

## L'effettività del diritto alla disconnessione: una sfida per il diritto del lavoro

Mirko Altimari

L'articolo analizza il tema del diritto alla disconnessione nell'ambito dell'ordinamento italiano. Introdotto per la prima volta nel 2017 con la legge che ha disciplinato il lavoro agile, l'effettività di questo diritto è stata messa a dura prova dalla pandemia e dalle norme emergenziali. L'articolo dà conto dei tentativi da parte del Parlamento europeo e delle parti sociali europee di introdurre, a livello europeo, un diritto alla disconnessione. Nel frattempo appare necessario far leva sui principi generali dell'ordinamento e sulle regole già presenti in tema di orario di lavoro per assicurare questo diritto a tutti i lavoratori subordinati.

Lavoro agile – Diritto alla disconnessione – Principi generali dell'ordinamento giuridico – Diritto del lavoro dell'Unione europea – Contrattazione collettiva

SOMMARIO: 1. Lavoro digitale: come contrastare l'always on? – 2. Il diritto alla disconnessione: l'esempio dell'ordinamento francese – 3. Il diritto alla disconnessione: dalla legge del 2017 ai più recenti interventi dell'ordinamento uni-europeo – 4. Prestazione lavorativa e atti preparatori: alla ricerca di un fondamento per un generale diritto alla disconnessione.

### 1. Lavoro digitale: come contrastare l'always on?

L'argomento che vorrei sinteticamente affrontare riguarda quella che si può definire la tenuta dell'impianto normativo-garantistico con riferimento ai tempi di lavoro e non lavoro, anche alla luce dell'esperienza pandemica e della conseguente decretazione emergenziale, che ha di fatto arricchito l'istituto del cd. lavoro agile, di una nuova finalità di interesse pubblico, *id est* la lotta alla diffusione del Covid-19<sup>1</sup>.

Non appaia eccentrico però che questa analisi prenda le mosse da alcuni dei principi di fondo del nostro ordinamento positivo, sebbene, come noto, il legislatore sia intervenuto con alcune disposizioni puntuali prevedendo (e, nei mesi scorsi, integrando) norme in tema di diritto alla disconnessione.

Le premesse dalle quali prendono le fila queste riflessioni sono anch'esse patrimonio comune: da un lato la pervasività di un lavoro sempre più digitalizzato. È anche a causa di ciò che, come condivisibilmente è stato scritto «a differenza di trenta o quarant'anni fa, l'uomo del XXI secolo lavora di più, produce molto di più, ma guadagna di meno e ha a disposizione meno tempo libero. Un bilancio, bisogna dire, invero preoccupante»<sup>2</sup>.

Dall'altro lato non è certamente neutra la circostanza per cui il tempo di non lavoro continui anche lessicalmente a definirsi attraverso una sottrazione rispetto all'adempimento «e non come limite esterno di esigibilità della prestazione»<sup>3</sup>.

Dati questi punti di partenza, risulta evidente come le necessità di tutela appaiono oggi particolarmente sentite, non soltanto per i cd. lavoratori agili cui si rivolge la norma sul diritto alla disconnessione.

---

M. Altimari è ricercatore di Diritto del lavoro nella Facoltà di Economia dell'Università Cattolica di Milano. Questo saggio fa parte della Sezione monografica *La dimensione sociale dell'Unione europea nell'era della digitalizzazione* a cura di Maria Romana Allegri e Paola Marsocci.



sione contenuta nell'art. 19 legge 22 maggio 2017 n. 81, nonché nel più recente art. 2, co. 1-ter del d.l. n. 30/2021 (convertito da l. n. 61/2021), ma più in generale, per larghi strati di prestatori di lavoro che, in primissima approssimazione, possiamo definire lavoratori digitali *tout court*, per i quali l'affievolimento delle tradizionali coordinate spazio temporali (quella che potremmo considerare l'unitarietà "aristotelica" di tempo, di luogo e di azione) entro cui collocare utilmente la propria prestazione lavorativa, se da un lato rappresenta senz'altro una opportunità dall'altra cela il rischio – invero nemmeno troppo remoto – di una modalità che altre scienze umane hanno definito *always on*<sup>4</sup>.

Pare financo banale evidenziare come questo processo a seguito della pandemia da Covid-19 sia stato ulteriormente enfatizzato, coinvolgendo un numero elevatissimo di lavoratori.

## 2. Il diritto alla disconnessione: l'esempio dell'ordinamento francese

Molto si è già discusso del preteso "nuovo" diritto alla disconnessione introdotto a partire dal 1° gennaio 2017 in Francia dalla *Loi Travail* (n. 1088 dell'8 agosto 2016). In realtà – a ben vedere – come è stato evidenziato, questa disposizione «ne consacre pas un "droit à la déconnexion" mais elle le *présuppose* puisque les articles L. 2242-8, L. 3121-64 et L. 3121-65 du Code du travail évoquent l'obligation de prévoir les "modalités d'exercice du droit à la déconnexion"»<sup>5</sup>.

Dette modalità di esercizio prevedono che nelle aziende con più di cinquanta dipendenti il diritto alla disconnessione – del quale non viene data alcuna definizione – debba essere disciplinato obbligatoriamente nell'ambito dei negoziati obbligatori «sulla parità professionale e la qualità della vita».

Sembrerebbe atteggiarsi dunque, nei confronti del datore di lavoro, quale una sorta di obbligo a negoziare o, *rectius*, in ogni caso a prevedere, anche nell'alveo di appositi regolamenti predisposti unilateralmente, le modalità di esercizio di tale diritto.

A detta previsione si è arrivati in Francia anche a seguito del cosiddetto Rapporto Mettling del settembre 2015<sup>6</sup> e dopo una serie di accordi collettivi stipulati da imprese di grandi dimensioni che disciplinavano tale diritto a disconnettersi, da parte del lavoratore, al di fuori dell'orario di lavoro, collocandolo nel più ampio quadro di quella che ormai tradizionalmente seguiamo a definire conciliazione tra vita e lavoro, concetto che necessariamente merita di essere ripensato valutandone l'impatto con le nuove tecnologie.

In realtà non si può davvero ignorare come il tema sia stato sollevato per la prima volta dalla dottrina francese ormai quindici anni fa<sup>7</sup>, e la circostanza è ancora più peculiare se pensiamo che all'epoca senz'altro Internet iniziava ad avere una diffusione di massa ma gli smartphone e i cosiddetti social network erano ben lontani da venire.

Ritornando brevemente ai succitati accordi collettivi che disciplinano, con modalità differenti, questo diritto alla disconnessione, da un punto di vista tecnico si possono rintracciare alcuni profili interessanti, cui in questa sede si può appena accennare. In alcuni casi è previsto un vero e proprio blocco dei server di posta elettronica nel caso in cui alla sera, durante la fine settimana o nel periodo di ferie, si tenti di contattare il dipendente. L'invio delle mail si sospende e le comunicazioni possono essere deviate o ad altri dipendenti o – terminato il blocco – allo stesso destinatario. In Francia l'esempio più noto e citato è quello della società Orange, o per pensare ad altri ordinamenti a quello della Volkswagen che dal 2011 ha istituito il blocco all'accesso alle e-mail aziendali, tutti i giorni dalle 18:15 alle 7 e durante la fine settimana.

Ma dubito che quella tecnica sia la questione principale. Per quanto raffinati e tecnologici possano essere i "blocchi" in questione, vi sono ipotizzo altrettante modalità per aggirare dette barriere. Inoltre è appena il caso di accennare in questa sede alla sempre maggiore diffusione anche per questione di costi delle politiche aziendali definite cd. *Bring your own device* (BYOD) per cui non vi è alcuna distinzione anche in ordine all'hardware utilizzato per lavoro e per interesse personale (sebbene in questa sede non sia possibile indagare ulteriormente su alcune potenziali criticità, ad esempio in ordine alla sicurezza dei dati).

Coglie nel segno una attenta dottrina francese che ribalta concettualmente la prospettiva ritenendo che in alcuni casi sarebbe per certi aspetti più semplice – quasi consolatorio, potrei aggiungere – ritenere che tutti i lavoratori che si connettono fuori dall'orario di lavoro lo fanno perché costretti dal datore<sup>8</sup>, mentre evidentemente in alcuni casi così non è. In altri casi ritengo debbano entrare in gioco anche l'organizzazione del lavoro e perché no, la tematica della valutazione della performance a causa di una certa (in)cultura del lavoro, tutta italiana, che associa l'orario di lavoro con la presenza fisica in ufficio meglio ancora (mi si passi la provocazione) con il controllo che verrebbe da definire almeno potenzialmente "visivo" da parte del datore o di chi ne fa le veci.

Tutto ciò è vero a patto che «s'il faut prendre au sérieux l'énonciation d'un tel droit, cette dernière, à l'évidence, ne suffit à le rendre effectif [...]



Autrement dit, le droit à la déconnexion est-il une chimère?»<sup>9</sup>.

Ritengo che questo sia il punto dirimente: non credo sfugga il livello di ineffettività che riguarda in generale la nostra materia ma – empiricamente mi sento di dire – in modo particolare gli istituti connessi all’orario di lavoro.

### 3. Il diritto alla disconnessione: dalla legge del 2017 ai più recenti interventi dell’ordinamento uni-europeo

In ordine alla disconnessione *à l’italienne* (e l’occasione deriva dalla previsione contenuta nell’art. 19 della legge n. 81/2017 nonché nella recente normativa del 2021) occorre però riflettere circa l’esatta qualificazione in termini giuridici del comportamento del lavoratore subordinato – *tout court* – non solo di quello “agile”, il quale rimane connesso anche fuori dall’orario di lavoro *id est* quali siano i contorni del diritto a non subire intrusioni provenienti dal suo datore di lavoro nel suo tempo di non lavoro.

Il diritto alla «disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro» per i soli casi di lavoro agile<sup>10</sup> – da intendersi non quale autonoma tipologia contrattuale bensì quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato – prevede che, con il cd. patto di lavoro agile vale a dire con l’accordo tra il datore di lavoro e prestatore, siano individuate «le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

Questa previsione ha quindi un ambito di applicazione molto ristretto. Vero è che la disposizione francese dispone che si debbano prevedere modalità di esercizio di detto diritto per le sole aziende con più di cinquanta dipendenti – ma si riferisce pur tuttavia a tutti i lavoratori subordinati.

A me pare che la premessa teorica necessaria ai fini dell’approfondimento della questione sia che non ci troviamo dinanzi a un diritto nuovo, ma tutt’al più di fronte ad un nuovo, in ordine alla strumentazione, adeguamento tecnologico per rendere effettive tutele già presenti nell’ordinamento (anzi, la normativa in tema di orario di lavoro è quanto di più storicamente presente) e ciò può servire ad incanalare la discussione entro la tradizionale analisi della relazione tra disponibilità e contratto di lavoro «messa in luce dall’intreccio e talvolta dalla sovrapposizione tra le nozioni di “non lavoro, tempo libero e riposo”»<sup>11</sup>.

Niente di nuovo sotto il sole? Da sempre il diritto del lavoro «rappresenta un osservatorio privilegiato dei rapporti tra Diritto e tecnica»<sup>12</sup> e appa-

re quasi superfluo rilevare come ancora più di altre branche dell’ordinamento esso sia da sempre soggetto all’influenza del cambiamento tecnologico<sup>13</sup>. Anzi possiamo dire che ogni generazione di lavoratori ne abbia vissuto uno, pertanto di per sé questo rapporto “dialettico” è nell’ordinarietà delle cose. Ma, pur non potendo prevedere dove la “Rivoluzione digitale” ci porterà, sul dato profondamente strutturale del cambiamento che stiamo vivendo nonché sulla velocità dello stesso (se prima lo stesso si misurava in generazioni adesso in pochi anni) non mi pare che alcuno possa dubitare<sup>14</sup>.

Dal momento che la decretazione emergenziale ha stravolto l’istituto del lavoro agile (derogando allo stesso architrave dell’assetto pensato dal legislatore, rappresentato dal cd. patto di lavoro agile) di fatto generalizzando per un gran numero di prestatori di modalità di lavoro da remoto (*rectius*, almeno nei mesi del cd. lockdown, di fatto si è trattato di lavoro obbligato dal proprio domicilio), da ultimo il legislatore è intervenuto con una disposizione che ritorna su quel diritto alla disconnessione che, a ben vedere, nella disposizione del 2017 si limitava ad evocare, lasciando poi al patto di lavoro agile il concreto bilanciamento degli interessi in gioco.

Dal punto di vista della tecnica normativa è importante evidenziare come la novella del 2021 non modifichi la legge n. 81/2017 ma, in maniera invero estemporanea, è stata posta in essere in occasione della conversione in legge n. 61/2021 del decreto-legge n. 30/2021. Si prevede dunque un comma 1-*ter* dell’art. 2 (che regola invece la fruizione dei congedi straordinari e del lavoro agile per genitori con figli minori di sedici anni in particolari condizioni) riconoscendo «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. L’esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

In ogni caso, al di là dell’eccezionalità della situazione pandemica, almeno due aspetti concernenti il lavoro agile meritano di essere segnalati.

Il primo concerne il ruolo dell’autonomia collettiva: sebbene la disposizione del 2017 non ne faccia alcun cenno, il ruolo della contrattazione collettiva è senz’altro rilevante in materia: intanto perché i prodromi dei cd. accordi di smart working, anche in assenza di una disposizione legislativa, si devono alle sperimentazioni di diverse realtà aziendali; ma so-



prattutto detto ruolo sarà decisivo nel momento in cui ci si troverà a regolamentare il post-pandemia che – pare evidente a tutti – non potrà consistere in un mero ritorno allo *status quo*.

Pertanto l'autonomia collettiva deve necessariamente continuare ad avere un ruolo di garanzia, non potendosi delegare alla (sola) libera determinazione delle parti individuali la regolamentazione di interessi costituzionalmente tutelati quale quello della programmabilità del tempo di lavoro e di vita. Questo però a patto che la stessa (e in questo consiste una delle sfide, tutta da vincere, perché rappresenta un grandissimo cambiamento culturale) sappia contrattare le differenze ed offrire all'interno dell'ambito dell'orario di lavoro una serie ampia e coerente di fattispecie di assetti regolativi; all'interno di questi sarà in ultima istanza la decisione del singolo lavoratore a scegliere quella che, magari in quel momento della sua vita – poiché evidentemente le esigenze mutano (pensiamo alla necessità di far fronte ad impegni di studio, o al crescere dei figli e via discorrendo: sono miriadi le ipotesi che la vita concreta ci pone davanti e che spesso è arduo conciliare con la rigidità delle norme e dell'organizzazione aziendale) – ritiene essere la scelta ottimale.

La premessa teorica di tale «contrattazione delle differenze» è che la tutela del singolo lavoratore e la omogeneità di disciplina, siano due aspetti che «non sono tra loro né equivalenti né necessariamente correlati come mezzo a fine: la tutela del singolo non richiede una necessaria uniformità di disciplina e l'uniformità di disciplina non sempre si traduce in tutela del singolo»<sup>15</sup>.

La seconda circostanza alla quale in questa sede si vuole far riferimento è rappresentata dal ruolo dell'ordinamento uni-europeo. Nel gennaio del 2021 il Parlamento UE ha approvato una Risoluzione<sup>16</sup> recante raccomandazioni alla Commissione sulla proposta di Direttiva sul diritto alla disconnessione, da intendersi quale diritto sociale fondamentale dei lavoratori, in quanto strettamente collegato al loro benessere e alla loro salute fisica e mentale, ponendosi evidentemente in continuità con gli interventi Ue che si fondano sulle competenze in tema di salute e sicurezza sul lavoro (artt. 153-154 TFUE)<sup>17</sup>.

Si tratta di un intervento rilevante anche se al momento forse più da un punto di vista politico che giuridico: oggettivamente infatti sarà difficile che si abbia, quantomeno in tempi brevi, una modifica della direttiva sull'orario di lavoro che tenga conto del diritto alla disconnessione.

Una possibile soluzione potrebbe consistere in una direttiva di applicazione volta ad aggiornare alcune nozioni della direttiva sull'orario di lavoro, sulla

falsariga di quello che è avvenuto per la normativa in tema di distacco dei lavoratori.

Come sempre un ruolo fondamentale è quello svolto dalla Corte di Giustizia, la quale di recente si è espressa con alcune pronunce le quali, sebbene non riguardino espressamente il diritto alla disconnessione, hanno più di un punto di contatto con la materia: si pensi ad es. alla sentenza del 21 febbraio 2018, C-518/15<sup>18</sup> che ha statuito come «le ore di disponibilità che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle chiamate del suo datore di lavoro entro un periodo estremamente breve (obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività) devono essere considerate come orario di lavoro». Molto interessante è altresì la ancor più recente pronuncia del 14 maggio 2019, C-55/18 resa su un tema in apparenza secondario, ma in realtà centrale, la quale statuisce che al fine di assicurare l'effetto utile dei diritti previsti dalla direttiva sull'orario di lavoro e dalla Carta, gli Stati membri devono imporre ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore. Secondo la pronuncia è compito degli Stati membri definire le modalità concrete di attuazione di tale sistema, in particolare la forma che esso deve assumere, tenendo conto, se del caso, delle specificità proprie di ogni settore di attività interessato, e altresì delle particolarità, in special modo, delle dimensioni di talune imprese<sup>19</sup>.

Inoltre, sempre con riferimento all'ordinamento uni-europeo ampiamente inteso, giova ricordare il contenuto dell'Accordo quadro delle parti sociali europee sulla digitalizzazione<sup>20</sup>, stipulato nel giugno 2020, che si sviluppa attorno a quattro macrotematiche: oltre al diritto alla disconnessione, formazione professionale, intelligenza artificiale nonché gli effetti del controllo tecnologico sul rapporto di lavoro.

#### 4. Prestazione lavorativa e atti preparatori: alla ricerca di un fondamento per un generale diritto alla disconnessione

Evidentemente l'assenza di una norma *ad hoc* nell'ordinamento interno, che riguardi tutti i lavoratori subordinati e non solo coloro i quali svolgono la propria prestazioni con modalità agili, ci impegna, ancora maggiormente, nel riflettere in base ai principi generali dell'ordinamento, in ordine all'esistenza anche nel nostro ordinamento di un diritto del lavora-



tore che potremmo definire, in via approssimativa, a non utilizzare gli strumenti di lavoro digitali (devices quali smartphone, tablet, computer portatili) al di fuori dell'orario lavorativo.

Come si anticipava poc'anzi, le modalità tecniche sono necessariamente ancillari rispetto a una ben precisa configurazione delle situazioni giuridiche soggettive in oggetto. Ma è innegabile che il prolungamento dell'orario normale giornaliero rappresenti sempre più l'ordinarietà, per via (anche) dell'invasività delle dotazioni tecnologiche di cui ognuno di noi ha esperienza quotidiana.

Esiste pertanto un obbligo giuridico da parte del prestatore di lavoro di rispondere alle richieste provenienti dal datore di lavoro per il tramite di messaggi di testo, mail, etc., al di fuori dell'orario di lavoro? Mi pare banale evidenziare come la propria prestazione lavorativa debba collocarsi all'interno dell'orario di lavoro concordato. E certamente non possiamo accontentarci di questa risposta.

Di per sé lo stare a disposizione non è una figura monolitica bensì può essere ricondotto a due concetti differenti, che anche nel dizionario giuridico si tende talora a confondere o a sovrapporre: la disponibilità «la quale si dà quando lo stare a disposizione è oggetto del contratto di lavoro subordinato» e la reperibilità vale a dire «uno stare a disposizione che è parte di un regime peculiare dell'orario entro un rapporto di lavoro subordinato che ha per oggetto la relativa prestazione lavorativa e non la disponibilità in quanto tale»<sup>21</sup>, in questo senso “impropriamente” *tertium genus* tra lavoro e riposo ma pur sempre estensione della disciplina dell'orario<sup>22</sup>.

Quindi, lo strumento più adeguato potrebbe essere almeno teoricamente la reperibilità e la sua relativa indennità.

Ma, sempre in assenza di una regolamentazione puntuale, a me pare che debba essere preso in considerazione anche un ulteriore elemento, cioè la – non sempre facile, nei fatti – distinzione tra eventuale prestazione lavorativa vera e propria, magari richiesta dal datore “a distanza” al termine della giornata lavorativa o durante il fine settimana e altre attività che invece potremo definire atti di diligenza «preparatori dell'attività lavorativa»<sup>23</sup>; è evidente che questa distinzione lungi dall'essere meramente nominalistica attiene alle conseguenze in ordine alla retribuzione, nel primo caso senz'altro dovuta, nel secondo caso la questione appare più dibattuta e complessa.

Sebbene non si possano qui approfondire tematiche di tale rilevanza teorica, si pensi alla ondivaga giurisprudenza sul c.d. “tempo tuta”, questione che sembra avere trovato in realtà un *discrimen* abbastanza solido nelle decisioni dei giudici, affermando-

si che laddove vi sia un elemento di eterodirezione anche per quel che attiene le attività che potremmo definire preparatorie, detto periodo di tempo deve essere retribuito. Da qui una serie di indici individuati dalla Cassazione in ordine a come il potere di direzione si possa manifestare con specifico riferimento al tempo tuta<sup>24</sup>.

Orbene, tali esiti concernenti l'evoluzione della dicotomia prestazione/attività preparatorie soltanto superficialmente potrebbero apparire di nessun interesse per il caso dei lavoratori digitali, ma così non è se si pensi a tutta una serie di attività – verifica delle mail, organizzazione di una riunione stabilita per l'indomani e via discorrendo – per adempiere alle quali, magari senza sollecitazione alcuna del datore, il prestatore di lavoro si collega per il tramite della strumentazione digitale in uso allo stesso. Per tali attività oggettivamente appare arduo e non agevole segnalare un confine così netto tra prestazione – e come tale retribuita – e preparazione (tendenzialmente no, con la precisione di cui *supra*) non potendo nemmeno contare su elementi esteriori chiari, precisi, quali nell'esempio più noto e discusso nelle aule di tribunali è la vestizione della tuta prodromica ai fini dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

In via di assoluta approssimazione e in forma dubitativa, potremmo ipotizzare di rintracciare indici di quella eterodirezione o meglio ancora del criterio dell'interesse datoriale che abbiamo visto essere funzionale alla retribuzione, nell'utilizzo di una determinata strumentazione professionale?

E cioè se si effettua un log-in a una determinata app o alla mail aziendale – che magari contiene anche l'agenda con i programmi delle riunioni – o a una piattaforma condivisa, dai quali accedere anche a banche dati o a file di cartelle di lavoro, parrebbe difficile sostenere che dette attività siano svolte in funzione meramente preparatorie e quindi – al di là del *nomen iuris* (lavoro o attività preparatoria eterodiretta) conseguenza dovrebbe essere la retribuzione.

Ma così argomentando – ne sono consapevole – si torna a dare una rilevanza particolare proprio a quelle modalità tecniche di cui si accennava prima: è evidente che parlando di tecnologie e connessione non possiamo ignorarne l'esatto funzionamento il quale, talvolta, può diventare anche dirimente per l'esatta qualificazione della situazione ma evidentemente è l'ambito tecnico a doversi adattare alla portata della norma giuridica – che come tale è precettiva – e non il contrario: altrimenti sembrerebbe concretizzarsi il più classico e inquietante degli scenari del genere della fantascienza, la cosiddetta “ribellione delle macchine”, che parrebbe diventare realtà.





Ritornando brevemente alla nozione di non lavoro, sebbene non si possa indagare ulteriormente in questa sede, non è certo nuova la circostanza per cui anche in detto periodo, senza che sia necessario ampliare la nozione di orario di lavoro, si possano produrre determinati effetti giuridici: si pensi ad esempio alla responsabilità in capo al datore di lavoro nel caso di infortunio in itinere.

Concettualmente, concludendo su questo punto, a fronte di una prestazione che potenzialmente si protrae anche oltre l'orario di lavoro, ci sembra plausibile che detta situazione di messa a disposizione debba essere retribuita in maniera specifica e aggiungerei in maniera non irrisoria stante il legame tra orario di lavoro e (in questo caso) trattamento economico di natura retributiva, benché definibile quale indennità di reperibilità con l'art. 36 Cost.

Del resto, è stato osservato come senz'altro debba aversi una differente prospettazione tra il caso del prestatore di lavoro il cui comportamento di mettersi o stare a disposizione sia «sostanzialmente richiesto dal datore di lavoro, perché funzionale ad un certo assetto dei suoi interessi il cui “costo” egli abbia preventivato, ovvero sia oggetto di un onere in senso proprio a carico del lavoratore in vista del conseguimento»<sup>25</sup> non costituendo in quest'ultimo caso oggetto dell'obbligazione di lavoro.

Vi è poi un profilo insopprimibile legato alla libertà del lavoratore anche in rapporto alla programmabilità del proprio tempo su cui la Corte costituzionale è intervenuta a partire dalla nota sentenza n. 210/1992 in tema di part time – fattispecie mi verrebbe da dire idealtipica sulla quale, ancora più che nel tempo pieno, si scaricano le tensioni in ordine alla compatibilità nel caso concreto tra i poteri del datore di lavoro di determinare la collocazione della prestazione lavorativa e l'interesse alla libera disponibilità del tempo di non lavoro: da qui ad esempio le questioni relative all'apposizione della clausola di elasticità. In ogni caso sarebbero da tenere in considerazione ulteriori questioni per quel che riguarda il datore di lavoro. Ne accenniamo schematicamente solo a due: (i) il potere dello stesso di contattare attraverso strumenti digitali il prestatore di lavoro al fine di richiedere l'esecuzione di una prestazione di lavoro aggiuntiva o se vogliamo, di converso, l'obbligo del prestatore di lavoro di tenersi connesso, è sottoposto a limiti ben stringenti, in primo luogo – anche in mancanza di esplicite pattuizioni – alle clausole generali di buona fede e correttezza; (ii) non ci si può dimenticare dell'obbligo ex art. 2087 c.c., norma di chiusura quanto mai opportuna che impone di porre in essere le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica (e la personalità morale) del lavoratore.

In definitiva la legge e la contrattazione – aderendo, chi scrive, alla visione di quanti paragonavano le due fonti ai polmoni che, funzionando insieme, fanno respirare il diritto del lavoro<sup>26</sup> – dovranno necessariamente trovare un nuovo assetto post-emergenziale: parlare di diritto alla disconnessione e più in generale di lavoro agile significa in realtà discutere dei futuri assetti del rapporto di lavoro nel nostro ordinamento. Tutto ciò dovrà avvenire tenendo ben a mente la lezione che ci viene dalla storia: le pandemie non determinano solo una emergenza sanitaria ed economica, ma possono rappresentare una frattura con i modelli di sviluppo esistenti fino a quel momento, i quali non sono immutabili e dati una volta per tutte, bensì frutto di scelte (o non scelte) di carattere politico e giuridico.

## Note

<sup>1</sup> *Ex multis* cfr. almeno P. ALBI, *Il lavoro agile fra emergenza e transizione*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT”, 2020, n. 430, pp. 1-23.

<sup>2</sup> V. FERRANTE, *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Giappichelli, p. 17.

<sup>3</sup> M. D'ONGHIA, *Ritmi di lavoro e vita familiare*, in A. Occhino (a cura di), “Il lavoro e i suoi luoghi”, Vita e Pensiero, 2018, p. 64.

<sup>4</sup> Per una prospettiva sociologica cfr. almeno I. PAIS, *La rete che lavora. Mestieri e professioni nell'era digitale*, Egea, 2012.

<sup>5</sup> C. MATHIEU, *Pas de droit à la déconnexion (du salarié) sans devoir de déconnexion (de l'employeur)*, in “Revue de droit du travail”, 2016, p. 592.

<sup>6</sup> M.B. METTLING, *Transformation numérique et vie au travail*, septembre 2015.

<sup>7</sup> J.E. RAY, *Le droit à la déconnexion, droit à la vie privée au XXI siècle*, in “Droit social”, 2002, n. 11, p. 912.

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 915: «‘C'est évidemment le patron qui oblige le salarié à se connecter!’ Cette servitude volontaire serait tellement plus simple».

<sup>9</sup> J. PORTA, T. SACHS, *Le droit à la déconnexion: un chimère*, in “Revue de droit du travail”, 2016, p. 592.

<sup>10</sup> Cfr. almeno G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT” 2017, n. 327; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in “WP CSDLE ‘Massimo D’Antona’.IT”, 2017, n. 335. Con riferimento al lavoro agile nella pubblica amministrazione sia consentito il rinvio a M. Altimari, *Telelavoro e lavoro agile nella pubblica amministrazione*, in “Variazioni su temi di diritto del lavoro”, 2018, n. 2, pp. 843-864.

<sup>11</sup> A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 199.

<sup>12</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Mondadori, 2006, p. 143.

<sup>13</sup> Si veda a titolo meramente esemplificativo AA. VV., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Atti dell'VIII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Napoli 12-14 aprile 1985, Giuffrè, 1986.



<sup>14</sup>A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2017, n. 2, p. 195.

<sup>15</sup>A. VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in “Diritti lavori mercati”, 2012, n. 3, p. 458.

<sup>16</sup>Cfr. il testo della [Risoluzione](#).

<sup>17</sup>V. FERRANTE, *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law*, in “European Labour Law Journal”, 2019, n. 4, p. 370 ss.

<sup>18</sup>Cfr. S.M. 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”, 2020, n. 1, pp. 185-198; C. MAZZANTI, *I tempi intermedi nella nozione binaria di tempo di lavoro*, in “Argomenti di diritto del lavoro”, 2019, n. 2, pp. 221-233.

<sup>19</sup>V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 2020, n. 3, pp. 428-442.

<sup>20</sup>Cfr. AA.VV., *European social partners autonomous framework agreement on digitalisation*, June 2020. Per un commento cfr. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in “Labour & Law Issues”, 2020, n. 2, la quale valuta documento quale un apprezzabile tentativo segnalandone al contempo alcune criticità relative, ad esempio, alla scarsa visibilità data alle questioni di genere. V. altresì L. BATTISTA, *The European Framework Agreement on*

*Digitalisation: a tough coexistence within the EU mosaic of actions*, in “Labour Law e-Journal”, 2021, n. 1, pp. 105-121.

<sup>21</sup>A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, cit., p. 203.

<sup>22</sup>V. anche M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, 2008, n. 1, p. 93.

<sup>23</sup>Sul punto v. due pietre miliari del diritto del lavoro, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in “Rivista del diritto commerciale”, 1954, spec. p. 370 ss. e F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, per i quali, in sostanza, i comportamenti preparatori sono specificazione del contenuto dell'obbligazione principale.

<sup>24</sup>*Ex plurimis* in questa sede è utile rimandare alla sentenza Corte di Cassazione, 21 ottobre 2003, n. 15734 che delinea le principali caratteristiche degli indici per individuare l'eterodirezione nella fase della vestizione/dismissione dell'abito da lavoro, v. G. RICCI, *Esclusione dall'orario di lavoro del tempo per indossare la divisa di lavoro*, in “Foro italiano”, 2004, n. 1, p. 89.

<sup>25</sup>C. CESTER, M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in F.D. Busnelli (diretto da), “Commentario al codice civile. Sub art. 2104”, Giuffrè, 2007, p. 23.

<sup>26</sup>Il riferimento è al compianto prof. MARIO NAPOLI: sul suo Magistero cfr. almeno il numero monografico della Rivista *Jus*, 2016, n. 2.

\* \* \*

### The effectiveness of the right to disconnect: a challenge for labour law

**Abstract:** This article analyzes the right to disconnect within the Italian legal system. After its introduction through the 2017 *Smart working Act*, the effectiveness of this right has been severely tested by the pandemic and emergency regulations. This article considers the attempts of the European Parliament and the European social partners to establish a right to disconnect at European level. It also examines the need to exploit the general principles of the legal system and the existing rules on working time to ensure this right to all employees.

**Keywords:** Smart working – Right to disconnect – General principles of the legal system – EU Employment Law – Collective bargaining