



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Tempo e subordinazione:
riflessioni intorno al lavoro agile**

ANNA FENOGLIO
Università di Torino

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile

ANNA FENOGLIO

Università di Torino

Associata di Diritto del Lavoro

anna.fenoglio@unito.it

ABSTRACT

Taking “agile work” as a starting point, the essay analyzes the changes that the spread of new ways of working are bringing about to the notion of working time. The author first analyzes, in the light of domestic and unieuropean law, the efforts made to adapt the notions of working time and rest time to the changed production system, so as to enable their concrete measurement and curb the phenomenon of time porosity. The author also emphasizes the innovative scope of agile work at the systemic level, noting that the absence of time and place constraints can have a major impact on the notion of “subordinate employment”.

Keywords: working time; rest period; agile work; right to disconnect; subordination

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15106>

Tempo e subordinazione: riflessioni intorno al lavoro agile

SOMMARIO: 1. Il tempo e il lavoro. 2. Il lavoro agile tra potenzialità e resistenze. 3. Tempo scelto e vincoli di durata. 3.1 La nozione uni-europea di orario resta al passo con i tempi... 3.2 ...e anche la nozione di riposo si adegua: il diritto alla disconnessione. 3.3. Uno sguardo ai primi accordi collettivi successivi al Protocollo sul lavoro agile. 4. Verso una nuova subordinazione?

1. Il tempo e il lavoro

La «tormentata relazione esistente tra il *tempo* di lavoro [...] e il procedimento di qualificazione giuridica del rapporto»⁽¹⁾ è tornata recentemente a prendersi la scena a fronte del diffondersi di nuove forme di organizzazione del lavoro che rendono sempre più difficile misurare la consistenza temporale effettiva della prestazione. Già sul finire degli anni '80, caratterizzati dal graduale declino della fabbrica fordista, erano stati individuati i segni di un profondo cambiamento del diritto del lavoro e del conseguente superamento di «un'idea di subordinazione che abbiamo profondamente interiorizzato», intesa «come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione, [...] come etero direzione fondata su elementi di gerarchia e autocrazia imprenditoriale»⁽²⁾. Indicazioni in tal senso potevano infatti già trarsi dalla disciplina del lavoro a domicilio⁽³⁾, da quella relativa al lavoro sportivo⁽⁴⁾ nonché da quella riguardante il lavoro a chiamata senza obbligo di risposta⁽⁵⁾: fattispecie qualificate come lavoro subordinato, benché non vi sia una strutturale soggezione del lavoratore al potere datoriale di predeterminare i vincoli di tempo e/o di spazio della prestazione lavorativa⁽⁶⁾.

Esempi altrettanto significativi possono essere ravvisati nel lavoro dirigenziale, nell'ambito del quale «il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico»⁽⁷⁾; nonché nella disciplina legislativa dell'attività svolta dai docenti universitari, ove – in assenza di una regolamentazione dell'orario di lavoro – l'unico riferimento al tempo è dotato di

(1) L. Gaeta - A. Loffredo, *Tempi e subordinazioni*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, B. Veneziani - V. Bavaro, Cacucci, 2009, 29.

(2) Tutte le citazioni sono tratte da M. D'Antona, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Massimo D'Antona. Opere*, a cura di B. Caruso - S. Sciarra, Giuffrè, 2000, vol. III, 1222.

(3) Art. 1, l. 18 dicembre 1973, n. 877.

(4) Artt. 3 e 4, l. 23 marzo 1981, n. 91.

(5) Artt. 33 e 34, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ora abrogati.

(6) Sul punto v. V. Bavaro, *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, *LDE*, 2022, 1, 5; M. Pallini, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, *LLI*, 2020, 6, 2, I.83; S. Cairoli, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020, 13 ss.

(7) Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, *Dejure*. Tale aspetto è rimarcato anche da L. Nogler, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 40; T. Treu, *Introduzione*, in A. Occhino, *op. cit.*, XVI.

valore meramente “operativo”, riguardando il monte ore che deve essere destinato alla didattica⁽⁸⁾.

Se tali esperienze già avevano mostrato che il tempo non sempre costituisce un indice di subordinazione affidabile⁽⁹⁾, la diffusione di nuove modalità di lavoro rese mediante l'utilizzo di strumenti digitali ha dato nuovo vigore alla tesi di chi ritiene che l'osservanza di un orario determinato sia priva di valenza sul piano qualificatorio. Il crescente utilizzo della tecnologia nei rapporti di lavoro ha infatti indubbiamente contribuito a modificare il tempo e lo spazio di lavoro, vale a dire le «form[e] tradizionalmente più visibil[i] con cui il datore di lavoro eterorganizza il lavoro altrui»⁽¹⁰⁾, aprendo la possibilità per i dipendenti di svolgere la prestazione *anywhere* e *anytime*: sul fronte del luogo di lavoro «non conta più solo lo spazio corrispondente all'ambiente fisico di lavoro (biosfera), ma anche quello aggiuntivo suggestivamente chiamato dell'infosfera»⁽¹¹⁾; quanto al tempo di lavoro, stanno prendendo sempre più piede forme di sperimentazione di auto-organizzazione del lavoro, che dovrebbero consentire una pianificazione individualizzata della prestazione capace di armonizzare le esigenze dei dipendenti con quelle imprenditoriali⁽¹²⁾.

Il risultato è la possibilità di adottare un nuovo modello di «lavoro ubiquo e atemporale»⁽¹³⁾, eseguito senza postazione fissa e nel solo rispetto dei limiti di durata massima di orario determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva (v. *infra*, § 2).

La crescente diffusione del lavoro agile, in particolar modo, consente di determinare uno «scompaginamento delle coordinate classiche di tempo, spazio e azione»⁽¹⁴⁾: la scelta di precisare nella l. 22 maggio 2017, n. 81, che il lavoro reso in modalità agile è pur sempre lavoro subordinato anche se svolto «senza precisi vincoli di luogo e di tempo» e se realizzato mediante forme di organizzazione del lavoro «per fasi, cicli ed obiettivi» (art. 18, l. n. 81/2017) pare infatti destinata ad avere ripercussioni dogmatiche sull'interpretazione

⁽⁸⁾ L'art. 1, comma 16, della l. 4 novembre 2005, n. 230, stabilisce infatti che il trattamento economico dei professori «è correlato all'espletamento delle attività scientifiche e all'impegno per le altre attività, fissato per il rapporto a tempo pieno in non meno di 350 ore annue di didattica, di cui 120 di didattica frontale, e per il rapporto a tempo definito in non meno di 250 ore annue di didattica, di cui 80 di didattica frontale». Per una riflessione su tale disciplina v. M. Lombardi, *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, B. Veneziani - V. Bavaro, Cacucci, 2009, 93 ss.; sul punto v. L. Gaeta - A. Loffredo, *op. cit.*, 36.

⁽⁹⁾ Ciononostante, com'è noto tale indice è richiamato da numerose pronunce: v. ad es. Cass. 25 febbraio 2019, n. 5436, *MGC*, 2019; Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, *MGC*, 2010, 4, 561; Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 379, *MGC*, 1999, 1517.

⁽¹⁰⁾ T. Treu, *Introduzione*, cit., XIV.

⁽¹¹⁾ L. Nogler, *op. cit.*, 38.

⁽¹²⁾ Sulle modificazioni apportate ai luoghi e ai tempi di lavoro in seguito alla digitalizzazione dei sistemi produttivi v. P. Bozzao, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali, federalismi.it*, 2022, 9, 106 ss.

⁽¹³⁾ T. Treu, *Introduzione*, cit., XIV.

⁽¹⁴⁾ J. Adams-Prassl - A. Aloisi - V. De Stefano - N. Kountouris, *La Corte di Giustizia dell'Ue prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, *RGL*, 2020, 3, II, 410.

dell'art. 2094 c.c.⁽¹⁵⁾, implicando un affievolimento del datato indice della subordinazione cd. tecnico-funzionale usato nei procedimenti di qualificazione. La sottoscrizione di un patto di agilità attenua infatti la c.d. eterodirezione cui è soggetto il lavoratore, vale a dire il potere del datore di lavoro di stabilire le modalità esecutive e spazio-temporali della prestazione di lavoro, con l'inevitabile conseguenza che i vincoli in ordine al tempo e al luogo non sono più significativi ai fini della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro⁽¹⁶⁾ (su tale questione v. *infra*, § 4).

2. Il lavoro agile tra potenzialità e resistenze

L'allentamento dei vincoli spazio-temporali apre le porte a un nuovo modo di lavorare: la piena esplicazione delle potenzialità racchiuse nella disciplina legislativa del lavoro agile potrebbe in effetti condurre alla «restituzione alle persone di flessibilità e autonomia nella scelta di spazi, tempi e (talvolta) strumenti da utilizzare a fronte di una maggiore responsabilizzazione sui risultati»⁽¹⁷⁾, promuovendo un netto cambiamento della filosofia manageriale. È stato teorizzato che tali trasformazioni potrebbero favorire la diffusione di un modello organizzativo innovativo, conosciuto con il nome di *flat organisation*, nel cui ambito i lavoratori collaborano sinergicamente per la realizzazione di obiettivi fissati dal datore di lavoro, agendo con un certo grado di consapevolezza e autonomia e assumendo la responsabilità sul risultato da raggiungere⁽¹⁸⁾. In tale quadro, la valorizzazione delle competenze del singolo e l'attribuzione di un margine di auto-organizzazione del lavoro dovrebbe tradursi in un incremento del grado di soddisfazione per i dipendenti e, di conseguenza, in un aumento della produttività per le imprese.

Tuttavia l'esperienza pratica finora maturata dimostra che solo raramente ai lavoratori che abbiano sottoscritto un patto di agilità è stato concretamente riconosciuto un margine di autonomia organizzativa: nella maggioranza delle situazioni le parti sociali

⁽¹⁵⁾ Sul tema v., fra i molti, M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE It. n. 337/2017; M. Martone, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Cedam, 2018, 461 ss.; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018; R. Casillo, *La subordinazione agile*, DLM, 2017, 2, 529 ss.; A. Levi, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, RGL, 2019, 1, I, 25 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul punto v. V. Bavaro, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, *Labor*, 2020, 6, 688; P. Tullini, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Cedam, 2018, 190; G. De Simone, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, RGL, 2019, 1, I, 12.

⁽¹⁷⁾ È questa la definizione di *smart work* elaborata dall'Osservatorio *smart working* del Politecnico di Milano.

⁽¹⁸⁾ Sui nessi esistenti fra la diffusione del lavoro agile e l'adozione di un nuovo modello di organizzazione produttiva v. F. Butera, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, *Studi organizzativi*, 2020, 1, 142 ss.; M.C. Ambra, *Dal telelavoro coatto al lavoro ubiquo. Lo smart working dopo l'emergenza*, *QRS*, 2020, 3-4, 81 ss.; M.T. Carinci - A. Ingraio, *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, *LLI*, 2021, 7, 2, R.16 ss.; M. Tufo, *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, RGL, 2021, 1, I, 41 s.

hanno infatti realizzato soltanto blande forme di allentamento dei vincoli temporali⁽¹⁹⁾, rimanendo così limitato il numero di aziende che riconosce una piena libertà di auto-organizzazione del tempo⁽²⁰⁾. Lo spazio di autonomia organizzativa è stato peraltro in gran parte soppresso durante la pandemia da COVID-19, quando al fine di consentire la prosecuzione delle attività produttive salvaguardando la salute e la sicurezza dei dipendenti si è fatto ricorso in maniera massiccia ad una forma di lavoro da remoto che ha davvero poco a che vedere con il lavoro agile tipizzato dalla l. n. 81/2017 e che ha perlopiù comportato lo svolgimento della prestazione nel domicilio del dipendente durante l'orario di lavoro normalmente rispettato in azienda⁽²¹⁾.

In vista della graduale uscita dall'emergenza pandemica, la piena esplicazione delle potenzialità del lavoro agile sembra ora promossa dal Protocollo nazionale sottoscritto da Governo e parti sociali il 7 dicembre 2021: pur non innovando significativamente il quadro normativo già delineato dalla l. n. 81/2017⁽²²⁾, il Protocollo ha il merito di precisare che la «giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizza per l'assenza di un preciso orario di lavoro e per l'autonomia nello svolgimento della prestazione nell'ambito degli obiettivi prefissati, nonché nel rispetto dell'organizzazione delle attività assegnate dal responsabile a garanzia dell'operatività dell'azienda e dell'interconnessione tra le varie funzioni aziendali» (art. 3.1). Le parti sociali hanno dunque non solo confermato ma anche ribadito con forza che la possibilità di lavorare *anytime* costituisce la caratteristica tipica del lavoro agile, la cui prestazione deve pur sempre svolgersi nel rispetto dei limiti di durata massima previsti dalla legge: l'adozione di modalità di organizzazione del lavoro basate sull'auto-organizzazione dei dipendenti e sul raggiungimento di obiettivi è stata dunque fortemente incentivata dalle parti sociali, con l'obiettivo di favorire la piena esplicazione di tutte le potenzialità racchiuse nella disciplina legislativa e ancora non espresse dal lavoro agile.

⁽¹⁹⁾ Alcuni accordi collettivi hanno individuato una fascia oraria (di ampiezza variabile) in cui la prestazione deve essere resa, prevedendo talvolta l'obbligatoria connessione o almeno la reperibilità in un determinato arco temporale. Per una recente analisi degli accordi collettivi in materia v. M. Aimo - A. Fenoglio, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, *Labor*, 2021, 1, 40 ss.

⁽²⁰⁾ Come è facile immaginare, si tratta per lo più di imprese all'avanguardia, fortemente votate allo sviluppo e all'impiego di nuovi strumenti e modalità di lavoro: v. *Approfondimento delle esperienze più significative di lavoro agile realizzate a livello pubblico e privato sia in ambito nazionale sia internazionale* realizzato dal Politecnico di Milano su incarico della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le pari opportunità nell'ambito del progetto "Lavoro agile per il futuro della PA", PON Governance e capacità istituzionale 2014/2020.

⁽²¹⁾ Per un'analisi del lavoro agile emergenziale v., fra i molti, M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. Filì (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt University Press, 2020, 167 ss. Per un'interessante analisi in chiave multidisciplinare del lavoro agile c.d. patologico v. gli scritti raccolti nel numero monografico di *Meridiana*, in corso di pubblicazione, *Lavorare distanti. Lo smart working da emergenziale a strutturale*.

⁽²²⁾ La medesima opinione è condivisa da P. Ichino, *Un protocollo poco innovativo ma non inutile*, *LDE*, 2021, 4, 1, a cui si rinvia per un'attenta disamina dell'accordo. Cfr. anche A. Asnaghi, *Il Protocollo delle Parti Sociali sul Lavoro Agile: montagne che han partorito un topolino?*, *LDE*, 2021, 4, 1.

Tale modalità di lavoro potrebbe consentire di sperimentare un'organizzazione dell'attività produttiva differente, fondata sul raggiungimento di obiettivi: rimettendo alla discrezionalità dei lavoratori la scelta non solo della collocazione oraria della prestazione ma la sua stessa durata, il tempo da dedicare all'attività lavorativa potrebbe essere definito dai dipendenti in modo variabile in funzione all'entità dell'obiettivo di volta in volta assegnatogli dal datore di lavoro, pur nel rispetto dei tetti massimi di durata della prestazione previsti da legge e contratti collettivi. Secondo tale modello spetterebbe dunque al datore di lavoro definire non più la dimensione cronologica della prestazione che deve essere resa, quanto la dimensione «produttiva nell'unità di tempo stabilita»⁽²³⁾: individuando i carichi di lavoro dei dipendenti in maniera tale da garantire conformità tra il risultato prodotto da ciascuno e l'orario massimo di lavoro, si rimetterebbe al lavoratore la libertà di definire non solo quando lavorare ma anche la «durata della prestazione in base all'intensità produttiva, cioè al ritmo di lavoro»⁽²⁴⁾ che ciascun lavoratore decide di adottare.

Occorre però muoversi con prudenza tenendo presente che, se non adeguatamente temperato da solidi correttivi, l'allentamento dei vincoli di orario e il superamento del tradizionale criterio adottato per quantificare la prestazione svolta (e, di conseguenza, la retribuzione maturata) porta con sé pericoli non trascurabili. Preoccupa, perciò, il fatto che il Protocollo – pur ravvisando nel lavoro agile una modalità di lavoro «meno piramidale e più orientata a obiettivi e fasi di lavoro» – si sia astenuto dall'individuare le modalità con cui definire i carichi di lavoro affidati ai lavoratori, rinunciando così a indicare strumenti concreti con cui rendere possibile il difficile equilibrio fra «una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nell'interesse del lavoratore» e «un'organizzazione più produttiva e snella, nell'interesse del datore di lavoro»⁽²⁵⁾. È chiaro, infatti, che la definizione delle metriche utilizzate per determinare il carico di lavoro dei dipendenti riveste un'importanza strategica onde evitare che il lavoro per obiettivi si traduca in forme di iper-sfruttamento della capacità lavorativa, che – fissando traguardi produttivi non proporzionati al tempo di lavoro – finirebbero per indurre i dipendenti a continuare a lavorare fuori orario. Oltre ad incrementare le difficoltà già oggi ravvisate dai lavoratori agili nel separare il tempo dedicato all'attività professionale e quello riservato alla propria vita privata, una simile organizzazione lavorativa tesa allo sfruttamento della forza-lavoro potrebbe peraltro favorire un pericoloso scivolamento verso il ritorno al cottimo.

Proprio al fine di circoscrivere tali rischi, le parti sociali europee hanno rimarcato nel *Framework Agreement on Digitalisation* sottoscritto il 22 giugno 2020⁽²⁶⁾ la persistenza anche nel lavoro digitale di un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi

⁽²³⁾ V. Bavaro, *L'orario di lavoro agile*, cit., 12.

⁽²⁴⁾ *Ibidem*.

⁽²⁵⁾ Tutte le citazioni sono tratte dal Protocollo.

⁽²⁶⁾ Sull'accordo firmato da European Trade Union Confederation e da BusinessEurope, Ceep, Sme United, v. A. Rota, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, *LLI*, 2020, 6, 2, C. 24 ss.; I. Senatori, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, *ILLJ*, 2020, 13, 2, 159 ss.; T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, *federalismi.it*, 2022, 9, 202.

in materia di orario, su cui si fonda la direttiva n. 2003/88, sottolineando la necessità di prevenire il rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale derivante dal crescente utilizzo di strumenti tecnologici e promuovendo la diffusione di linee guida e informazioni per lavoratori e datori di lavoro sulle modalità con cui garantire il rispetto delle norme in materia di orario di lavoro, così da ridurre al minimo i rischi per la salute derivanti dall'eccessiva connessione. Proprio a tal fine l'accordo precisa che i datori di lavoro dovrebbero impegnarsi ad evitare di contattare i dipendenti fuori orario e le parti dovrebbero definire congiuntamente le modalità di organizzazione del lavoro e il carico di lavoro, in modo tale che l'attività richiesta per ciascun dipendente non spinga il lavoratore a prestare servizio fuori orario o, al contrario, non sia tale da renderlo oggetto di accuse di lassismo da parte dei colleghi.

La necessità di individuare un equo bilanciamento fra risultati da raggiungere e il tempo di lavoro, adeguato alle istanze produttive ma al contempo «a misura dell'uomo che lavora»⁽²⁷⁾, meriterebbe dunque di essere affrontata con attenzione, attribuendo una specifica competenza in materia alla contrattazione collettiva così da consegnare nelle mani delle parti sociali il «grimaldello dell'organizzazione temporale delle prestazioni»⁽²⁸⁾. Stante la scelta dell'attuale Governo di non apportare modifiche alla l. n. 81/2017⁽²⁹⁾ e il silenzio del Protocollo su questo specifico punto, resta la speranza che – quanto meno nei settori produttivi maggiormente all'avanguardia – le parti sociali si facciano carico spontaneamente della questione stabilendo che, qualora il lavoro agile sia organizzato sulla base di obiettivi, il carico di lavoro debba essere definito dal datore di lavoro in sinergia con le organizzazioni sindacali: così facendo la fonte collettiva dimostrerebbe di assumere davvero su di sé il ruolo di «fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile» riconosciutale dal Protocollo.

3. Tempo scelto e vincoli di durata

Pur ammesso dalla legge e promosso dal Protocollo, il lavoro agile organizzato sulla base degli obiettivi da raggiungere non trova al momento consistente applicazione pratica. Ben più diffuso è invece il modello di lavoro agile in cui la prestazione svolta viene parametrata al tempo di lavoro.

Tale secondo prototipo a sua volta ricomprende due tipologie di lavoro da remoto: la prima prevede anche per la parte della prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali il

⁽²⁷⁾ M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 55.

⁽²⁸⁾ M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 35. Secondo le autrici occorrerebbe «porre in capo al datore di lavoro un obbligo di informazione nei confronti delle RSA/RSU (o, in caso di assenza, il sindacato territoriale) circa le metriche utilizzate per stimare il tempo necessario a raggiungere un certo obiettivo e dovrebbe altresì porre un obbligo di codeterminazione fra datore e RSA/RSU (o sindacato territoriale) per la determinazione dei tempi di lavoro».

⁽²⁹⁾ Nonostante l'elevato numero di disegni di legge presentati in Parlamento: i dieci disegni di legge già depositati alla Camera dei Deputati sono stati recentemente riunificati nell'unico testo C.2908 del 16 marzo 2022; altre due proposte di legge sono state presentate al Senato.

rispetto dei vincoli orari normalmente applicati in azienda. Entro questa veste il lavoro agile è stato spesso forzatamente costretto nei primi anni di applicazione e durante il periodo legato all'emergenza sanitaria, quando i lavoratori hanno continuato a lavorare da casa secondo i ritmi normalmente applicati in azienda. Tale modalità di lavoro, in verità, ha poco a che vedere con il lavoro agile disciplinato dalla l. n. 81/2017 e non a caso le Linee guida sullo *smart working* nel pubblico impiego adottate dal Ministero per la pubblica amministrazione nell'ottobre 2021 hanno opportunamente scelto di differenziare i due istituti, contribuendo a fare chiarezza sul punto⁽³⁰⁾.

Certamente più innovativo e maggiormente in linea con la *ratio* della l. n. 81/2017, che com'è noto individua nel lavoro agile uno strumento con cui favorire la conciliazione fra vita privata e vita professionale, è invece il modello di lavoro da remoto nell'ambito del quale il lavoratore, pur non potendo scegliere *quanto* lavorare (come potenzialmente ammesso dal lavoro per obiettivi), può definire *quando* svolgere la prestazione: la misurazione dell'entità dell'attività svolta e, conseguentemente, la retribuzione restano così parametrare sulla base del numero di ore lavorate, pur rimettendo ai dipendenti un margine di libertà nel collocare il tempo di lavoro, generalmente all'interno di fasce orarie definite dagli accordi collettivi. Se nei primi anni successivi all'emanazione della l. n. 81/2017 tale modalità di lavoro ha faticato a prendere piede⁽³¹⁾, la situazione è mutata a partire dal superamento della fase più critica dell'emergenza pandemica, quando su impulso del Protocollo nazionale la contrattazione collettiva (specie di livello aziendale) ha cominciato a regolamentare con maggiore frequenza questa più innovativa modalità di lavoro (v. *infra*, § 3.3 per l'analisi di alcuni recenti accordi collettivi).

Pur riconoscendo uno spazio all'auto-organizzazione dei dipendenti, il legislatore nel disciplinare il lavoro agile reso senza «precisi vincoli di orario» ha però imposto anche per la prestazione svolta da remoto il rispetto dei «limiti di durata massima dell'orario di

⁽³⁰⁾ A differenza del Protocollo per il lavoro agile sottoscritto nel settore privato, le Linee guida redatte per il settore pubblico affiancano alla disciplina del lavoro agile la regolamentazione del lavoro da remoto «con vincoli di tempo», prestatore «nel rispetto dei conseguenti obblighi di presenza derivanti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, attraverso una modificazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa che comporti la effettuazione della prestazione in luogo idoneo e diverso dalla sede dell'ufficio al quale il dipendente è assegnato», cogliendo e enfatizzando la differenza esistente fra le due modalità di lavoro da remoto. Sulle Linee guida v. P. Bozzao, *op. cit.*, 122. Più in generale sulla disciplina del lavoro agile nel settore pubblico v. L. Zoppoli, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'«ossificazione» delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, LPA, 2021, 1, 3; R. Brunetta - M. Tiraboschi, *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper, 2021, 10; M. Esposito, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in M. Martone (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 147.

⁽³¹⁾ Nei primi anni di applicazione dell'istituto, l'agilità ha infatti spesso riguardato esclusivamente il luogo della prestazione e non anche il tempo di lavoro, che ha in genere continuato a coincidere con la fascia oraria in cui l'attività viene resa nei locali aziendali (così ad es. l'Accordo 15 maggio 2019 per i Servizi riscossione tributi; l'Accordo 11 maggio 2020 Voihotels; l'Accordo 21 luglio 2020 Groupama Assicurazioni; l'Accordo 31 agosto 2018 Gruppo Ubi Banca; l'accordo 20 luglio 2018 Telespazio).

lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva»⁽³²⁾ (così l'art. 18 della l. n. 81/2017). Nei confronti dei lavoratori agili non trova dunque applicazione la deroga prevista dall'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, che (ricalcando l'art. 17, par. 1, della direttiva n. 2003/88) esclude l'applicazione delle norme in materia di orario normale, orario massimo settimanale, lavoro straordinario e riposo giornaliero: tale deroga, così come chiarito dalla Corte di giustizia, trova infatti applicazione con riguardo ai soli «lavoratori il cui orario di lavoro *nella sua interezza* non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»⁽³³⁾, fra i quali non rientrano i lavoratori agili. A differenza del telelavoro e del lavoro a domicilio (richiamati espressamente dalla norma), il lavoro agile prevede infatti l'alternanza fra attività lavorativa resa all'esterno e all'interno dei locali aziendali, restando almeno quest'ultima frazione di tempo certamente misurabile⁽³⁴⁾.

Si deve pertanto ritenere che anche con riguardo alla prestazione svolta in modalità agile sia necessario adottare «un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽³⁵⁾, richiesto dai giudici di Lussemburgo al fine di assicurare l'effetto utile dei diritti fondamentali a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali sanciti dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta di Nizza e previsti dalla direttiva n. 2003/88. È però evidente che, in un contesto in cui una parte della prestazione può essere svolta al di fuori della sede aziendale nel tempo scelto dal lavoratore, l'individuazione delle concrete modalità con cui verificare l'effettivo rispetto dei tetti massimi in materia di orario di lavoro e dei periodi minimi di riposo pone alcune difficoltà: difficoltà che (come si vedrà *infra*, § 3.1 e 3.2) possono essere affrontate grazie ad alcuni spunti interpretativi offerti dalla giurisprudenza dell'Unione, che già ha avuto occasione di rimarcare come «la tecnologia attuale consent[ia] i più svariati sistemi di rilevazione dell'orario di lavoro (registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici), sistemi che potrebbero anche essere differenziati a seconda delle caratteristiche e delle esigenze delle singole imprese»⁽³⁶⁾. Come a dire che l'evoluzione tecnologica e la conseguente

⁽³²⁾ La norma, nell'utilizzare come parametro il limite della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero derivante dalle disposizioni legislative e contrattuali, è scritta tuttavia in termini imprecisi: com'è noto, infatti, il d.lgs. n. 66/2003 non fissa alcun tetto massimo alla prestazione giornaliera ma si limita a prevedere l'orario di lavoro massimo settimanale, calcolabile peraltro come media in un periodo di tempo piuttosto lungo.

⁽³³⁾ C. giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione vs Regno Unito*, punto 20; C. giust. 26 luglio 2017, C-175/16, *Hähv*, punto 49 (c.m).

⁽³⁴⁾ Così V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020, 3, II, 436. Su tale aspetto v. anche S. Cairoli, *op. cit.*, 132 ss.

⁽³⁵⁾ C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO)*, punti 60 e 62. Per un commento a tale sentenza v. V. Leccese, *op. cit.*, 436; F. Siotto, *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*, RIDL, 2019, 4, II, 697.

⁽³⁶⁾ Così le conclusioni dell'avvocato generale G. Pitruzzella presentate il 31 gennaio 2019 nell'ambito della causa C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, punto 87. Tale passaggio è richiamato nel punto 47 della sentenza della Corte.

diffusione di modalità di lavoro innovative non possono giustificare deroghe agli obblighi posti dalla direttiva n. 2003/88 a tutela della salute e della sicurezza dei dipendenti e l'inevitabile regresso delle tutele che ne deriverebbe.

3.1 La nozione uni-europea di orario resta al passo con i tempi...

È tuttavia innegabile che la smaterializzazione del luogo di svolgimento della prestazione porta con sé una accresciuta difficoltà nell'individuazione del tempo di lavoro: al fine di consentire la concreta misurazione di quest'ultimo assume dunque fondamentale importanza chiarire quali siano gli elementi necessari per qualificare un determinato periodo di tempo come "orario di lavoro" quando la prestazione sia svolta da remoto. A tal fine la sola presenza di uno stato attivo di connessione telematica non può chiaramente essere sufficiente, dovendosi piuttosto verificare la sussistenza degli elementi che – a norma dell'art. 2, comma 1, della direttiva n. 2003/88, recepito dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 66/2003 – costituiscono la nozione di orario, vale a dire l'essere al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio dell'attività o delle proprie funzioni. Com'è noto, la Corte di giustizia ha in più occasioni ribadito che i tre elementi devono concorrere, pur fornendone un'interpretazione molto elastica: consapevoli degli ostacoli che l'applicazione della direttiva n. 2003/88 potrebbe dover affrontare dinnanzi a modalità di lavoro innovative, i giudici di Lussemburgo hanno infatti progressivamente ampliato la nozione di orario di lavoro.

Dopo aver ammorbidito il vincolo dell'effettivo esercizio dell'attività o delle funzioni⁽³⁷⁾, la Corte ha infatti recentemente disancorato la nozione di orario dal requisito della presenza fisica del lavoratore nel luogo indicato dal datore⁽³⁸⁾. Giungendo a considerare come orario di lavoro il periodo di reperibilità svolto dal lavoratore presso il suo domicilio in ragione dello stretto arco temporale con cui avrebbe dovuto raggiungere il luogo di lavoro in caso di chiamata, i giudici di Lussemburgo hanno infatti tenuto conto del pregiudizio subito dal dipendente affermando che per valutare se un frammento di tempo costituisca orario di lavoro occorre verificare la sussistenza di vincoli in capo al lavoratore «di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest'ultimo, di gestire liberamente, nel corso del periodo in questione, il tempo durante il

⁽³⁷⁾ A partire dalle note pronunce C. giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap* e C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*.

⁽³⁸⁾ Un primo passo in tal senso è stato compiuto dalla sentenza C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, a seguito della quale l'attesa presso il proprio domicilio non è più ritenuta indicativa di una reale possibilità di autodeterminazione della temporalità del lavoratore. Il vincolo riguardante la collocazione fisica del dipendente ha perso ulteriormente rilevo a seguito delle recenti le pronunce C. giust. 9 marzo 2021, *Stadt Offenbach am Main*, C-580/19; C. giust. 9 marzo 2021, *Radiotelevizija Slovenija*, C-344/19; C. giust. 17 luglio 2021, *Republika Slovenija*, C-742/19; C. giust. 9 settembre 2021, C-107/19, *Dopravni podnik*. Per un'analisi del ricco filone giurisprudenziale riguardante la nozione di orario di lavoro v. G. Ricci, *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, RGL, 2021, 3, II, 323. Cfr. anche P. Bozzao, *op. cit.*, 112 s.

quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare questo tempo ai propri interessi»⁽³⁹⁾.

Accertato il progressivo degrado del requisito spaziale a «criterio non determinante ai fini della qualificazione del tempo»⁽⁴⁰⁾ come orario di lavoro, la giurisprudenza della Corte ha, per converso, attribuito un crescente rilievo al requisito connesso alla disponibilità: elemento non sempre di facile accertamento, che deve essere verificato «sulla base di una valutazione qualitativa e quantitativa dei vincoli imposti al lavoratore»⁽⁴¹⁾.

Calate nel contesto del lavoro agile, le precisazioni fornite dalla più recente giurisprudenza contribuiscono a circoscrivere il rischio che la «liquidità del tempo di lavoro» tipica del lavoro agile finisca per alterare «la separazione binaria tra tempi di lavoro e non lavoro nonché [...] i criteri per l'individuazione della prestazione effettiva e della mera disponibilità»⁽⁴²⁾: benché l'evoluzione delle tecnologie utilizzate nel lavoro abbia «stravolto le variabili “luogo” e “tempo” tradizionalmente intese, riducendo tanto le barriere “spaziali” quanto quelle “temporali”»⁽⁴³⁾, le pronunce in questione mostrano che il carattere binario del tempo accolto dalla direttiva n. 2003/88 continua a rappresentare la pietra angolare su cui è fondata la costruzione della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

La fluidità spazio-temporale tipica del lavoro agile rende tuttavia talora difficile garantire l'effettività sul piano pratico della separazione fra il tempo di lavoro e il tempo di riposo. Benché l'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017 riconosca che l'attività debba essere svolta «entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», i dati dimostrano infatti che la prestazione agile spesso si estende ben al di là dell'orario normale, peraltro senza che l'attività eccedente sia retribuita con le maggiorazioni previste per il lavoro straordinario⁽⁴⁴⁾: tale fenomeno può

⁽³⁹⁾ C. giust. C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, cit., punto 37; C. giust. C-580/19, *Stadt Offenbach am Mai*, cit., punto 44; C. giust. C-107/19, *Dopravni podnik*, cit., punto 34.

⁽⁴⁰⁾ G. Ricci, *op. cit.*, 328.

⁽⁴¹⁾ 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*, RIDL, 2021, II, 341. Pur favorevole ad una estensione nella nozione di orario di lavoro, sul piano applicativo la Corte ha assunto una posizione di cautela, individuando alcuni indici che devono essere verificati al fine di valutare l'intensità dei vincoli a cui è sottoposto il lavoratore. Nel valutare se il periodo di reperibilità debba essere nel caso concreto considerato come orario di lavoro, la Corte ha rimarcato la significatività di alcuni elementi, quali l'entità del periodo temporale di cui il lavoratore dispone per riprendere l'attività lavorativa dal momento in cui il datore lo richiede, la frequenza osservata a posteriori delle prestazioni rese durante il periodo di reperibilità, la durata degli interventi che sono stati effettuati. Non sono invece rilevanti gli elementi soggettivi che attengono alla sfera del lavoratore, quali la distanza che separa il domicilio liberamente scelto dallo stesso dal luogo di lavoro, nonché il carattere delle attività di svago che il lavoratore sceglie di svolgere né il luogo in cui quest'ultimo decide, per sua scelta, di trascorrere il periodo di reperibilità.

⁽⁴²⁾ Rischio evidenziato da M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, DSL, 2017, 26.

⁽⁴³⁾ P. Rausei, *Il lavoro agile*, DPL, 2017, 5, inserto, II.

⁽⁴⁴⁾ Lo stesso Protocollo sul lavoro agile stabilisce infatti che «salvo esplicita previsione dei contratti collettivi nazionali, territoriali e/o aziendali, durante le giornate in cui la prestazione lavorativa viene svolta in modalità agile non possono essere di norma previste e autorizzate prestazioni di lavoro straordinario» (art. 3, comma 4).

essere addebitato non solo all'attribuzione al lavoratore di un carico di lavoro eccessivo, non adeguato al tempo di lavoro previsto, ma anche al mantenimento attivo della connessione informatica oltre il termine dell'orario di lavoro, che finisce per esporre il dipendente a comunicazioni di carattere lavorativo anche durante i momenti di riposo. Affinché le tutele previste per i lavoratori agili abbiano carattere effettivo e possano dirsi conformi al diritto dell'Unione, così come arricchito dall'incessante opera interpretativa effettuata dalla Corte di giustizia, è dunque fondamentale individuare strumenti con cui garantire la misurabilità del tempo di lavoro svolto da remoto e, simmetricamente, il godimento dei periodi minimi di riposo: importanza strategica assume dunque il concreto riconoscimento del diritto alla disconnessione.

3.2 ...e anche la nozione di riposo si adegua: il diritto alla disconnessione

Dalla giurisprudenza appena richiamata possono naturalmente trarsi utili indicazioni anche per quanto riguarda la definizione del tempo di riposo: tale frazione di tempo – che, com'è noto, si ricava per esclusione, comprendendo ogni periodo non rientrante nell'orario di lavoro⁽⁴⁵⁾ – coincide infatti con il tempo “liberato” dalle interferenze della sfera lavorativa, nell'ambito del quale il lavoratore può «gestire il suo tempo» e «dedicarsi ai propri interessi senza grossi vincoli»⁽⁴⁶⁾, realizzando appieno la sua personalità.

Benché orario di lavoro e tempo di riposo si collochino ai reciproci antipodi, è tuttavia nota la difficoltà spesso riscontrata sul piano pratico dai lavoratori nel separare concretamente i due emisferi del tempo, evitando reciproche interferenze: difficoltà che, a causa dell'elevato utilizzo di strumenti digitali, si verificano con maggiore frequenza nell'ambito del lavoro da remoto. Al fine di contrastare il fenomeno della c.d. porosità del tempo, assume rilievo centrale il riconoscimento del diritto alla disconnessione, enunciato dal legislatore italiano ad opera dell'art. 19, l. 81/2017 ma, com'è noto, bisognoso di una espressa regolamentazione ad opera dell'accordo individuale per assumere carattere effettivo. Proprio l'effettività è, a ben vedere, uno dei principali problemi posti da tale diritto: problema avvertito con ancora maggiore rilievo nel periodo pandemico giacché la deroga alla necessaria sottoscrizione dell'accordo individuale introdotta per affrontare

⁽⁴⁵⁾ La Corte di giustizia ha infatti precisato che la nozione di orario di lavoro «va intesa in opposizione al periodo di riposo, ciascuna delle due nozioni escludendo l'altra»: C. giust., C-151/02, *Jaeger*, cit., punto 48; C. giust., C-303/98, *Simap*, cit., punto 47.

⁽⁴⁶⁾ C. giust. C-580/19, *Stadt Offenbach am Mai*, cit, punto 39. Sul periodo di riposo si veda anche la sentenza C. giust. 17 marzo 2021, C-585/19, *Academia de Studii Economice din București*, concernente le modalità di calcolo del periodo di riposo nel caso in cui il lavoratore sia parte di una pluralità di contratti con lo stesso datore di lavoro.

l'emergenza⁽⁴⁷⁾ ha determinato un vuoto normativo in materia⁽⁴⁸⁾, aggravato dal fatto che nei primi anni di applicazione della legge soltanto un numero ridotto di accordi collettivi aveva regolamentato il diritto di non rispondere⁽⁴⁹⁾.

Non è tuttavia questo l'unico elemento di debolezza della norma. Spicca in particolare – oltre alla mancata regolamentazione delle sanzioni da applicare in caso di sua violazione – l'eccessiva limitazione del campo d'applicazione del diritto: stante il progressivo incremento nell'utilizzo di dispositivi informatici anche nelle attività lavorative rese secondo modalità tradizionali, la scelta del legislatore italiano di riconoscere il diritto allo *switch off* soltanto per i lavoratori agili appare priva di giustificazione e anacronistica, rendendo non più procrastinabile l'estensione del medesimo diritto a tutti i lavoratori, a prescindere dalla sottoscrizione di un accordo di agilità⁽⁵⁰⁾.

L'opportunità di riconoscere tale diritto con riguardo a tutti i lavoratori è del resto enfatizzata a livello uni-europeo, ove la necessità di prevenire il rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale derivante dal crescente utilizzo di strumenti tecnologici è stata rimarcata dal *Framework Agreement on Digitalisation*: le parti sociali europee hanno infatti promosso la diffusione di linee guida e informazioni per lavoratori e datori di lavoro sulle modalità con cui garantire il rispetto delle norme in materia di orario di lavoro, al fine di ridurre al minimo i rischi per la salute derivanti dall'eccessiva connessione.

Nel solco tracciato da tale accordo si inserisce l'iniziativa del Parlamento dell'Unione europea che, all'inizio dell'anno, ha approvato una Risoluzione con cui ha raccomandato alla Commissione l'adozione di una direttiva al fine di tutelare il diritto alla

⁽⁴⁷⁾ La deroga all'obbligatoria sottoscrizione di un accordo individuale è stata introdotta dall'art. 90, commi 3 e 4, del c.d. decreto "Rilancio" (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) ed è rimasta in vigore per l'intero periodo di vigenza dello stato di emergenza, il cui termine è stato via via prorogato fino al 31 marzo 2022. Alla vigilia della scadenza di tale termine, l'applicazione del c.d. lavoro agile patologico nel settore privato è stata ulteriormente prorogata fino al 30 giugno 2022 ad opera dell'art. 10, comma 2, del d.l. n. 24 del 24 marzo 2022; in sede di conversione, ad opera della l. 19 maggio 2022, n. 52, tale termine è stato ulteriormente rinviato al 31 agosto 2022 (art. 10, comma 2 *bis*).

⁽⁴⁸⁾ Proprio per porre rimedio a tale vuoto normativo il legislatore è poi intervenuto, superando la necessità di regolamentare il diritto alla disconnessione mediante accordo individuale durante il periodo emergenziale: art. 2, comma 1-ter della l. 6 maggio 2021, n. 61 (di conversione del d.l. 13 marzo 2021, n. 30). V. *infra*, nel testo.

⁽⁴⁹⁾ Stando alla Relazione del gruppo di studio lavoro agile presentata al Ministero del lavoro nel dicembre 2021, «dall'analisi dei contratti aziendali, risulta che su oltre duecento contratti solo una ottantina di essi menziona esplicitamente la disconnessione».

⁽⁵⁰⁾ In senso analogo v. A. Maresca, *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disuguaglianze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, *federalismi.it*, 2022, 9, 173.

disconnessione⁽⁵¹⁾, riconoscendone il carattere di «diritto fondamentale»⁽⁵²⁾ che deve essere applicato in «tutti i settori, sia pubblici che privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal loro *status* e dalle loro modalità di lavoro»⁽⁵³⁾: diversamente dalla normativa italiana, il Parlamento Ue auspica dunque il riconoscimento di un diritto che travalichi i confini del solo lavoro da remoto, estendendosi in tutti gli ambiti lavorativi a prescindere dalla tipologia contrattuale e dalle modalità di lavoro adottate.

Pur sottolineando che ai lavoratori «dovrebbero essere garantiti una certa autonomia, flessibilità e il rispetto della sovranità sul tempo» consentendo di «organizzare il loro orario di lavoro in base alle responsabilità personali»⁽⁵⁴⁾, il Parlamento UE ha inoltre ribadito «che il rispetto dell'orario di lavoro e della sua prevedibilità è considerato essenziale per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e delle loro famiglie nell'Unione»⁽⁵⁵⁾, rimarcando ancora una volta l'indissolubile nesso esistente fra rispetto dei limiti massimi in materia di orario di lavoro e tutela della salute. Richiamando in proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia⁽⁵⁶⁾, la proposta di direttiva intende affidare agli Stati membri il compito di garantire che «i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali», riconoscendo altresì il diritto per i lavoratori di «richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro»⁽⁵⁷⁾. A tal fine, «previa consultazione delle parti sociali al livello adeguato», dovranno essere garantite modalità dettagliate che consentano ai lavoratori di esercitare il diritto alla disconnessione e dovrà essere accertato «che i datori di lavoro attuino tale diritto in modo equo e trasparente»⁽⁵⁸⁾: il richiamo delle parti sociali è senz'altro opportuno, giacché la contrattazione collettiva può certamente costituire il livello di regolamentazione più adatto per garantire uno sviluppo del lavoro da remoto ordinato e aderente alla realtà da regolare.

La proposta di direttiva elenca inoltre un nucleo minimo di condizioni di lavoro che dovranno essere garantite a livello nazionale, fra cui le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi e il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro⁽⁵⁹⁾,

⁽⁵¹⁾ V. la Risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, n. 2019/2181(INL) a cui è allegata una proposta di direttiva. Il documento, approvato a dicembre 2020 dall'*Employment Committee*, è stato approvato dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2021. Sul progetto di direttiva europea v. il contributo di E. Fiata, *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, *LDE*, 2021, 4, 1; A. Allamprese, *Il dibattito europeo sul diritto alla disconnessione*, in *Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, a cura di U. Carabelli - L. Fassina, Futura, 2021, 125.

⁽⁵²⁾ Così il *considerando* H della Risoluzione. È inoltre precisato che «tale diritto dovrebbe essere considerato un importante strumento della politica sociale a livello dell'Unione al fine di garantire la tutela dei diritti di tutti i lavoratori».

⁽⁵³⁾ Art. 1 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁴⁾ Proposta di Risoluzione, cit., punto 16.

⁽⁵⁵⁾ Proposta di Risoluzione, cit., punto 18.

⁽⁵⁶⁾ Corte giust. C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Art. 3 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁸⁾ Art. 4 della proposta di direttiva.

⁽⁵⁹⁾ Art. 4 della proposta di direttiva.

sulla base del presupposto che anche nel lavoro digitale persiste un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi in materia di orario. Particolarmente apprezzabile sono inoltre le norme con cui si intende richiedere agli Stati membri di approntare meccanismi diretti a tutelare il lavoratore da atti ritorsivi mediante un alleggerimento dell'onere della prova⁽⁶⁰⁾ e di prevedere sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive»⁽⁶¹⁾ in caso di violazione del diritto: aspetti che, come si è detto, risultano invece trascurati dalla nostra normativa interna.

I tempi per l'adozione della direttiva si preannunciano, tuttavia, piuttosto lunghi a causa dell'approvazione di un emendamento presentato dal Partito Popolare Europeo con cui è stato chiesto alla Commissione di posticipare di tre anni l'iniziativa in materia: termine che, stando alle dichiarazioni dei proponenti, dovrebbe risultare funzionale a consentire alle parti sociali di adottare misure di attuazione dell'accordo quadro sulla digitalizzazione, ma che rischia di tradursi in un'inutile dilazione⁽⁶²⁾.

Nelle more dell'emanazione della direttiva, nel nostro Paese è stato intrapreso un percorso di progressivo rafforzamento del diritto alla disconnessione grazie a interventi del legislatore e delle parti sociali. Sotto il primo profilo va segnalato che, al fine di risolvere i problemi che erano inizialmente derivati dalla deroga al vincolo della consensualità durante il periodo pandemico, è stato espressamente riconosciuto il diritto in questione per tutto il periodo emergenziale a prescindere dall'avvenuta regolamentazione mediante il patto individuale⁽⁶³⁾. Quanto alle scelte compiute dalle parti sociali, certamente apprezzabile è la volontà di ribadire il ruolo centrale ricoperto dal “diritto di non rispondere”, precisando nel Protocollo del dicembre 2021 che «la prestazione di lavoro in modalità agile può essere articolata in fasce orarie, individuando [...] la fascia di disconnessione nella quale il lavoratore non eroga la prestazione lavorativa» e rimarcando che «vanno adottate specifiche misure tecniche e/o organizzative per garantire la fascia di disconnessione» (art. 3.2), non soltanto durante i periodi di riposo ma anche a fronte delle assenze c.d. legittime (es. malattia, infortuni, permessi retribuiti, ferie, ecc.) (art. 3.5). La precisazione secondo cui il diritto alla disconnessione deve essere riconosciuto per ogni periodo di non lavoro (e non soltanto in concomitanza ai periodi di riposo giornaliero e settimanali) è senz'altro utile ma, a ben vedere, non all'altezza delle aspettative di chi attendeva dal Protocollo una regolamentazione ben più incisiva del diritto in questione, con cui individuare, ad esempio, le conseguenze sul piano sanzionatorio in caso di violazione del diritto.

La disposizione, in effetti, non brilla per particolare originalità, limitandosi a rimettere a carico degli accordi collettivi il compito di introdurre «misure tecniche e/o

⁽⁶⁰⁾ Art. 5 della proposta di direttiva.

⁽⁶¹⁾ Art. 8 della proposta di direttiva.

⁽⁶²⁾ Non a caso l'introduzione dell'emendamento è stata oggetto di rilevanti critiche da parte delle organizzazioni sindacali: v. il comunicato dell'Etuc del 19 gennaio 2021.

⁽⁶³⁾ V. l'art. 2, comma 1-ter della l. n. 61/2021. Su tale norma v. C. Timellini, *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, *LDE*, 2021, 4, 9 ss.; A. Fenoglio, *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, *LDE*, 2021, 4, 15 ss.

organizzative» con cui garantire il diritto in questione: viene dunque lasciato a tali accordi il compito di valutare se al fine di evitare comunicazione fuori orario fra datore e lavoratore sia indispensabile introdurre strumenti di “disconnessione tecnica” volti ad impedire la materiale ricezione di e-mail, telefonate o messaggistica istantanea⁽⁶⁴⁾; o se sia invece sufficiente prevedere misure organizzative certamente meno paternalistiche ma probabilmente caratterizzate da una minore efficacia⁽⁶⁵⁾. La parola viene dunque rinviata alla contrattazione collettiva: benché il lasso di tempo trascorso dalla sottoscrizione del Protocollo ancora non consenta un’analisi ad ampio spettro dell’azione delle parti sociali, può essere comunque utile dare un primo sguardo alle modalità con le quali i tempi di lavoro e di riposo dei lavoratori agili sono stati regolati dai più recenti accordi aziendali.

3.3. Uno sguardo ai primi accordi collettivi successivi al Protocollo sul lavoro agile

Il ruolo delle parti sociali è stato enfatizzato dal Protocollo sul lavoro agile, che fin dalla sua premessa ha rimarcato l’intenzione di «valorizzare la contrattazione collettiva quale fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile». Uno dei principali limiti della l. n. 81/2017 era infatti stato individuato nella scelta di attribuire all’accordo individuale fra datore e lavoratore il compito di dettare la regolamentazione di dettaglio dell’accordo agile, trascurando il rischio che, senza opportuni correttivi, la spinta verso l’individualizzazione del rapporto di lavoro finisce per tradursi in un rafforzamento del potere datoriale: rischio evidenziato dalle ricerche empiriche svolte

⁽⁶⁴⁾ Così M.T. Carinci - A. Ingraio, *op. cit.*, 32; M.T. Carinci - A. Tursi, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, 112; S. Magagnoli, *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, *LLI*, 2021, 7, 2, C.95; la medesima opinione pare condivisa da C. Spinelli, *op. cit.*, 156. L’utilizzo di strumenti di disconnessione forzata è già stato sperimentato con successo da alcune aziende: v. ad es. *Volkswagen*, che ormai da una decina di anni spegne i *server* mezz’ora dopo la fine dei turni per poi riaccenderli trenta minuti prima dell’inizio, così da affiancare al riconoscimento del diritto alla disconnessione una vera e propria barriera all’utilizzo degli *smartphones* per comunicazioni lavorative effettuate fuori orario. Non mancano poi aziende che prevedono l’automatica cancellazione delle *e-mail* ricevute dai dipendenti durante le ferie. Su tali esperienze v. A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, *op. cit.*, 550. Piuttosto critico con riguardo all’opportunità di adottare strumenti di disconnessione forzata è invece E. Dagnino, *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell’esperienza comparata*, *DRI*, 2017, IV, 1034 ss.

⁽⁶⁵⁾ Piuttosto comune è l’inserimento negli accordi collettivi di petizioni di principio con cui le parti sociali fanno affidamento sul «senso di responsabilità del singolo lavoratore, dei colleghi e dei responsabili», limitandosi poi a ribadire che durante le pause il lavoratore non è tenuto a visualizzare le comunicazioni aziendali. Talvolta gli accordi suggeriscono l’adozione di strumenti quali l’utilizzo dell’opzione di invio “ritardato recapito”, la pianificazione di riunioni nel rispetto delle normali fasce lavorative, la puntuale pianificazione della propria agenda attraverso il calendario *outlook*; in alcuni contratti viene inoltre precisato che ciascun dipendente deve impostare lo *status* dell’applicativo informatico di messaggistica istantanea aziendale, in modo da rendere conoscibile lo stato attivo o disattivo del medesimo. Si vedano ad es. l’accordo Olivetti del 28 settembre 2020, l’accordo Fastweb del 29 settembre 2020, l’accordo Trust Technologies, del 28 settembre 2020, l’accordo Flash Fiber del 28 settembre 2020 e l’accordo Telecom Italia Sparkle del 24 settembre 2020.

negli ultimi anni, che hanno mostrato come spesso alla firma del lavoratore sia sottoposto nient'altro che un format precompilato di contratto individuale⁽⁶⁶⁾.

Pur rinunciando a intaccare il ruolo affidato dalla legge all'accordo individuale, il Protocollo intende dunque rafforzare la catena fra le diverse fonti chiamate a regolare il lavoro agile, valorizzando in particolar modo il ruolo dell'autonomia collettiva⁽⁶⁷⁾: benché sia stato confermato che, terminata la situazione emergenziale, l'adesione al lavoro agile dovrà tornare a verificarsi su base volontaria mediante la sottoscrizione di un accordo individuale con cui regolare molteplici aspetti del rapporto di lavoro⁽⁶⁸⁾, le parti sociali hanno infatti dichiarato che l'obiettivo del Protocollo è fornire «linee di indirizzo che possano rappresentare un efficace quadro di riferimento per la futura contrattazione collettiva, nazionale e aziendale e/o territoriale, fermi restando gli accordi in essere anche individuali»⁽⁶⁹⁾. La fonte collettiva è stata così elevata a perno dell'assetto regolativo: del resto, la «piena adeguatezza» della contrattazione aziendale e soprattutto nazionale a regolare il lavoro agile è stata rilevata anche dal gruppo di studio nominato dal Ministero del lavoro, la cui relazione finale auspica che la regolamentazione del lavoro agile post-pandemia diventi uno dei temi di centrale importanza degli accordi collettivi⁽⁷⁰⁾.

Il rafforzamento del ruolo dell'autonomia collettiva accomuna il Protocollo che regola il lavoro agile nel settore privato alle «Linee guida sullo *smart working* nel pubblico impiego», adottate dal Ministero per la pubblica amministrazione nell'ottobre 2021. Anche tale documento, infatti, scommette sul ruolo delle parti sociali, pur conservando un ruolo di centralità per l'accordo individuale: mentre a quest'ultimo viene attribuito il compito di dare voce alle differenti esigenze personali, alla contrattazione collettiva viene affidato il ruolo di «costruire una solida rete di accompagnamento collettivo delle opzioni individuali»⁽⁷¹⁾.

Un primo banco di prova per questa stretta intersezione fra legge, autonomia collettiva e autonomia individuale è stato rappresentato dal contratto collettivo per il comparto delle funzioni centrali, sottoscritto il 5 gennaio 2022: le parti sociali hanno infatti definito le regole fondamentali del rapporto di lavoro agile, con l'obiettivo di delineare una cornice di riferimento entro cui i contratti individuali dovranno esercitare i compiti loro attribuiti dalla l. n. 81/2017. Per quanto attiene alla disciplina di orario di lavoro e riposi, in

⁽⁶⁶⁾ Per una ricerca empirica sul punto v. M. Aimo - A. Fenoglio, *op. cit.*, 45.

⁽⁶⁷⁾ Caratterizzato da un cauto ottimismo è il giudizio di L. Zoppoli, *Tra linee guida, protocolli e circolari il lavoro agile resta un irrocervo*, *RGL-giurisprudenza online*, 2022, 1, 4, secondo cui il Protocollo, nel favorire la «riattivazione di un largo e intenso dialogo sociale, [e la] valorizzazione della contrattazione», segna «piccoli passi avanti dentro il quadro legislativo esistente, innovato poco e con prudenza, ma in modo da apparire solido e promettente».

⁽⁶⁸⁾ Come già detto *supra*, la sottoscrizione di un accordo individuale tornerà ad essere obbligatoria a partire dal 1° settembre 2022.

⁽⁶⁹⁾ Così la *Premessa*.

⁽⁷⁰⁾ V. la Relazione del gruppo di studio lavoro agile, *cit.*, 7.

⁽⁷¹⁾ M. Brollo, *Dopo il protocollo: i tre pilastri dello smart working*, *Bollettino ADAPT* 13 dicembre 2021, 44.

particolare, l'accordo distingue il tempo in una "fascia di contattabilità", non superiore all'orario medio giornaliero di lavoro, nell'ambito della quale il lavoratore è contattabile sia telefonicamente che via mail o con altre modalità similari; e in una "fascia di inoperabilità", nella quale il lavoratore non può erogare alcuna prestazione lavorativa e che comprende il periodo di 11 ore di riposo consecutivo nonché il periodo di lavoro notturno.

In maniera simile si sono mossi i primi accordi aziendali sottoscritti nel settore privato all'indomani della firma del Protocollo sul lavoro agile. Fra questi spiccano l'accordo stipulato per l'azienda aerospaziale Leonardo l'8 marzo scorso e l'accordo Enel sottoscritto pochi giorni dopo, il 21 marzo, nei quali è individuata una fascia di contattabilità in cui il dipendente deve poter essere raggiunto da chiamate e e-mail⁽⁷²⁾. Il tempo di lavoro è dunque distinto in due diversi segmenti: uno comprendente i momenti in cui il dipendente svolge la sua attività non necessariamente avvalendosi di supporti informatici e/o di strumenti di comunicazione; un secondo corrispondente ai periodi in cui il lavoratore deve essere contattabile dal datore di lavoro. Mentre la prima frazione di tempo può essere liberamente collocata dal lavoratore, il periodo di contattabilità deve invece coincidere con (una parte) della fascia oraria normalmente prevista per l'attività resa in azienda, in modo tale da consentire un più agevole coordinamento fra coloro che svolgono la prestazione da remoto e i colleghi in ufficio. Tale organizzazione oraria sembra essere compatibile con l'adozione di una modalità di lavoro basata (almeno parzialmente) sull'individuazione di obiettivi che il lavoratore deve raggiungere conservando la «facoltà di gestire autonomamente l'organizzazione del proprio tempo e dell'orario di lavoro nella esecuzione delle attività»⁽⁷³⁾. È evidente che tanto più la fascia di contattabilità è ristretta tanto più la facoltà di autogestione del tempo da parte del lavoratore agile sarà effettiva, divenendo invece pressoché impalpabile qualora la fascia di contattabilità coincida con l'intero arco temporale previsto per il lavoro in presenza (come stabilito dall'accordo Leonardo).

Gli accordi in questione dedicano poi attenzione al tempo di riposo, regolamentando il diritto alla disconnessione, che viene riconosciuto non soltanto nella fascia serale e notturna⁽⁷⁴⁾ e durante le giornate di riposo settimanale e festivo, ma anche durante tutti i periodi di interruzione del lavoro, quali la pausa pranzo. L'aspetto più delicato della regolamentazione del diritto alla disconnessione continua tuttavia a riguardare le modalità con cui garantire l'effettività dello *switch off*. Le strumentazioni tecniche volte ad impedire un contatto diretto fra lavoratore e dipendente non trovano infatti spazio in questi recenti accordi, che preferiscono piuttosto confidare nel «senso di responsabilità del singolo

⁽⁷²⁾ Nell'accordo Leonardo tale fascia coincide con l'arco temporale previsto per il lavoro in presenza, mentre nell'accordo Enel è circoscritta nel periodo ricompreso tra le 10.00 e le 12.30 e tra le 14.30 e le 16.30.

⁽⁷³⁾ Art. 5, accordo Leonardo, cit.

⁽⁷⁴⁾ Nel contratto Leonardo il diritto alla disconnessione è garantito dalle 19.30 alle 8.00, mentre nel contratto Enel dalle 19.00 alle 7.30.

lavoratore, dei colleghi e dei responsabili»⁽⁷⁵⁾ e nell'applicazione di alcune buone prassi⁽⁷⁶⁾ (come l'invio di messaggi durante la normale giornata lavorativa, evitando la fascia serale/notturna e il weekend e giorni festivi; oppure l'utilizzo dell'opzione di invio "ritardato recapito"): che tali misure possano rivelarsi sufficienti per rendere il diritto alla disconnessione meno volatile di quanto si sia fino ad ora rivelato è tuttavia tutt'altro che certo.

4. Verso una nuova subordinazione?

Lasciando ora da parte le difficoltà fin qui ravvisate sul piano pratico nel separare il tempo di lavoro dal tempo di riposo e i nodi che ancora restano da sciogliere, pare utile cambiare per un attimo prospettiva, soffermandosi sulla portata innovatrice del lavoro agile a livello sistemico. L'allentamento dei vincoli di tempo e di luogo connesso a tale modalità di lavoro può infatti incidere in maniera rilevante sul prototipo "lavoro subordinato", al punto che la disciplina di tale istituto è stata considerata «inquietante rispetto alle certezze costruite intorno alla visione del lavoratore subordinato, da tempo interiorizzata, come *minus habens*, al quale si devono dispensare paternalisticamente tutele e non responsabilità»⁽⁷⁷⁾. In effetti, tale modalità di lavoro «apre l'orizzonte a una riflessione seria e sistematica [...] non solo su un *diverso modo di lavorare*, ma soprattutto su un *modo diverso di essere di chi lavora* in contesti e ambienti tecnologicamente avanzati, a forte e reale valorizzazione professionale e cognitiva»⁽⁷⁸⁾.

Il riconoscimento da parte della l. n. 81/2017 di un certo margine di autonomia in capo ai lavoratori e il graduale emergere della figura di un «dipendente responsabilizzato»⁽⁷⁹⁾, pur nel perdurante rispetto dei vincoli fondamentali posti a baluardo della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, rende l'individuazione di un punto di equilibrio tra autonomia organizzativa ed eterodirezione «la sfida principale»⁽⁸⁰⁾ posta dal lavoro agile. La previsione di spazi di autonomia all'interno della subordinazione offre, a ben vedere, l'occasione per ragionare sulla nozione stessa di subordinazione, verificando se oggi la predeterminazione dell'orario e del luogo di svolgimento della prestazione possano ancora essere considerati elementi attendibili al fine di tracciare la linea di demarcazione delle protezioni offerte dal diritto del lavoro.

⁽⁷⁵⁾ Art. 5 dell'accordo Leonardo.

⁽⁷⁶⁾ Art. 3 dell'accordo Enel.

⁽⁷⁷⁾ B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, RIDL, 2020, 2, I, 226.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*. Per una ampia riflessione sulla nozione di subordinazione nel lavoro a distanza v. già L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

⁽⁷⁹⁾ L'espressione è di A.M. Ponzellini, *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, QRS, 2017, 3, 35, la quale rileva che i nuovi paradigmi organizzativi fanno «leva sull'interiorizzazione dell'obiettivo aziendale (la responsabilizzazione), sul nuovo ruolo dei capi e su misure di risultato», adottando «un sistema più efficiente per l'impresa, apparentemente più "umanizzato" per il dipendente».

⁽⁸⁰⁾ P. Bozzao, *op. cit.*, 123.

Il diffuso «abito mentale operaista» che «esclude la compatibilità tra subordinazione e spazi di autonomia del lavoratore» e che ritiene che il lavoratore subordinato dovrebbe essere «un soggetto necessariamente passivo che non muove un dito senza [...] direttive sull'intrinseco svolgimento del rapporto»⁽⁸¹⁾ mostra infatti le sue contraddizioni con una realtà in rapida evoluzione e caratterizzata dalla crescente responsabilizzazione del lavoratore, a cui vengono riconosciuti spazi di autonomia organizzativa sempre più consistenti. Il superamento delle barriere di tempo e luogo connesso al lavoro agile conferma che la predeterminazione dei vincoli spazio-temporali da parte del datore di lavoro non è più in grado di fornire indizi attendibili in ordine alla qualificazione del rapporto.

Allargando lo sguardo ad altri istituti, tale affermazione sembra trovare conferma nelle modifiche da ultimo apportate all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in materia di lavoro etero-organizzato ad opera dell'articolo 1, comma 1, lett. a, del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 (convertito dalla l. 2 novembre 2019, n. 128): l'ablazione dalla nuova definizione di prestazioni etero-organizzate del riferimento alla necessaria organizzazione da parte del committente dei tempi e del luogo di lavoro pare infatti rimarcare che tali indici non possono più essere considerati affidabili. Tale modifica legislativa può così essere ritenuta «espressione dell'intento del legislatore di espandere l'area di applicazione della disciplina del lavoro subordinato»⁽⁸²⁾, valorizzando l'idea che «l'esistenza della subordinazione non dipend[e] dall'eterodeterminazione dei tempi e del luogo della prestazione»⁽⁸³⁾.

Gli interventi normativi dettati dalla l. n. 128/2019 in materia di lavoro etero-organizzato e dalla l. n. 81/2017 sul lavoro agile paiono dunque essere accomunati dalla medesima *ratio*: vale a dire estendere le tutele a forme di lavoro sempre più destrutturate e nelle quali l'esercizio dei poteri è più sfumato. Mentre la l. n. 81/2017 estende la nozione di subordinazione a forme di lavoro rese senza vincoli di tempo e di luogo, la novella del 2019 – pur non incidendo direttamente sul concetto di subordinazione – chiarisce quali elementi occorra prendere in considerazione al fine di applicare le norme del diritto del lavoro e quali elementi invece stiano progressivamente perdendo di rilievo.

Tale interpretazione sembra trovare conferma nella nota pronuncia di Cassazione riguardante i *riders* torinesi di *Foodora*, che ha rimarcato la perdita di rilevanza – al fine della verifica sia dell'eterodirezione, sia dell'etero-organizzazione – degli storici indici legati al

⁽⁸¹⁾ Tutte le citazioni da L. Nogler, *op. cit.*, 39. Sul punto v. anche O. Razzolini, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 137, secondo cui «essere lavoratori subordinati non significa non avere autonomia esecutiva e gestionale e non godere di ampie dosi di flessibilità. Lo scambio non è e non deve essere autonomia vs tutele».

⁽⁸²⁾ M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 11; M. Barbieri, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, 2019, 5, 2, I. 44 s.; A. Perulli, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *WP CSDLE* It. n. 410/2020, 24 e 48 s.; L. Gaeta, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, *LLI*, 2020, 6, 2, I. 71.

⁽⁸³⁾ M. Barbieri, *op. cit.*, 44 s. Di diverso avviso sembra essere A. Perulli, *op. cit.*, 53.

rispetto di vincoli di orario e di luogo. Secondo i giudici di legittimità, infatti, la novella del 2019 «va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza – per l'applicabilità della norma – di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della etero-organizzazione, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione»⁽⁸⁴⁾. Particolarmente significative paiono inoltre le parole con cui i giudici di legittimità nella medesima pronuncia hanno rilevato che «le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discretivo tra l'area della autonomia e quella della subordinazione»⁽⁸⁵⁾: affermazione con cui la Corte pare aver posto il sigillo sulla progressiva perdita di rilevanza degli storici indici legati al rispetto di vincoli di luogo e tempo di lavoro.

A sostegno del superamento delle coordinate di spazio e tempo quali indici della subordinazione depone peraltro anche una pronuncia della Corte Costituzionale di non molti anni fa, con cui è stato precisato che il coordinamento temporale della prestazione (comprendente l'organizzazione in turni e la rilevazione delle presenze) non rappresenta necessariamente un elemento costitutivo della subordinazione⁽⁸⁶⁾.

Al fine di accertare la natura del rapporto occorre dunque verificare la sussistenza di altri, più solidi, elementi: e, in particolare, come insegna la giurisprudenza costituzionale, «i “fatti” da accertare, nel contesto di una valutazione ancorata [...] al metodo sussuntivo, dovrebbero riguardare non tanto l'eterodirezione della prestazione lavorativa (che è di intensità sempre variabile e, nelle singole situazioni concrete, può anche risultare evanescente senza per questo incidere sulla qualificazione del rapporto), quanto la sussistenza di quella condizione di doppia alienità, che esprime un assetto d'interessi proprio ed esclusivo del lavoro subordinato»⁽⁸⁷⁾. La c.d. teoria della doppia alienità (vale a dire alienità del risultato produttivo e alienità dei mezzi di produzione) elaborata venticinque anni fa dalla Corte Costituzionale⁽⁸⁸⁾ pare infatti l'unico elemento in grado di consentire la composizione di controversie sorte nell'attuale contesto produttivo, caratterizzato da profonde trasformazioni del lavoro e del modo di lavorare.

Le riforme legislative del 2017 in tema di lavoro agile e del 2019 in tema di lavoro etero-organizzato sembrano dunque aver realizzato, seppur in maniera indiretta e attraverso

⁽⁸⁴⁾ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *RIDL*, 2020, II, 76 ss.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁸⁶⁾ C. cost., 7 maggio 2015, n. 76, *FI*, 2015, 6, 1849. Con tale pronuncia la Consulta ha riconosciuto il carattere autonomo dell'attività lavorativa resa da infermieri all'interno degli istituti di pena, ritenendo che l'organizzazione in turni di lavoro e la verifica delle presenze costituiscano elementi meramente funzionali al fine di garantire il «necessario coordinamento con l'attività dell'amministrazione», anche in ragione del peculiare luogo in cui la prestazione era svolta.

⁽⁸⁷⁾ M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, VI ed., 52 s.

⁽⁸⁸⁾ C. cost., 5 febbraio 1996, n. 30, *DeL*, 1996, 616.

un percorso piuttosto tortuoso, un'opera di riscrittura della nozione di lavoro subordinato⁽⁸⁹⁾ grazie alla quale ampliare le maglie della nozione giuridica di subordinazione adeguandola ad una realtà in costante trasformazione. Sembrerebbe dunque che la corretta nozione di subordinazione, «già presente *in nuce* nel disposto dell'art. 2094 cod. civ.»⁽⁹⁰⁾, attendesse gli stravolgimenti derivanti dalla rivoluzione digitale dei sistemi produttivi e la conseguente crescente complessità e diversificazione dei modi di lavorare per essere disvelata compiutamente⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Così anche M. Barbieri, *op. cit.*, 45, secondo cui «il legislatore ha operato per una via sistematicamente tortuosa proprio la riforma dell'art. 2094 c.c. che aveva deciso politicamente di non affrontare». Del medesimo avviso è A. Levi, *op. cit.*, 31, secondo il quale «è pienamente percepibile lo sforzo del legislatore del Jobs Act nel voler tentare di rifondare giuridicamente i canoni interpretativi di una realtà, quella del lavoro, che sta subendo un'evoluzione così profonda da rendere del tutto obsoleto e insufficiente l'assetto regolativo classico della subordinazione, della parasubordinazione e dell'autonomia, in quanto non più adeguato alla situazione attuale».

⁽⁹⁰⁾ M. Pallini, *op. cit.*, 86.

⁽⁹¹⁾ In senso analogo v. A. Perulli, *op. cit.*, 23.

Bibliografia

- Adams-Prassl J. - Aloisi A. - De Stefano V. - Kountouris N., *La Corte di Giustizia dell'Ue prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in RGL, 2020, 3, II, 399.
- Aimo M. - Fenoglio A., *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in Labor, 2021, 1, 25.
- Allamprese A., *Il dibattito europeo sul diritto alla disconnessione*, in *Smart Working: tutele e condizioni di lavoro*, a cura di Carabelli U. - Fassina L., Futura, 2021, 123.
- Ambra M.C., *Dal telelavoro coatto al lavoro ubiquo. Lo smart working dopo l'emergenza*, in QRS, 2020, 3-4, 81.
- Asnaghi A., *Il Protocollo delle Parti Sociali sul Lavoro Agile: montagne che han partorito un topolino?*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Ballestrero M.V., *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, 2, I.4.
- Barbieri M., *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in LLI, 2019, 2, I.1.
- Bavaro V., *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in Labor, 2020, 6, 671.
- Bavaro V., *L'orario di lavoro agile «senza precisi vincoli»*, in LDE, 2022, 1, 1.
- Bellomo S. - Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, 2021, II, 336.
- Bozzao P., *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, in *federalismi.it*, 2022, 9, 106.
- Brollo M., *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in V. Fili (a cura di), *Covid-19 e rapporto di lavoro*, Adapt University Press, 2020, 167.
- Brollo M., *Dopo il protocollo: i tre pilastri dello smart working*, Bollettino ADAPT 13 dicembre 2021, 44.
- Brunetta R. - Tiraboschi M., *Il lavoro agile o smart working nella pubblica amministrazione: prospettive e criticità*, Bollettino Adapt, Working Paper, 2021, 10.
- Butera F., *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, Studi organizzativi, 2020, 1, 142.
- Cairolì S., *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Jovene, 2020.
- Carinci M.T. - Tursi A., *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020.
- Carinci M.T. - Ingrao A., *Il lavoro agile: criticità emergenti e proposte per una riforma*, in LLI, 2021, 2, R. 13.
- Caruso B., *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, 2, I, 215.
- Casillo R., *La subordinazione agile*, in DLM, 2017, 2, 529.
- Dagnino E., *Il diritto alla disconnessione nella legge n. 81/2017 e nell'esperienza comparata*, in DRI, 2017, IV, 1024.
- D'Antona M., *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Massimo D'Antona. *Opere*, a cura di Caruso B. - Sciarra S., Giuffrè, 2000, vol. III, 1222.
- De Simone G., *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in RGL, 2019, 1, I, 12.
- Esposito M., *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, in Martone M. (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smartworking oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, 147.
- Fenoglio A., *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Zilio Grandi G. - Biasi M., Cedam, 2018, 547.
- Fenoglio A., *Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Fiata E., *L'iniziativa europea sul diritto alla disconnessione*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Gaeta L., *Lavoro a distanza e subordinazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- Gaeta L., *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in LLI, 2020, 2, I. 60.
- Gaeta L. - Loffredo A., *Tempi e subordinazioni*, in Veneziani B. - Bavaro V., *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, 29.
- Ichino P., *Un protocollo poco innovativo ma non inutile*, in LDE, 2021, 4, 1.

- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in RGL, 2020, 3, II, 428.
- Levi A., *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in RGL, 2019, 1, I, 25 ss.
- Lombardi M., *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in B. Veneziani - V. Bavaro, *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, 2009, 93.
- Magagnoli S., *Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro*, in LLI, 2021, 2, R. 87.
- Maresca A., *Il nuovo mercato del lavoro e il superamento delle disegnanze: l'impatto della digitalizzazione e del remote working*, in *federalismi.it*, 2022, 9, 166.
- Martone M., *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, a cura di Zilio Grandi G. - Biasi M., Cedam, 2018, 461 ss.
- Nogler L., *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e "regressioni" interpretative*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, 27.
- Pallini M., *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in LLI, 2020, 2, I. 79.
- Perulli A., *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 410/2020.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in DSL, 2017, 1.
- Ponzellini A.M., *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, in QRS, 2017, 3, 31.
- Rausei P., *Il lavoro agile*, in DPL, 2017, 5, inserto.
- Razzolini O., *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in LLI, 2020, 2, I. 135.
- Ricci G., *La «scomposizione» della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in RGL, 2021, 3, II, 323.
- Roccella M., *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, VI ed.
- Rota A., *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in LLI, 2020, 2, C. 24.
- Senatori I., *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in ILLeJ, 2020, 13, 2, 159.
- Siotto F., *Orario di lavoro e obbligo di registrazione con sistema «oggettivo, affidabile e accessibile»*, in RIDL, 2019, 4, II, 697.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Timellini C., *Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale*, in LDE, 2021, 4, 1.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 337/2017.
- Treu T., *Introduzione*, in A. Occhino, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, 2018, XIII.
- Treu T., *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, *federalismi.it*, 2022, 9, 190.
- Tufo M., *Il lavoro agile emergenziale: un mosaico difficile da ricomporre tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, in RGL, 2021, 1, I, 41.
- Tullini P., *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in Perulli A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018, 171.
- Zoppoli L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'"ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in LPA, 2021, 1, 3.