua funzionalizzazione alla soddisfazione dell'interesse imprenditoriale.

Ma a partire dall'emanazione della direttiva 93/104/CE e del conseguente avvio della sua complessa dinamica di recepimento nell'ordinamento italiano, faticosamente terminata dopo quasi un decennio, queste due connotazioni attualmente si congiungono e si fondono nella nozione e nella definizione di orario di lavoro accolta dall'art. 2, lett. a) dell'attuale direttiva 2003/88/CE, puntualmente ripresa dalla normativa italiana di attuazione (art. 1, comma 2, lett. a del D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66), oltre ad arricchirsi funzionalmente in considerazione della finalità precipuamente perseguita dalla direttiva, ossia quella della protezione della salute e sicurezza dei lavoratori.

È stato a questo proposito frequentemente rimarcato dalla copiosissima ed ormai risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di servizi di guardia come gli elementi (qualitativi) della disponibilità continuativa e della limitazione sia della libertà di movimento, sia della facoltà di libera gestione alternativa del tempo conseguente alla prontezza di reazione che il lavoratore è tenuto a garantire a fronte delle richieste di intervento del datore di lavoro incidono inevitabilmente sul fronte quantitativo-dimensionale, determinando la confluenza dei relativi periodi nel macro-segmento temporale dell'”orario di lavoro” con i conseguenti addentellati in termini di retribuitività (almeno negli ordinamenti, come quello italiano, nei quali si riscontra una forte uniformità tra l'idea di ‘tempo di lavoro’ e di ‘tempo retribuito’) e di computabilità ai fini della verifica del rispetto dei limiti fissati dalla stessa normativa europea e da quelle nazionali (appartiene a quest'ultima tipologia il limite dell'”orario normale’ di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 66/2003).

Nell'esame della nozione di orario di lavoro come ricostruibile nella *ratio* e nell'impostazione sistematica della direttiva (ma anche, più surrettiziamente, del quadro valoriale sottostante e formalmente dissimulato dietro la base giuridica dell'allora vigente art. 137.1 primo alinea, del Trattato CE), la Corte di Giustizia ha quindi avuto modo a più riprese di valutare una serie di situazioni di confine, anche con riferimento

¹⁴ Sulla molteplicità degli “ambiti di vita” che possono risultare condizionanti per il libero esercizio di interessi costituzionalmente tutelati come diritti fondamentali che richiedono, quindi, l'approntamento di specifiche forme di tutela e promozione di tali diritti, cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989; F. MODUGNO, *I ‘nuovi’ diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.

¹⁵ Sul punto si rinvia nuovamente a P. ICHINO, *il tempo della prestazione...* cit. p. 46 ss.

alla sempre più emergente necessità di tutelare anche il tempo della persona; così contribuendo al contenimento, potrebbe dirsi, del tempo potenzialmente perduto¹⁶ o annegato negli interstizi dell'assolvimento degli obblighi correlati al rapporto di lavoro. Una elaborazione che contribuisce oggi grandemente, unitamente ai più recenti interventi della Corte di Lussemburgo, alla consapevolezza dell'importanza delle distinzioni qualitative e della delimitazione dei tempi (nella prospettiva della garanzia per il lavoratore di spazi di libertà a volte meno nitidamente individuabili rispetto al passato) in rapporto alle nuove tendenze organizzative ed ai nuovi scenari lavorativi riconducibili, in termini stipulativi, alla realtà dell'industria 4.0¹⁷.

3. Tempo, lavoro, persona e diritto nel rapporto di lavoro *standard* e nelle sue varianti digitali. L'idea (surrettizia) della specialità e quella contrapposta dell'integrazione

L'idea di fondo a cui ritengo di aderire e che cercherò nel prosieguo di dimostrare è che le 'nuove' modalità di lavoro, in ordine a istituti come quello dell'orario, della reperibilità e delle pause non siano leggibili nella prospettiva della contrapposizione regola/eccezione né implicino o consentano, diversamente da quanto affermato da molti commentatori, delle discontinuità sistematiche rispetto alle ricostruzioni giurisprudenziali sopra richiamate.

Più che di spinte centrifughe rispetto al centro gravitazionale della disciplina (europea e nazionale) in materia di orario è possibile parlare di una apparente eccentricità, che però risulta essenzialmente ascrivibile ad alcune ellissi regolative riscontrabili nella regolazione di fonte legale e talvolta in quella di matrice contrattual-collettiva dedicate alle suddette nuove modalità di lavoro (e segnatamente alla regolazione del lavoro agile).

Può essere utile prendere le mosse dalla condivisibile notazione, anch'essa ancora del tutto e forse oggi ancor più attuale, che evidenzia come il tempo del calendario¹⁸, oggi aggiungerei soprattutto quello dell'orologio, non può esprimere nella sua complessità i valori e il senso stesso del *facere*, visto nella sua prospettiva di creativo comportamento¹⁹, nel quale si concretizza la realizzazione della persona umana. Realizzazione che si compie mediante l'adempimento della prestazione lavorativa così come, in termini del tutto coesenziali, attraverso la coltivazione di una molteplicità di interessi e dello svolgimento di

¹⁶ F. MARTELLONI, *Il diritto del lavoro alla ricerca del tempo perduto*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3/2021, pp. 2-3.

¹⁷ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond*, in *Foreign Affairs*, 12 dicembre 2015. L'A. in particolare pone l'attenzione a come la "quarta rivoluzione industriale" stia "producendo una interazione tra le sfere fisiche, biologiche e digitali, che incide sui sistemi di produzione e di gestione e quindi anche sul mondo del lavoro".

¹⁸ E. GRAGNOLI, *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2/2007, pp. 447.

¹⁹ Sulla prestazione di lavoro come prestazione di comportamento si vd. M. GRANDI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1987, pp. 330 ss.

attività esterni ed estranei a tale sfera ma suscettibili, anzi bisognosi, di armonizzazione e di coordinamento con l'area delle condotte riconducibili a tale adempimento.

Da tale coesistenza discende necessariamente la constatazione della multiformità e della polivalenza dell'elemento temporale che si atteggia fenomenicamente in termini parzialmente diversi dal passato in conseguenza della diffusione e dal conseguente sviluppo delle nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Rispetto a questa polivalenza affiorano dunque tanto nella realtà fattuale quanto nel diritto del lavoro contemporaneo elementi parzialmente inediti che comportano un'accentuazione di quella che denominerei la bivalenza funzionale delle modalità temporali di esecuzione della prestazione lavorativa²⁰ e dalle sue modalità di regolazione.

Tali modalità di organizzazione²¹ acquistano una valenza soddisfacente duplice: sia rispetto agli interessi di entrambe le parti, e non solamente rispetto agli interessi dell'impresa ma comunque afferenti lo svolgimento dell'attività lavorativa, sia rispetto agli interessi esclusivamente imputabili alla persona del lavoratore. È in questo senso, ad esempio, che può essere letta la generale enunciazione “di indirizzo” contenuta nel comma 1 dell'art. 18 della legge n. 81 del 2017 che individua nel lavoro agile un utile strumento per il simultaneo perseguimento degli obiettivi di incremento della produttività e dell'agevolazione della conciliazione dei “tempi”, per l'appunto, di vita e di lavoro.

Questa duplicità autorizza e giustifica la traslazione parziale della concreta declinazione di queste tematiche dall'area del potere organizzativo e direttivo (a volte suscettibile di limitazioni di mero carattere procedurale da parte dell'autonomia collettiva) a quella della negoziazione ed in particolare a quella della negoziazione a livello individuale²².

Occorre ammettere che la differenziazione qualitativa interna alla stessa idea del tempo di lavoro nelle fattispecie improntate al perseguimento di tale finalità conciliativa - si vuole alludere alla non indifferenza e neutralità del tempo di lavoro alternativamente “contestualizzato” nei tradizionali ambiti presenziali

²⁰ Sia consentito rinviare a S. BELLOMO, *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro, tra dimensione retributiva e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario*, in F. CARINCI, V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, 2004, p. 147.

²¹ Sotto il profilo dell'organizzazione spaziale e alla flessibilità dell'orario di lavoro si vedano in particolare M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi di lavoro: l'uniformità non si addice al post-fordismo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, n. 404/2019, p. 5; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli, 2020, p. 225.

²² Per la notazione secondo cui nel lavoro agile “si modificano le posizioni contrattuali del datore di lavoro (quanto all'esercizio dei poteri di cui resta titolare) e del dipendente (di soggezione a tali poteri)” si veda, da ultimo A. MARESCA, *Il mercato del lavoro ed il Remote Working*, nel volume *Il Cloud del lavoro 2022*, a cura di A. DI MAIO e A.R. MARMO, Rubbettino, 2022, p. 331 ss. Più in generale, sulla tendenza normativa alla redistribuzione di competenze tra le diverse fonti di regolazione del rapporto di lavoro e sulla valorizzazione dell'autonomia individuale si rinvia a S. BELLOMO, *Giuseppe Santoro-Passarelli, l'inderogabilità e l'importanza del contesto*, in *Giuseppe Santoro Passarelli, Giurista della contemporaneità – Liber Amicorum*, Giappichelli, 2018, t. I, p. 527 ss.

ovvero nei nuovi scenari dello *smartworking*, non solo dalla prospettiva datoriale, ma anche da quella della persona del lavoratore - con tutti i suoi addentellati esistenziali, è un dato della realtà.

Una conferma di come il rapporto fra tempo e lavoro si atteggi in termini differenziali in alcune delle varianti digitali del rapporto di lavoro *standard* è offerta dalle incipienti dinamiche di travaso, ossia dai flussi bidirezionali tra lavoro presenziale e lavoro remotizzato collegati alla fine dello stato di emergenza, sui quali attualmente si focalizza l'attenzione delle organizzazioni produttive, delle parti sociali e delle istituzioni, non solo nazionali.

Si è assistito, infatti, nel periodo più recente, al simultaneo esercizio di spinte contrapposte, da una parte ad opera dei datori di lavoro privati e soprattutto pubblici nella definizione dei nuovi equilibri tra lavoro in presenza e a distanza che in molti casi si orientano nella direzione di un ridimensionamento di quest'ultima modalità²³, a fronte di istanze veicolate dalle organizzazioni sindacali verso il tendenziale mantenimento dei livelli di utilizzo del lavoro agile raggiunti nelle fasi più intense dell'emergenza pandemica anche successivamente alla sua cessazione.

Tale evidenza induce a constatare, si diceva come il tempo di lavoro si “contestualizzi” ed appaia qualitativamente diversificato, a seconda delle modalità con cui viene resa la prestazione lavorativa, in relazione al grado di potenziale soddisfacimento di entrambe le parti del rapporto di lavoro.

L'efficiente dispiegarsi degli aspetti virtuosi di tale bivalenza, tuttavia, non è né automatico né ineluttabile (anche e soprattutto in concomitanza con le nuove modalità di svolgimento dell'attività lavorativa consentite o favorite dalla digitalizzazione), ma sconta al contrario l'eventualità, di segno opposto, che un'incontrollata coltivazione di prassi di iperconnessione possa alimentare o incoraggiare dinamiche regressive di gestione dei rapporti di lavoro, determinando un'espansione significativa dell'impegno lavorativo, sia sul versante della sua estensione temporale, sia su quello della conseguente interferenza dell'impegno lavorativo con i tempi della persona²⁴.

Tali potenziali derive patologiche, che in concreto si manifestano sul piano della dilatazione degli spazi temporali entro i quali persiste l'assoggettamento ai poteri datoriali, trovano certamente la loro comune matrice causale nell'evoluzione tecnologica, ma come insegna la parallela parabola, normativa,

²³ In questa direzione si è come noto orientata, con particolare riferimento all'area del lavoro pubblico, la circolare congiunta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e del Ministro del lavoro e delle Politiche Sociali del 5 gennaio 2022. Viceversa, le parti sociali firmatarie del Protocollo condiviso sul lavoro agile del 7 dicembre 2021 hanno ribadito nella premessa del documento l'adesione all'idea di fondo che individua nel lavoro agile uno strumento idoneo ad imprimere “*grande impulso al raggiungimento di obiettivi personali e organizzativi, funzionale, in modo efficace e moderno, a una nuova concezione dell'organizzazione del lavoro, meno piramidale e più orientata a obiettivi e fasi di lavoro, tale da consentire sia una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nell'interesse del lavoratore, sia una organizzazione più produttiva e snella, nell'interesse del datore di lavoro*” ed hanno altresì auspicato, nell'art. 15 del medesimo Protocollo l'introduzione di misure di incentivo alla diffusione di tale istituto attraverso misure promozionali della sua regolazione mediante accordi collettivi di secondo livello.

²⁴ A. FENOGLIO, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, p. 2.

contrattual-collettiva e giurisprudenziale che ha interessato le figure dei *rider*, interessano tanto il lavoro digitale quanto le occupazioni più convenzionali comunque interessate dai risvolti della digitalizzazione²⁵. È una trasversalità problematica che deve essere tenuta presente per scongiurare il pericolo di una incompleta o parziale declinazione di tali possibili elementi di criticità così come quello di dare per scontata un’ingiustificata “incomunicabilità” tra diverse figure (in particolare, tra il lavoro presenziale e quello svolto in modalità agile) tutte innegabilmente appartenenti al *genus* della subordinazione e di dare per impraticabile l’adozione di soluzioni o l’assimilazione diffusa di principi di diritto formulati con riferimento a determinate fattispecie concrete (ascrivibili, a seconda dei casi all’area del lavoro “tradizionale” ovvero “digitale”) ma, in realtà suscettibili di ricevere un’applicazione generale²⁶. Anche perché tali principi, così come i presidi normativi a cui sono riferiti, non presentano affatto un carattere sovrastrutturale o una dubbia attinenza rispetto alla concreta fisionomia dei “nuovi” lavori digitali, ma esplicano anche nell’ambito di questi ultimi la loro potenzialità protettiva rispetto a rischi per la persona del lavoratore e ad alterazioni del sinallagma contrattuale che possono atteggiarsi in termini peculiari sul piano fenomenico, ma non possono in nessun modo dirsi assenti anche in tali specifiche e particolari realtà.

L’idea di una “specialità”, tanto dei regimi applicabili quanto del quadro generale di tutele da accordare ai lavoratori che operano nell’ambito dei modelli organizzativi collocabili nel contesto dell’economia digitale, va quindi soppesata con estrema prudenza (e, di base, respinta, per le ragioni che verranno illustrate), anche nella consapevolezza che determinati fattori di rischio trovano certamente la loro comune matrice causale o il loro fattore di accentuazione nell’evoluzione tecnologica, ma interessano simultaneamente tanto le occupazioni più convenzionali, quanto il lavoro digitale²⁷.

²⁵ In argomento, C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 7; cfr., altresì, con riferimento alle controindicazioni di carattere sociale rispetto alla prospettiva della diffusione delle forme di lavoro a distanza, S. BALZANO, *Contro lo Smartworking*, Laterza, 2021.

si veda anche il rapporto Eurofound del 2018 su *Automation, digitalisation and platforms: Implications for work and employment*, nonché il lavoro di D. GUARASCIO e S. SACCHI in tema di *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017.

²⁶ In generale, sulla disciplina dell’orario di lavoro e sulle sue problematiche interpretative ed applicative si rinvia, senza pretese di esaustività, ad A. ALLAMPRESE, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro*, Milano, 2003; S. BELLOMO, *Commento agli artt. 2107-2109 c.c.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro, Costituzione, codice civile e leggi speciali*, I, V ed., Milano, 2017, pp. 981 ss.; G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell’Ue*, Milano, 2005; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Bari, 2008; V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, 2008; A. FENOGLIO, *L’orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Torino, 2012; V. LECCESE, *L’orario di lavoro: tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001; M. G. MATTAROLO, *I tempi di lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, I, *Contratto e rapporto di lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Milano, 2012, pp. 604 ss.; M. LAI, *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul D.Lgs. n. 66/2003*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, I, pp. 63 ss.

²⁷ C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, Bari, 2018, p. 7.

Ciò premesso, è comunque indubbio che il processo di digitalizzazione del mondo del lavoro ha subito una forte accelerazione contestualmente al verificarsi della crisi pandemica da Covid-19, che, accanto ad alcuni miglioramenti delle condizioni di vita e di lavoro, ha messo in luce alcuni non secondari fattori critici²⁸.

Nella prima categoria è possibile annoverare, ad esempio, l'incremento della flessibilità a fini non più solo funzionali alla produzione ma anche alla conciliazione dei tempi lavorativi e personali, la riduzione dei tempi di spostamento e la remotizzazione della prestazione lavorativa a cui facevo riferimento in precedenza; tra i secondi, vanno menzionati i risvolti contrari e speculari rispetto alla situazione di progresso sopra descritta, ossia l'intensificazione per così dire sincronica (in termini di attesa velocità di risposta e di simultanea assegnazione di compiti) e diacronica del lavoro (dilatazione in concreto degli spazi di disponibilità imposti e consentiti)²⁹. La logica del "sempre connesso" può indurre i datori di lavoro alla convinzione di poter sollecitare, in qualsiasi momento, il prestatore di lavoro, mentre da parte del lavoratore viene percepita come estremamente più sottile la linea di separazione tra i momenti di lavoro e quelli dedicati (non più riservati) alla vita privata, con conseguente aumento di *stress*³⁰. Questi aspetti sono ormai comuni tra gli operatori che eseguono la loro prestazione da remoto e con strumenti tecnologici³¹ ma come si evidenzierà tra poco, non solo tra di loro.

4. Le indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in rapporto alla nozione di orario di lavoro e alla fruizione del tempo libero. La rilevanza accordata al criterio dell'intensità

Secondo l'impostazione qui proposta, potrebbe dirsi che i profili critici sopra riepilogati corrispondano ad alcune perduranti problematiche di coordinamento della disciplina di queste nuove forme di lavoro con alcune componenti dell'apparato normativo ad applicazione generale. In particolar modo, si fa riferimento alle norme europee e nazionali in materia di limiti dell'orario di lavoro.

L'avvertenza trova conforto nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea in merito alla dicotomia tra i concetti di orario di lavoro e di periodo di riposo nella direttiva 2003/88/CE³², dalla quale si ricavano una serie di suggestioni agevolmente adattabili all'uno o all'altro contesto, sia presenziale sia remotizzato.

²⁸ M. WEISS, *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 3/2016, p. 659.

²⁹ Sui rischi insiti nell'impostazione *Working anytime, anywhere* si rimanda per un approfondimento sul tema all'interessante indagine condotta da Eurofound e ILO: *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Eurofound, ILO Research Report, 2017, 25. In virtù della logica del sempre connesso è stato dimostrato da numerosi studi che i lavoratori da remoto, di media, lavorano più ore rispetto ai colleghi presenti in ufficio.

³⁰ S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo op. cit.*, pp. 107 ss.

³¹ J.M. SERVAIS, F. MARINELLI, *Covid-19 and the world of work: Where we are and where we should go*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, p. 18.

³² Si vd. G. RICCI, *La direttiva comunitaria "di codificazione" sull'organizzazione dell'orario di lavoro*, in *Guida al lavoro*, n. 48/2003, p. 21.

Alcune chiavi di lettura utili possono essere rinvenute, appunto, in quella giurisprudenza eurounitaria, apparentemente dedicata ad alcune forme di lavoro “ortodosse” e presenziali, seppur potenzialmente influenzabili da alcuni aspetti della innovazione tecnologica³³, ma che è approdata all’enunciazione di principi a mio avviso utilmente riferibili anche a forme di lavoro non presenziale in relazione alle problematiche sopra evidenziate e da cui le medesime possono apparire afflitte.

La Corte di Giustizia è infatti stata ripetutamente chiamata, come noto, ad esaminare numerose situazioni di confine, in relazione ai requisiti che connotano la nozione di “orario di lavoro” ricavabile dalla direttiva 2003/88/CE, anche con riferimento, soprattutto nei periodi più recenti alla sempre più emergente necessità di tutelare anche quello con riferimento al quale viene stipulativamente e riduttivamente mantenuta (anche se poco appropriatamente) la definizione di tempo libero³⁴.

Il riferimento, chiaramente, è rivolto alle sentenze della Corte di Giustizia e, più precisamente, all’elaborazione successiva alla sentenza *Matzak* del 2018³⁵, vale a dire alle sentenze Corte giust., Grande sezione, 9 marzo 2021, C-344/19 e Corte giust. Grande sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, Corte giust., X sezione, del 9 settembre 2021, C-107/19 nonché, infine, Corte Giust., V Sezione, dell’11 novembre 2021, C-214/20.

Alla sentenza *Matzak* del 21 febbraio 2018, C-218/15, può ascriversi una parziale rielaborazione dei principi enunciati fino a quel momento dalla giurisprudenza eurounitaria avente ad oggetto i servizi di guardia; principi che, peraltro, hanno trovato applicazione anche con riferimento ad uno scenario esterno all’ordinario luogo di lavoro³⁶ ed in un contesto obbligatorio distinto dal servizio di guardia, come nel caso della reperibilità.

Il ragionamento sviluppato in *Matzak* si basava su di una valutazione orientata alla considerazione della concreta fruibilità, durante i c.d. periodi di ‘prontezza’ o ‘reperibilità’ fuori dal lavoro, del ‘riposo’ (inteso nell’ampia accezione, conforme alla *ratio* della direttiva, di tempo da dedicare non solo alla reintegrazione

³³ Cfr. P. ICHINO, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2017, pp. 525 ss.

³⁴ A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, 2010; R. SANTUCCI, *Tempo di non lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Roma, 2011, pp. 1203-1204.

³⁵ La Corte europea eleva a requisito dirimente in ordine alla qualificazione di tali situazioni come orario di lavoro, almeno sino alla sentenza *Matzak* (infra par. 2), la presenza fisico-spaziale del lavoratore nel luogo predeterminato allo svolgimento della prestazione lavorativa, rispetto agli altri elementi che compongono la nozione di cui all’art. 2 della dir. n. 2003/88/CE.

³⁶ È il caso di evidenziare anche l’ulteriore problematica relativa alla relativizzazione del concetto di luogo di lavoro, in quanto secondo la recente giurisprudenza eurounitaria si deve precisare che il luogo di lavoro deve essere inteso come qualsiasi luogo in cui il lavoratore è chiamato a svolgere un’attività su ordine del suo datore di lavoro, anche nel caso in cui detto luogo non sia quello in cui esercita abitualmente la sua attività professionale (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 9 marzo, causa C-344/19).

delle energie psicofisiche, ma anche alla coltivazione dei propri interessi personali e sociali) anche durante i periodi di disponibilità³⁷.

Mentre nelle sentenze collocate nell'ampio filone giurisprudenziale in materia di servizi di guardia era stato più volte evidenziato dalla Corte come quello dell'intensità dell'impegno del lavoratore non possa essere considerato quale elemento dirimente, per l'inclusione o meno di determinati segmenti nell'orario di lavoro³⁸ in presenza di una drastica limitazione della libertà di movimento e del grado massimo di disponibilità e di prontezza richieste al lavoratore, nella decisione del 2018 è stato evidenziato come, anche in caso di assenza formale di un vincolo presenziale ma ricorrendo una situazione di compressione della libertà di autodeterminazione sostanzialmente e "molto fortemente" limitativa della fruizione del riposo, ossia della gestione autonoma del tempo di non lavoro³⁹, i relativi periodi divengono integralmente qualificabili come orario di lavoro.

Le pronunce dello scorso anno⁴⁰ si orientano verso una direttrice ermeneutica per così dire speculare, ossia quella orientata a mettere in luce gli elementi che possono condurre all'inclusione di determinati segmenti temporali nel 'contatore' dei periodi di riposo e non all'orario di lavoro.

Attualizzando la lettura del generale principio di limitazione della durata massima del lavoro e dei periodi di riposo giornaliero e settimanale, conformemente al dettato dell'art. 31 paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹ e facendone applicazione a casi meno estremi da quelli presi in considerazione da *Matzak*, la Corte è proceduta nella direzione della valorizzazione del criterio dell'intensità dei vincoli imposti al lavoratore nel corso dei periodi di prontezza, evidenziando come il giudice nazionale sia chiamato a valutare se il lavoratore sia stato sottoposto a vincoli così pervasivi da incidere, in modo oggettivo e significativo, sulla sua facoltà di gestire liberamente la programmazione del tempo in cui i suoi servizi professionali non sono richiesti⁴².

³⁷ Sulla sentenza *Matzak* si vedano, in particolare, M. MARINELLI, *Orario di lavoro e periodo di riposo: un (potenziale) ripensamento della Corte di Giustizia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 4-5, 1174; I. MOSCARITTOLO, *Le ore di guardia trascorse dal lavoratore al proprio domicilio con obbligo di recarsi nel luogo di lavoro in "tempi brevi" costituiscono "orario di lavoro"*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 3/2018, pp. 959 ss.

³⁸ Cfr. Corte giust. 3 ottobre 2000, *Simap*, *Foro It.*, IV, 12 ss.

³⁹ Nei punti 63 e 64 della motivazione di *Matzak* si legge che "l'obbligo di essere fisicamente presente nel luogo stabilito dal datore di lavoro nonché il vincolo derivante, da un punto di vista geografico e temporale, dalla necessità di raggiungere il luogo di lavoro entro 8 minuti, sono di natura tale da limitare in modo oggettivo le possibilità di un lavoratore che si trovi nella condizione del sig. *Matzak* di dedicarsi ai propri interessi personali e sociali. Alla luce di tali vincoli, tale situazione si distingue da quella di un lavoratore che deve, durante le sue ore di guardia, essere semplicemente a disposizione del suo datore di lavoro affinché quest'ultimo possa contattarlo".

⁴⁰ Per un cui commento più approfondito si rinvia a S. BELLOMO, L. ROCCHI, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero...*, cit.

⁴¹ Su tale aspetto Corte giustizia, Grande Sezione, 14 maggio 2019, C-55/18 *Federacion de Servicios de Comisiones Obreras*, punti da 30 a 32. In generale, sull'art. 31.2 della Carta, si v. V. FERRANTE, *Limitazioni dell'orario di lavoro e diritto a ferie retribuite*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino, 2017, pp. 606 ss.

⁴² Compete quindi a detto giudice accertare "alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se il lavoratore sia stato assoggettato, nel corso dei suoi periodi di prontezza in regime di reperibilità, a vincoli di intensità tale per cui questi abbiano pregiudicato, in

Di qui la conclusione secondo cui “*un periodo di prontezza in regime di reperibilità, nel corso del quale un lavoratore debba unicamente essere raggiungibile per telefono ed essere in grado di raggiungere il proprio luogo di lavoro, in caso di necessità, entro un termine di un’ora... costituisce, nella sua interezza, orario di lavoro, ai sensi della disposizione sopra citata, soltanto qualora risulti da una valutazione globale dell’insieme delle circostanze del caso di specie, e segnatamente delle conseguenze di un siffatto termine assegnato e, eventualmente, della frequenza media di intervento nel corso di tale periodo, che i vincoli imposti a tale lavoratore durante il periodo suddetto sono di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà per quest’ultimo di gestire liberamente, nel corso dello stesso periodo, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare questo tempo ai propri interessi?*” (punto 66 della motivazione della sentenza del 9 marzo 2021, C-344/19).

La Corte individua oggi espressamente, quindi, nell’intensità di tali vincoli il parametro su cui l’interprete deve concentrarsi ai fini della individuazione del *discrimen* tra l’orario di lavoro e i periodi di riposo⁴³. È il grado di pervasività di questi condizionamenti che consente, appunto, di qualificare determinati segmenti temporali afferenti o all’orario di lavoro o al periodo di riposo.

Vi è da segnalare, inoltre, che la Corte di Giustizia fornisce “indici sintomatici” dell’intensità, ossia dei parametri da prendere in esame per poter effettuare una oggettiva valutazione. In particolare, sulla base di questa ricostruzione, le sentenze più recenti considerano la significatività: del periodo temporale di cui il lavoratore dispone per riprendere l’attività lavorativa dal momento in cui il datore lo richiede; della frequenza delle prestazioni svolte durante il periodo di reperibilità; della durata ‘non trascurabile’ degli interventi svolti, che comprimono la possibilità di gestire liberamente il tempo durante i periodi di inattività del lavoratore⁴⁴.

Possibilità che invece può essere riconosciuta come sussistente, è stato puntualizzato da ultimo dalla Corte nella richiamata sentenza dell’11 novembre 2021, C-214/20, *Dublin City Council*, quando anche a fronte dell’imposizione di un periodo di reazione molto ridotto il lavoratore possa godere di libertà di movimento, conservi un margine di libertà di rispondere o meno alle chiamate ed in concreto gli sia consentito coltivare il proprio interesse ad esercitare un’altra attività professionale (nel caso concreto quella di tassista) e di dedicarvi una parte notevole del tempo in cui non è impegnato negli interventi a cui partecipa in qualità di vigile del fuoco discontinuo (punto 44 della sentenza).L’intensità, per evocare

modo oggettivo e assai significativo, la sua facoltà di gestire liberamente, nel corso di tali periodi, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non erano richiesti e di dedicare questo tempo ai propri interessi?, in quanto “*qualora siffatti servizi di guardia o prontezza si estendano, senza soluzione di continuità, su lunghi periodi o abbiano luogo a intervalli molto ravvicinati, di modo che essi facciano pesare, in maniera ricorrente, un carico psicologico, anche di debole intensità, sul lavoratore, può divenire, in pratica, molto difficile, per quest’ultimo, sottrarsi pienamente al proprio ambiente di lavoro per un numero sufficiente di ore consecutive, che gli permettano di neutralizzare gli effetti del lavoro sulla sua sicurezza e sulla sua salute?*” (così i punti 56 e 63 della motivazione).

⁴³ Corte giust., Grande sezione, 9 marzo 2021, C-344/19 punto 38 e Corte giust., Grande sezione, 9 marzo 2021, C-580/19 punto 39 e 55.

⁴⁴ S. CORSO, *La “pronta” reperibilità tra “orario di lavoro” e “periodo di riposo: una questione che rimane aperta*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 1/2020, pp. 185 ss.

un profilo che nel lavoro remotizzato assume grande importanza, è concetto affine al tempo di reazione, che può essere sintetizzato in un profilo specifico del periodo necessario al lavoratore per svolgere o riprendere l'attività lavorativa (affine ma comunque distinto, come poc'anzi evidenziato). Tempo di reazione inteso come quel segmento temporale intercorrente tra la richiesta di intervento e l'effettiva esecuzione della prestazione da parte del lavoratore, che, nel caso esaminato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è relativo alla richiesta di intervento in regime di reperibilità da parte del datore di lavoro; ma questa situazione può, attraverso una logica del tutto trasponibile, manifestarsi anche con riferimento ai lavoratori da remoto in relazione allo svolgimento della loro attività ordinaria.

Si tratta di principi che, per inciso, inducono nuovamente ad interrogarsi sulla conformità alla direttiva 2003/88/CE della modifica introdotta nell'art. 7 del D.Lgs. n. 66/2003 dall'art. 41, comma 4, del d.l. 2008, n. 112 (conv. dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), che 'neutralizza' l'incidenza degli interventi lavorativi effettuati in regime di reperibilità ai fini della consecutività del riposo giornaliero, così postulando la collocazione della medesima reperibilità in una posizione mediana tra quella dell'orario di lavoro e del periodo di riposo che tuttavia, non appare legittimata dalla logica binaria imposta dalla direttiva e tuttora accolta dalla Corte di Giustizia⁴⁵.

La stessa Corte, pertanto, valorizza tra gli altri l'elemento del tempo di reazione come avente valore dirimente per l'inclusione di determinati segmenti temporali nell'orario di lavoro.

È vero che questi principi sono stati formulati con riferimento a fattispecie concrete di lavoro 'presenziale' ma, come già anticipato, possono e debbono necessariamente essere rapportati a forme di lavoro che, indubbiamente, non possono essere riconosciute come una zona franca rispetto all'applicazione della normativa generale, tanto di matrice eurounitaria, quanto di provenienza nazionale.

D'altronde, è evidente che tali problematiche possono facilmente riscontrarsi in forme di lavoro remotizzato, fatta eccezione per quelle situazioni nelle quali viene riservato un ruolo attivo e centrale (nonché tendenzialmente autonomo ed esclusivo) al lavoratore nella gestione del tempo di lavoro.

5. La rilettura e l'applicabilità dei principi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di orario nei confronti delle forme di lavoro remotizzato e presenziale

Occorre chiedersi quale attualmente sia il livello di "precomprensione" ovvero metabolizzazione o implementazione, attuale o potenziale, di tali principi, con più specifico riferimento al lavoro digitale, che, al momento, trova il suo punto di emersione e di aggancio con l'ordinamento positivo nella figura del lavoro agile. Va osservato, innanzitutto, che il lavoro agile, ad oggi, non può ad oggi essere *a priori*

⁴⁵ Sia consentito rinviare in merito alla dubbia base giuridica della norma a S. BELLOMO, *Orario di lavoro: le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008 e le prospettive di riforma della normativa europea*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 11/2008, pp. 830 ss.

considerato come una zona franca rispetto all'applicazione della normativa limitativa in materia di tempo di lavoro, anche per la palese insussistenza, nella maggior parte dei casi, delle condizioni di autodeterminazione che sono definite dall'articolo 17, par. 1, della direttiva 2003/88/CE sull'orario e dell'articolo 17, comma 5, del decreto legislativo 66 del 2003⁴⁶.

A meno che non si versi, pertanto, in una fattispecie concreta nella quale il prestatore di lavoro mantiene un potere di decisione autonomo in merito al quando e quanto lavorare perché non assoggettato a 'precisi vincoli di orario' (ossia quando non sia coinvolto in situazioni che comportino la coesistenza dei tre elementi individuati dall'art. 1, comma 2, lett. a del D.Lgs. n. 66 del 2003), tali situazioni appaiono ricadere nell'ambito di applicazione della normativa europea in materia di orario di lavoro e di quella nazionale di recepimento. Una conclusione non contraddetta apertamente nemmeno dai variegati (e non di rado assai poco perspicui in tema di vincoli di orario) interventi dell'autonomia collettiva in materia di lavoro agile. Piuttosto, ciò che emerge dalle considerazioni sinora svolte è che la giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia avvalora la posizione secondo la quale l'assoggettabilità ai "soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva" ex art. 18, comma 1, non può essere estesa in via generalizzata a tutti i lavoratori agili. L'estensione di tale disciplina viene valutata, nei confronti di alcuni lavoratori agili i quali, in ragione della collaborazione orientata al risultato, senza però che siano obbligati al rispetto di un "orario di lavoro"⁴⁷, tanto con riferimento ai limiti di matrice eurounitaria⁴⁸, quanto a quelli che trovano la loro fonte nell'ordinamento interno⁴⁹.

6. Segue. L'orario (agile) di lavoro

L'art. 18, comma 1, secondo periodo, della l. n. 81/2017 sancisce che la prestazione di lavoro in modalità agile è resa "senza precisi vincoli di orario" entro i "soli" limiti di durata massima giornaliera e settimanale. Da tali enunciazioni trae origine l'interrogativo se l'esclusione dall'ambito di applicazione di un nutrito gruppo di disposizioni legislative in materia di orario di lavoro e riposi rappresenti una costante del lavoro agile ovvero si configuri come una variabile delle concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa svolta all'esterno dei locali aziendali definite dall'accordo individuale di cui al successivo art. 19.

⁴⁶ Sul problematico coordinamento si vedano, in particolare, G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; C. PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, Milano, 2017, pp. 638 ss.

⁴⁷ S. BELLOMO, *Orario di lavoro, riposi, ferie op. cit.*, pp. 1205 ss.

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, alla problematica dell'eventuale applicabilità ai lavoratori agili delle norme in materia di pause di cui i lavoratori debbono usufruire ogni qual volta l'impegno lavorativo giornaliero superi le sei ore, ovvero delle speciali disposizioni in materia di limiti di durata e sorveglianza sanitaria per il lavoro notturno.

⁴⁹ Come quelli dettati dagli artt. 3 e 5 del D.Lgs. n. 66/2003 in materia di orario normale e di lavoro straordinario.

La lettura sistematicamente più coerente appare la seconda, sicché il riferimento ai “soli” limiti di durata massima (peraltro disciplinati da differenti categorie di fonti, non esistendo nell’ordinamento italiano una quantificazione legale dell’orario massimo giornaliero che non sia quella “estrema” ricavabile per sottrazione dalle disposizioni in materia di riposo giornaliero e di pause ed essendo tale limite sovente fissato convenzionalmente dalla contrattazione collettiva) appare riferibile, coordinando la *ratio legis* con il preesistente apparato di norme limitative dell’orario di lavoro, non all’*estensione*, quanto piuttosto alla *collocazione* o *distribuzione* dell’“orario di lavoro” (ossia dei periodi durante i quali si riscontri la concomitanza dei tre elementi di cui all’art. 1 comma 2, lett. *a*, del D.Lgs. n. 66/2003).. Conseguentemente ed in considerazione della esplicita qualificazione del lavoro agile quale “*modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinata*”, allusiva ad un’invarianza della relativa disciplina ad eccezione dei soli elementi specificamente regolati dalla legge n. 81/2017, l’attivazione del lavoro in modalità agile deve ritenersi in linea generale soggetta ai limiti di orario fissati dal D.Lgs. n. 66/2003, ferma la possibilità per le parti di stabilire, mediante il relativo patto individuale, una libera collocazione della prestazione, ed eventualmente la distribuzione dell’attività in un arco di tempo più ampio, ferma restando la remunerabilità dell’impegno del lavoratore per unità di tempo, includendo nel medesimo tutti i periodi di “orario di lavoro” qualificabili come tali alla stregua dei principi interpretativi ricavabili, in particolare, dalla giurisprudenza dell’Unione europea.

Con riferimento alla già accennata invarianza del quadro normativo e nella prospettiva *de iure condendo*, va evidenziato che la direttiva UE 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, destinata ad entrare in vigore per gli Stati membri dal 1 agosto 2022, impone che tra le condizioni certe e prevedibili vi sia, ad esempio, “*la durata normale della giornata o della settimana di lavoro, se l’organizzazione del lavoro è prevedibile*”⁵⁰.

Fa eccezione l’ipotesi in cui il lavoro agile, come consentito dall’art. 18, comma 1, primo periodo, sia organizzato per fasi, cicli ed obiettivi: in tal caso, laddove la durata della prestazione non sia prevedibile e sia autonomamente organizzata dal lavoratore ed il medesimo non sia conseguentemente tenuto in via ordinaria a permanere in una condizione caratterizzata dalla compresenza dei tre elementi costitutivi dell’“*orario di lavoro*”, ricorrerebbe l’ipotesi regolata dall’art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66/2003.

Nell’ipotesi in cui la prestazione di lavoro agile possa essere determinata, nella durata e nella collocazione, autonomamente dal prestatore (ipotesi che facilmente tende a coincidere con quella dell’organizzazione del lavoro in fasi, cicli e risultati) si pongono due alternative all’interprete. La prima è di ritenere applicabili le deroghe in materia di orario di lavoro, ai sensi dell’art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003, con l’effetto di

⁵⁰ Deve ritenersi che anche questa disposizione sia destinata a trovare piena applicazione al lavoro agile, impedendo che dalla mera attivazione del lavoro con tale modalità possa discendere una obiettiva incertezza in ordine ai tempi di adempimento della prestazione di lavoro.

estendere al lavoro agile lo statuto protettivo speciale che – in via presuntiva – il legislatore applica in particolare lavoro a domicilio⁵¹.

Accogliendo questa interpretazione, al lavoratore agile non troverebbero neppure applicazione le disposizioni in materia di pause e durata massima giornaliera (non quella in tema di riposo settimanale, essendo l'art. 9 d. lgs. n. 66/2003 in ogni caso inderogabile anche in considerazione della sua matrice costituzionale).

Secondo un'altra lettura, invece, il *corpus* normativo del lavoro agile rappresenterebbe un micro-sistema giuridico speciale, anche rispetto alla disciplina generale in materia di orario di lavoro, con la conseguenza che al lavoratore agile, pure in presenza di attività liberamente modulabili nella durata della prestazione, dovrebbe essere garantito il rispetto dei limiti di riposo minimo consecutivo, giornaliero e settimanale, in forza dell'applicazione dell'art. 18, comma 1, L. 81/2017⁵². Vi è in ogni caso una convergenza sulla considerazione⁵³, suffragata dalla giurisprudenza eurounitaria⁵⁴, secondo cui l'applicabilità delle sole previsioni in materia di riposo minimo consecutivo giornaliero e settimanale è limitata all'ipotesi in cui la prestazione di lavoro sia integralmente rimessa all'autodeterminazione del lavoratore.

7. Le indicazioni ricavabili dal recente Protocollo Governo-Sindacati e dai disegni di legge di parziale revisione dell'istituto

Rispetto agli aspetti sinora esaminati, anche il recente Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile sottoscritto dal Governo e dalle parti sociali lo scorso 7 dicembre 2021, enuncia delle previsioni di non facile lettura e di non semplice riconducibilità a sistema, oscillando vistosamente dal versante dell'ipotetica specialità a quello della piena integrazione del lavoro agile nel preesistente quadro normativo in materia di orario di lavoro e riposi⁵⁵.

In particolare, l'art. 3 del Protocollo esordisce rimarcando l'"assenza" di un preciso orario di lavoro e suscitando quindi l'idea della superfluità di ogni preventiva quantificazione dei limiti (anche solo quantitativi) di orario per lavoratori i quali potrebbero essere tuttavia privi di libertà di autodeterminazione. Questa formulazione rischia di perpetuare la medesima contraddizione che era stata

⁵¹ G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018.

⁵² A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, p. 646.

⁵³ V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 4/2020, § 5.1.

⁵⁴ Corte Giust. Ue, 7 settembre 2006, C-484/04, Commissione v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, punto 20 e Corte Giust. 26 luglio 2017, C-175/16; Hälvä e a., punti 45 e 49.

⁵⁵ P. ICHINO, *Un protocollo poco innovativo, ma non inutile*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, pp. 2-3. Sul profilo legato alle tematiche della riservatezza e alla protezione dei dati personali P. BORGHI, *Protocollo nazionale in modalità agile e tutela della riservatezza: prime riflessioni e spunti operativi*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, pp. 1 ss.

alimentata dalla normativa emergenziale per il lavoro agile alle dipendenze della P.A. per un certo periodo⁵⁶.

Tale “assenza” non preclude del resto, secondo il successivo paragrafo 2 del punto 3, che le fonti di regolazione del rapporto possano stabilire di adottare un’articolazione della prestazione di lavoro in fasce orarie.

Quest’ultima locuzione sembra evocare l’eventualità che il patto individuale preveda per un arco di tempo corrispondente a quello dell’orario normale osservato dagli altri lavoratori un obbligo (ovvero anche per periodi inferiori, ma mai superiori) di ‘prontezza’ e disponibilità di intensità tale da essere assimilabile all’orario di lavoro’ dei lavoratori presenziali. Che è come voler dire, apparentemente, che gli spazi temporali ricompresi in tali fasce orarie integrano e compongono l’orario di lavoro’ dei lavoratori agili (salve eventuali ulteriori richieste di attività che vengano indirizzate ai medesimi lavoratori al di fuori di tali fasce).

A conferma di questa lettura depongono sia l’esplicito riconoscimento della facoltà del lavoratore di richiedere la fruizione effettiva dei permessi orari (laddove si porrebbero dubbi di congruità di tale fruizione con l’assenza di un preciso orario implicante l’incontrastata libertà di autodeterminazione del lavoratore) nonché, soprattutto, la puntualizzazione, enunciata nel paragrafo 4 dello stesso art. 3, dove si legge che le prestazioni di lavoro in modalità agile, salvo esplicita previsione dei contratti collettivi, non possono dar luogo, di norma, a prestazioni di lavoro straordinario, ossia aggiuntive rispetto a quelle dell’orario normale (sul presupposto, quindi, che vi siano lavoratori agili tenuti all’osservanza di quest’ultimo).

Tale precisazione aiuta a comprendere come, in effetti, dal punto di vista dell’organizzazione dei tempi di lavoro e del relativo regime normativo applicabile, le parti legittimate alla regolazione del lavoro agile possano orientarsi tra diverse soluzioni tra loro alternative, non esclusa quella della piena applicazione delle norme in materia di orario di lavoro valevoli per il lavoro presenziale.

Un’ultima e più recente indicazione correlata alla tematica qui affrontata e potenzialmente foriera di ulteriori implicazioni problematiche si riscontra nel testo del disegno di legge unificato (che riunisce le proposte di legge C. 2282 Gagliardi, C. 2417 Barzotti, C. 2667 Lucaselli, C. 2685 Vallascas, C. 2817 Serracchiani, C. 2851 Giarrizzo, C. 2870 Giarrizzo, C. 2908 Villani, C. 3027 Mura e C. 3150 Zangrillo), licenziato dalla Commissione lavoro della Camera dei Deputati il 16 marzo 2022 ed intitolato *Disposizioni in materia di lavoro agile*.

⁵⁶ Si fa riferimento al d.m. 19 ottobre 2020 (misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale), in vigore fino al 30 aprile 2021, art. 5, commi 1 e 2.

L'articolato del d.d.l. prevede, all'art. 1, una serie di modifiche all'art. 18 della legge n. 81 del 2017 che includono la soppressione, dal primo comma di questa disposizione, della locuzione “*senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro*”.

A questa eliminazione, di per sé e apparentemente suscettibile di far indiscutibilmente riconfluire l'intera tematica del lavoro agile entro l'ambito di applicazione della normativa generale in materia di orario di lavoro, fa però riscontro l'altro elemento di novità inserito nell'art. 2 del d.d.l. che prefigura l'aggiunta delle “*prestazioni rese nell'ambito dell'esecuzione del rapporto con modalità agile*”, nell'elenco delle esclusioni dall'ambito di applicazione delle previsioni legislative in materia di limiti all'orario normale e massimo, di lavoro straordinario, di riposo giornaliero e di pausa nonché di sorveglianza sanitaria e di speciali limiti alla durata del lavoro notturno contemplate dall'art. 17, comma 5, del D.Lgs. n. 66 del 2003⁵⁷.

A parte l'ovvio rilievo per cui l'esclusione non potrebbe non essere necessariamente riferita all'intera attività lavorativa del prestatore di lavoro impiegato in modalità agile bensì, in ipotesi, ai soli periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali (distinzione che non si coglie con chiarezza né dalla ipotizzata modifica della normativa in materia di orario né dalla nuova formulazione dell'art. 19 della legge n. 81 del 2017 enunciata nell'art. 3 del d.d.l. che accomuna sotto la dicitura generale “*periodi di lavoro agile*” sia quelli svolti all'esterno che quelli prestati all'interno dei locali aziendali), il tratto problematico più consistente di tale ipotizzato intervento normativo è più radicalmente rappresentato dal suo possibile contrasto con i contenuti della direttiva 2003/88/CE, che non consente l'introduzione di esclusioni al di fuori degli stretti limiti fissati dalla direttiva medesima ed in particolare più specificamente dall'art. 17.1 della medesima direttiva. A tal proposito è possibile richiamare la vicenda che ha interessato nel recente passato il personale sanitario ed il cui epilogo ha condotto all'abrogazione di disposizioni che avevano sancito forme di radicale esclusione analoghe a quella oggi prefigurata con riferimento al lavoro agile⁵⁸.

⁵⁷ Il quale include attualmente i dirigenti nonché il “*personale direttivo delle aziende*” e “*altre persone aventi potere di decisione autonomo*”, la “*manodopera familiare*”, i lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose e le “*prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro*”.

⁵⁸ Ci si riferisce alle ipotesi di esclusione introdotte dapprima nel comma 6-bis dell'art. 17, introdotto dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, (art. 3, comma 85) il quale prevedeva che «le disposizioni di cui all'articolo 7 non si applicano al personale del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, per il quale si fa riferimento alle vigenti disposizioni contrattuali in materia di orario di lavoro, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori»; l'art. 24-ter del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31 ha poi fissato al 1° gennaio 2009 il termine iniziale di efficacia di tale esclusione.

È successivamente intervenuta la più specifica disposizione contenuta nell'art. 41, comma 13, D.L. n. 112/2008, convertito dalla L. n. 133/2008, il quale aveva stabilito che «*al personale delle aree dirigenziali degli Enti e delle Aziende del Servizio Sanitario Nazionale, in ragione della qualifica posseduta e delle necessità di conformare l'impegno di servizio al pieno esercizio della responsabilità propria dell'incarico dirigenziale affidato, non si applicano le disposizioni di cui agli articoli 4 e 7 del D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66. La contrattazione collettiva definisce le modalità atte a garantire ai dirigenti condizioni di lavoro che consentano una protezione appropriata ed il pieno recupero delle energie psico-fisiche*».

Rispetto a queste previsioni la Commissione europea ha però inviato il 26 aprile 2012 una lettera di messa in mora (procedura di infrazione n. 2011/4185) all'Italia per la non completa applicazione ai medici delle disposizioni nazionali di attuazione della Dir. 2003/88 relativa all'orario di lavoro; la Commissione ha rilevato che con queste esclusioni l'Italia

Occorre aggiungere che, sebbene l'elenco delle esclusioni dettato dall'art. 17.1 della direttiva non sia tassativo in quanto estensibile a tutte le situazioni nelle quali *“la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi”*, è fortemente revocabile in dubbio che la fattispecie del lavoro agile possa essere ricondotta *a priori* a tale definizione⁵⁹.

La presunzione che il lavoro agile sia connaturalmente ed intrinsecamente non classificabile nell'ambito delle occupazioni necessariamente rientranti entro l'ambito di applicazione delle norme limitative dei tempi di lavoro appare revocabile in dubbio, come già evidenziato, proprio sulla base della nozione di “orario di lavoro” accolta dalla direttiva europea e dalla normativa nazionale di recepimento e che ritrae una condizione che ben riflette quella di molti prestatori di lavoro che sono acceduti a tale forma di lavoro prima e dopo l'inizio dell'attuale fase emergenziale.

La stretta connessione tra la diffusione di forme di lavoro a distanza ed il rischio di una abnorme dilatazione dell'arco temporale entro il quale il prestatore di lavoro può essere potenzialmente chiamato a svolgere attività lavorative implicanti la coesistenza dei tre elementi che concorrono a riempire di contenuto tale nozione è ben percepita dalla risoluzione del Parlamento europeo sul diritto alla disconnessione del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione proprio sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)) e della conseguente proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio avente ad oggetto la fissazione di prescrizioni minime in tema di riconoscimento e di esercizio di tale diritto, sulla quale ci si soffermerà più diffusamente nel successivo paragrafo.

Nei *“considerando”* della risoluzione, il Parlamento evidenzia, tra le ragioni giustificative dell'intervento, come *“un utilizzo sempre maggiore degli strumenti digitali a scopi lavorativi ha comportato la nascita di una cultura del “sempre connesso”, “sempre online” o “costantemente di guardia” che può andare a scapito dei diritti fondamentali dei lavoratori e di condizioni di lavoro eque, tra cui una retribuzione equa, la limitazione dell'orario di lavoro e l'equilibrio tra attività lavorativa e vita privata, la salute fisica e mentale, la sicurezza sul lavoro e il benessere, nonché della parità tra uomini e donne, dato l'impatto sproporzionato di tali strumenti sui lavoratori con responsabilità di assistenza, che generalmente sono donne”*.

si sarebbe parzialmente sottratta all'obbligo di recepire e applicare la direttiva e lo stesso rilievo potrebbe essere certamente formulato con riferimento alla più generale esclusione disposta per il personale del ruolo sanitario anche non inquadrato nella categoria dei dirigenti. A seguito e in conseguenza di questa procedura, le esclusioni relative al personale sanitario sono state soppresse dall'art. 14 della legge europea 2013-bis (legge 30 ottobre 2014, n. 161), la quale ha sancito l'abrogazione, con decorrenza dal 25 novembre 2015, sia dell'art. 41, comma 13, del d.l. n. 112/2008, sia del comma 6-bis dell'art. 17, D.Lgs. n. 66/2003 ed ha precisato che le eventuali deroghe alle norme generali in materia di orario anche con riferimento a questa categoria di personale potranno essere introdotte dai contratti collettivi alle condizioni e con le modalità previste, in via generale, dall'art. 17 dello stesso D.Lgs. n. 66/2003 (legge n. 161/2014, art. 14, comma 3).

⁵⁹ Notazioni critiche di segno analogo sono state recentemente formulate da A. JODICE, *Il “testo unificato” delle dieci proposte di legge in tema di lavoro agile. Un pot-pourri legislativo di dubbia coerenza e di scarsa utilità*, Working Paper ADAPT n. 7/2022, in bollettinoadapt.it

Il documento prosegue evidenziando come “da un’indagine di Eurofound è emerso che il 27 % degli intervistati in telelavoro ha dichiarato di aver lavorato nel proprio tempo libero per soddisfare le esigenze lavorative” e che “l’essere costantemente connessi, insieme alle forti sollecitazioni sul lavoro e alla crescente aspettativa che i lavoratori siano raggiungibili in qualsiasi momento, può influire negativamente sui diritti fondamentali dei lavoratori, sull’equilibrio tra la loro vita professionale e la loro vita privata, nonché sulla loro salute fisica e mentale e sul loro benessere”.

Anche per questa ragione, l’intervento normativo auspicato dalla risoluzione appare rivolto a far leva, in simultanea ed in parallelo, non solamente sul diritto alla disconnessione, ma anche sull’istituzione di efficienti sistemi di misurazione dell’orario di lavoro, sul presupposto dell’ordinaria coesistenza dei due congegni protettivi rappresentati dalla garanzia della disconnessione e dall’apparato delle disposizioni limitative dell’orario di lavoro (cfr. *infra* il paragrafo successivo).

Va, infine, sottolineato che la secca e radicale esclusione prefigurata dal disegno di legge non rappresenterebbe in ogni caso una soluzione idonea a scongiurare l’insorgenza di possibili contenziosi e la contestazione di eventuali abusi ma, al contrario, potrebbe alimentare ulteriori contrasti interpretativi in merito ai contenuti ed al livello di protezione da riconoscere ai lavoratori rispetto al rischio di comportamenti datoriali particolarmente invasivi. Ciò in quanto, così come nella direttiva europea, anche nel D.Lgs. n. 66 del 2003 le esclusioni sancite dal comma 5 dell’art. 17 operano condizionatamente al “rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori”; espressione alla quale non è affatto agevole assegnare contenuti puntuali e sulla base della quale risulterebbe assai complicato (per non dire costantemente opinabile) ogni tentativo di discernimento tra le condotte rispettose di tali principi e quelle qualificabili come contrastanti con gli stessi e quindi foriere di danni a carico del lavoratore.

8. Orario di lavoro, lavoro agile e diritto alla disconnessione

Il Protocollo del 7 dicembre menziona agli artt. 2 e 3 anche il diritto alla disconnessione. Tale istituto, la cui utilità proprio ai fini di una più nitida delimitazione degli spazi temporali entro i quali i comportamenti individuali possono essere condizionati dall’obbligo di adempimento della prestazione lavorativa (non solamente nelle forme e sembianze dell’“orario di lavoro” ma anche in quelle degli obblighi accessori come quello di reperibilità) e quelli nei quali i margini di libertà e di autodeterminazione individuale debbono essere salvaguardati in via esclusiva ha iniziato ad essere percepita ben prima dell’avvento delle trasformazioni indotte dall’emergenza pandemica⁶⁰, concorre in maniera determinante al perseguimento

⁶⁰ La letteratura in argomento è già estremamente copiosa ed in buona parte risalente a periodi anteriori alla fase della legislazione emergenziale Covid-19: cfr., tra gli altri (oltre agli scritti citati nel prosieguo), R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, *Labour & Law Issues*, 2017, 3 p. 17 ss.; E. DAGNINO, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 1024 ss.; M. ALTIMARI, *L’effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro*, in *Riv. It. Informatica e Diritto*, 2021, p. 65 ss.; D. CALDERARA, *La dis-connessione: evoluzioni e prospettive*, in corso di pubblicazione in *MGL*, 2022.

dell'obiettivo di garantire un bilanciamento tra la vita professionale e la vita privata del lavoratore, oltre a tutelare la salute del lavoratore⁶¹.

Un utile riferimento per le prospettive di sviluppo regolativo di tale istituto è rappresentato dalla citata Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021⁶².

La proposta di direttiva identifica, all'art. 2, la 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*, da parte del datore di lavoro, nei confronti del lavoratore. A questa definizione, come già accennato, si ispira il Protocollo nazionale del 7 dicembre 2021, in cui viene prevista l'individuazione di fasce di disconnessione nelle quali il lavoratore non deve erogare la prestazione lavorativa.

Ai fini della migliore e più esaustiva comprensione di tale istituto ed alla luce delle considerazioni sin qui formulate, è utile chiarire che il diritto alla disconnessione può sì operare, nella sua configurazione 'di base', come spartiacque tra l'orario di lavoro e i periodi di riposo giornaliero come commisurati, nella loro dimensione minima, dall'art. 7 del D.Lgs. n. 66/2003 in conformità alla direttiva europea in materia di orario, ma può assolvere anche la funzione di concorrere alla regolazione di situazioni ulteriori e normalmente 'esterne' all'orario di lavoro tra le quali potrebbe rientrare un eventuale obbligo di reperibilità⁶³.

Per quanto concerne il rapporto tra l'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa (indipendentemente dalla modalità presenziale o agile), il diritto alla disconnessione e l'orario di lavoro, va soprattutto evidenziato che la proposta di direttiva individua come misura coesistente e come garanzia di effettività del diritto alla disconnessione l'istituzione da parte degli Stati di "*un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore*", misurazione verificabile da ciascun singolo prestatore di lavoro attraverso la consultazione del relativo registro⁶⁴. Per permettere l'effettiva fruizione del diritto di disconnessione sono formulate due clausole di salvaguardia: la prima riguardante la necessità di consultare le parti sociali competenti, preventivamente; la seconda

⁶¹ Il nesso tra la tutela della salute e l'orario di lavoro è stringente anche nel lavoro digitale ed è stato di recente sottolineato nel *Framework Agreement on Digitalisation* del 20 giugno 2020 dalle parti sociali a livello europeo.

⁶² Sulle finalità, sul campo di azione e sulla definizione di disconnessione si vd. E. FIATA, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 4/2021, pp. 9-10; A. IERMANO, *Verso un nuovo diritto "fondamentale" in ambito UE: il diritto alla disconnessione digitale*, Eurojus, 2021, p. 150 ss.

⁶³ Ipotesi potenzialmente prevista dal legislatore *ex art. 2, c. 1-ter*, d.l. n. 30/2021 convertito dalla legge n. 61/2021, dove si legge che "*ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati*".

⁶⁴ Pervenendosi in tal modo, pertanto, alla legificazione del principio elaborato dalla Corte di Giustizia nella sentenza della Grande Sezione del 14 maggio 2019, C-55/2018, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras c. Deutsche Bank*.

riguardante l'obbligo di garantire, in capo agli stati membri, la presenza di alcune condizioni di lavoro⁶⁵, affinché i datori di lavoro attuino tale diritto in modo equo e trasparente.

Trova conferma, pertanto, l'idea che il solo diritto alla disconnessione, anche nella prospettiva di una sua regolazione a livello europeo, non rappresenti da solo un efficace strumento di prevenzione dei rischi che in generale la normativa limitativa dei tempi di lavoro è diretta ad arginare, anche e soprattutto in ragione dell'inesistenza di una puntuale fissazione degli ambiti temporali di esercizio di tale diritto e conseguentemente la difficoltà per non dire l'impossibilità di qualificare la disconnessione come un istituto dotato di funzionalità autonoma ed indipendente dagli altri presidi normativi di limitazione del tempo di lavoro e di per sé bastevole ad assicurare alla generalità dei lavoratori agili un sufficiente livello di protezione dal rischio di "erosione" del tempo della persona mediante un esercizio temporalmente diffusivo del potere direttivo.

Anche il disegno di legge attualmente in discussione ed al quale si è fatto cenno nel precedente paragrafo non offre elementi che inducano a mettere in discussione questa conclusione. L'art. 4 prevede l'introduzione nella legge n. 81 del 2017 di un art. 24-*bis* espressamente dedicato al riconoscimento di tale diritto, definito (in termini a dir poco magniloquenti) come il diritto di ciascun lavoratore, agile o presenziale, "*di estraniarsi dallo spazio digitale e di interromperne la connessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche in proprio possesso, senza che questo possa comportare effetti negativi di natura disciplinare o decurtazioni retributive*", la cui concreta regolamentazione sarebbe rimessa alla contrattazione collettiva e la cui violazione verrebbe ad essere anche penalmente sanzionata mediante l'applicazione della previsione sanzionatoria dedicata alle interferenze illecite nella vita privata.

A parte le perplessità sull'utilità ed efficacia di una tecnica di tutela tanto formalmente inflessibile quanto di difficile e macchinosa applicazione quale quella penale, l'assenza di ogni parametro dimensionale rispetto all'estensione temporale minima e massima degli spazi di disconnessione e la scarsa nitidezza di tali indicazioni *de iure condendo*⁶⁶ confermano che con riferimento alla situazione dei lavoratori agili, la

⁶⁵ Art. 4, c. 1. Le condizioni minime sono: (a) le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi, compreso qualsiasi strumento di monitoraggio legato al lavoro;
(b) il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro;
(c) valutazioni della salute e della sicurezza, comprese le valutazioni del rischio psicosociale, in relazione al diritto alla disconnessione;
(d) i criteri per la concessione di una deroga ai datori di lavoro dall'obbligo di attuare il diritto dei lavoratori alla disconnessione;
(e) in caso di deroga a norma della lettera d), i criteri per stabilire le modalità di calcolo della compensazione per il lavoro svolto al di fuori dell'orario di lavoro conformemente alle direttive 89/391/CEE, 2003/88/CE, (UE) 2019/1152 e (UE) 2019/1158 nonché al diritto e alle prassi nazionali;
(f) le misure di sensibilizzazione, compresa la formazione sul luogo di lavoro, che i datori di lavoro sono tenuti ad adottare riguardo alle condizioni di lavoro di cui al presente paragrafo.

⁶⁶ Nel comma 2 dell'art. 24-*bis* come formulato nel d.d.l. si legge che "*il diritto di disconnessione è sempre opponibile al datore di lavoro durante il periodo di riposo come definito nell'articolo 1 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66*". Posto che durante i periodi di riposo, come puntualizzato dalla giurisprudenza nazionale e da quella europea già diffusamente richiamata all'interno

disconnessione non appare configurabile come un adeguato suppletivo rispetto all'applicazione del più ampio ed efficace apparato normativo delle disposizioni limitative dell'orario di lavoro.

L'iniziativa europea si orienta, come già sottolineato, non nella direzione dell'alternatività, bensì in quella della complementarità tra le due forme di tutela. L'esigenza di conferire effettività al diritto alla disconnessione si sposa infatti anche formalmente, alla luce della proposta di direttiva, con quella di definire in termini più esatti il raccordo tra l'orario di lavoro e la sua disciplina (avente carattere generale e non suscettibile di eccezioni che non siano quelle espressamente ammesse dall'art. 17 della direttiva 2003/88/CE e dall'art. 17 del D.Lgs. n. 66 del 2003).

Ammettere la coesistenzialità della disconnessione e del sistema di misurazione dell'“orario di lavoro” per la realizzazione delle finalità protettive perseguite dalla proposta di direttiva implica necessariamente la consapevolezza che, almeno in via ordinaria, i due istituti coesistono e trovano simultanea applicazione a tutti i rapporti di lavoro, inclusi quelli che in tutto o in parte si svolgono a distanza mediante il prevalente utilizzo di tecnologie digitali.

La nitida accettazione di tale premessa può sia favorire in maniera determinante la risoluzione di problemi di qualificazione del tempo nell'uno e nell'altro contenitore, cioè nell'orario di lavoro e nei periodi di riposo, sia contribuire ad una ricostruzione maggiormente puntuale ed esaustiva, anche sul piano funzionale, del diritto alla disconnessione e delle sue possibili traduzioni applicative. Si tratta infatti di un diritto a densità e contenuto variabile, che potrebbe essere inteso (ciò che con buona probabilità avverrebbe se si ritenesse che al lavoro da remoto non siano applicabili le disposizioni generali in materia di orario) come mera garanzia del riposo giornaliero e settimanale e conseguentemente delimitato agli stretti periodi quantificati dalla legge per la fruizione di tali riposi⁶⁷.

In alternativa e come già accennato, l'istituto della disconnessione potrebbe prestarsi ad applicazioni più ambiziose ed articolate, permettendo di distinguere tra periodi di ordinaria e necessaria disponibilità del lavoratore anche attraverso le modalità di connessione realizzate mediante le tecnologie digitali (normalmente corrispondenti con l'“orario di lavoro” nelle sue diverse estrinsecazioni: orario normale, straordinario, notturno ecc.), periodi di altrettanto necessaria disconnessione (ossia quelli di riposo) nonché, infine, periodi nei quali con determinate ciclicità il prestatore di lavoro può essere alternativamente chiamato all'assolvimento di obblighi accessori (reperibilità e simili) ovvero può

di questo contributo, è lecito interrogarsi attraverso quali strumenti potrà essere eventualmente richiesto l'intervento del lavoratore in reperibilità se durante tali spazi temporali il lavoratore può incondizionatamente pretendere di rimanere disconnesso.

⁶⁷ A questo proposito, deve essere evidenziato che secondo diversi interpreti il tempo di disconnessione fa parte del tempo di non lavoro ma non coincide esattamente con il tempo di riposo: cfr. M. C. CATAUDELLA, *Tempo di lavoro e tempo di disconnessione*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 4/2021, p. 854; A. PRETEROTI, *Il diritto alla disconnessione nel lavoro agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Lavoro diritti Europa*, n. 3/2021, p. 7.



beneficiare di ulteriori spazi di disconnessione a garanzia della libera coltivazione dei propri interessi personali e delle relative attività.