

Angelo Zambelli
 Andrea Brambilla
 Studio legale Zambelli & Partners

La progressione continua verso la flessibilità degli orari di lavoro

Premessa

Il doppio filo che lega e tiene insieme l'organizzazione dell'impresa e l'orario di lavoro impone agli operatori, ma anche a quanti intendano indagare e approfondire gli aspetti inerenti ai tempi di lavoro, di iniziare proprio da una attenta valutazione e disamina del modello organizzativo adottato a livello aziendale nel quale si inseriscono concretamente i singoli rapporti di lavoro.

Ciò risulta ancora più evidente quando si voglia esaminare la materia dell'orario di lavoro adottando la prospettiva della flessibilità, in un contesto storico, come quello attuale, che è quantomai composito e caratterizzato dal continuo progresso tecnologico e, quindi, da sempre nuovi modelli di organizzazione del lavoro e di esecuzione della prestazione.

Per tale ragione, prima di analizzare gli (ampi) spazi di flessibilità in materia di orario di lavoro previsti dalla normativa vigente (D.Lgs. n. 66 del 2003), nonché la recente spasmodica ricerca della flessibilità oraria anche mediante nuove modalità di svolgimento della prestazione, che ha segnato il graduale pas-

La normativa legale, a decorrere dal D.Lgs. n. 66 del 8 aprile 2003, attuativo di pregresse direttive europee risalenti agli anni '90, ha gradualmente rimosso molte rigidità operative concernenti la regolamentazione dei tempi di lavoro. L'orario di lavoro, individuale e collettivo, è stato reso fortemente adattabile alle esigenze di imprese e lavoratori. Le modifiche hanno riguardato sia la nozione dell'orario, sia numerosi limitazioni. Si sono poi moltiplicati i rinvii alla contrattazione collettiva per soluzioni adattative. La recente disciplina dello Smart Working rappresenta la formula più evoluta di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, anche nella dimensione temporale, che l'evoluzione normativa ha fino ad ora realizzato. Il processo peraltro è ancora in corso e l'elaborazione giurisprudenziale è chiamata ad adeguarsi a tale evoluzione.

saggio ad un concetto di orario di lavoro non più ancorato alla presenza fisica del lavoratore in azienda, bensì all'effettivo raggiungimento di obiettivi fissati dal datore di lavoro, pare utile ricostruire l'attuale contesto socioeconomico e i primi interventi legislativi che hanno stimolato quella che è una vera e propria rivoluzione del modello organizzativo aziendale.

L'attuale contesto socioeconomico

Se ormai da decenni ci si confronta con schemi organizzativi di matrice giapponese ed americana (quali *total quality*^[1], *just in time*^[2], *management by objectives*^[3]),

1. Per *total quality* si intende una tecnica di gestione della qualità che, essenzialmente, si basa sul fatto che tutti i membri di un'organizzazione puntino a migliorare continuamente le loro funzioni, nell'ottica dell'obiettivo finale della soddisfazione del cliente. Un'espressione, quella del *total quality management*, che fa riferimento ai metodi di gestione per aumentare la produttività mediante una gestione globale che funziona orizzontalmente all'interno dell'azienda, e che coinvolge tutti i dipartimenti e i dipendenti, estendendosi fino ad includere l'utente finale del prodotto/servizio, il cliente.

2. L'espressione *just in time* significa letteralmente "appena in tempo" e viene utilizzata per indicare un sistema di produzione che prevede che quest'ultima sia perfettamente orientata in base alla domanda e ai volumi richiesti dal mercato. L'idea è quella di ridurre al minimo possibile gli sprechi derivanti dall'accumulo di scorte di materiali, semilavorati e prodotti finiti, evitando anche i costi risultanti dalla necessità di immagazzinare grandi quantità di materiali o beni finiti.

3. La gestione per obiettivi (in inglese *management by objectives*, da cui l'acronimo MBO) è un metodo di valutazione del personale che si basa sui

negli ultimi anni l'ulteriore evoluzione tecnologica e la diffusione esponenziale – anche a causa della pandemia globale – di nuove modalità di lavoro (quali il lavoro agile o *smart working*) hanno accelerato la tendenza al superamento del modello di produzione novecentesco.

Modello, questo, caratterizzato dalla presenza di grandi strutture imprenditoriali, rigide ed anelastiche, dove il lavoro umano, tendenzialmente standardizzato e uniforme, era reso e acquisito necessariamente in blocchi temporali predeterminati e rigidi.

Diversamente, l'esponenziale terziarizzazione dell'economia e i nuovi modelli organizzativi e produttivi incentrati sempre più sulle esigenze del cliente finale⁴ presuppongono imprese non solo innovative e al passo con la tecnologia, ma anche dotate di strutture organizzative e processi produttivi snelli e flessibili contraddistinti da un elevato tasso di adattabilità rispetto alle particolari esigenze di un mercato globale, iper-competitivo e volatile.

Proprio l'ampio utilizzo di tecnologie informatiche nell'esecuzione della prestazione lavorativa ha permesso e contribuito alla proliferazione di modelli di organizzazione del lavoro, anche a distanza, la cui adozione ha avuto inevitabili ripercussioni anche sul piano dell'orario di lavoro.

Il “tempo” di lavoro ha, infatti, ricoperto storicamente un ruolo primario sia con riferimento alle esistenze individuali dei dipendenti sia agli stili di vita adottati dalla società⁵.

Sul piano individuale e giuridico, il fattore tempo ha rappresentato, e per tanti versi rappresenta ancora, la modalità principale di misurazione quantitativa della prestazione di lavoro subordinato, delineando i contorni dell'oggetto del contratto di lavoro. Esso infatti, di norma, determina il *quantum* dell'obbligazione principale del dipendente (la prestazione lavorati-

va) nonché quella del datore di lavoro (il pagamento della retribuzione), l'assoggettamento ai poteri del datore di lavoro (tra cui quello di controllo) e più in generale il grado di intensità della subordinazione.

Sul piano collettivo e sociale, il tempo di lavoro ha portato alla proliferazione di stili di vita diffusi (come, ad esempio, i *week-end* fuori porta, le vacanze estive e, da ultimo, in una dimensione più liquida o porosa dei tempi di lavoro, la diffusione di luoghi di *co-working* e di forme – anche “necessitate” – di *home-working*)⁶.

Appare però semplicistico e riduttivo collegare il diffondersi di modelli organizzativi improntati alla flessibilità oraria con lo scoppio della pandemia innescata dal *virus Sars Covid-19*, la quale semmai ha avuto l'unico pregio di palesare, nel bene e nel male, ed anche, in parte, agevolare/accelerare tendenze già in atto da decenni.

Come vedremo, infatti, la rivoluzione organizzativa sopra brevemente descritta inizia a sortire effetti concreti nel nostro ordinamento già a cavallo tra il XX e XXI secolo, quando a livello europeo e nazionale vengono adottati una serie di atti e testi normativi che hanno avuto un impatto radicale sulla regolazione dei tempi di lavoro cercando di agevolare e disciplinare nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Le riforme introdotte a partire dagli anni '90 per rendere più flessibile l'orario di lavoro

Nell'ultima decade del secolo scorso vi sono stati diversi interventi legislativi che hanno contribuito a riscrivere la disciplina generale in materia di orario di lavoro *in primis* a livello europeo generando a loro volta iniziative a livello nazionale. Tra questi, si ricorda innanzitutto la Direttiva europea n. 93/104 del 23 novembre 1993 (Direttiva 93/104/CE)⁷ che ha sicu-

risultati raggiunti a fronte di obiettivi prefissati. Solitamente, agli obiettivi sono legati dei premi (economici o in natura) e gli obiettivi sono generalmente individuali ma in alcuni casi possono essere anche di gruppo.

4. Il cliente, infatti, non è più un mero destinatario del prodotto finale, ma diviene spesso protagonista nel processo produttivo dettando le caratteristiche del prodotto sempre più personalizzato e tarato sulle esigenze in concreto espresse. Tutto ciò in una relazione di scambio proiettata nel tempo che parte dalla progettazione del bene/servizio per poi perdurare nel processo produttivo e nei servizi post-vendita. È evidente che questa nuova modalità di gestione dei rapporti con il cliente/utente finale ha inevitabilmente un impatto diretto o indiretto sull'organizzazione del lavoro e dei suoi tempi, imponendo la più ampia versatilità e flessibilità nell'utilizzo della forza lavoro.

5. A. TURSI, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2022, n. 4, p. 464.

6. E. GENIN, *Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol.32, n. 3, p. 280 e ss.

7. L'obiettivo della disciplina comunitaria in materia di orario di lavoro è la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori; in particolare la base

mente stimolato il successivo processo di armonizzazione ed innovazione legislativa del nostro ordinamento.

I contenuti della citata Direttiva riguardavano numerosi profili del tempo di lavoro: la durata massima settimanale, il periodo minimo di riposo giornaliero, settimanale e annuale (ferie), le prestazioni di lavoro notturno e il lavoro a turni. Complessivamente la Direttiva del 1993 si preoccupava di non introdurre vincoli eccessivi e norme inderogabili, ma piuttosto di perseguire obiettivi di armonizzazione minima in ogni Stato membro, accordando tuttavia ampi spazi di iniziativa sia al legislatore nazionale sia soprattutto all'autonomia collettiva e financo individuale^[8].

Le uniche disposizioni che non ammettevano deroghe di nessun tipo erano quelle relative alla durata dei riposi. Questa impostazione era coerente con lo spirito della Direttiva che, intendendo anzitutto salvaguardare e difendere l'integrità psicofisica del lavoratore, aveva ritenuto di individuare quale aspetto fondamentale sul quale concentrarsi non tanto l'estensione e la collocazione temporale della prestazione lavorativa, quanto piuttosto la garanzia di tempi minimi di riposo.

A seguito dell'entrata in vigore della citata Direttiva, in tutti gli Stati membri si è registrato l'avvio di riforme che hanno riscritto vecchie e consolidate legislazioni. Anche in Italia, dopo un periodo di inerzia del legislatore in materia di orario di lavoro, negli anni '90 si è registrata una forte ripresa dell'iniziativa legislativa nella materia^[9].

Successivamente, a distanza di meno di un decennio e ancora in prima battuta a livello europeo, si è avvertita nuovamente l'esigenza di tornare ad intervenire in materia di orario di lavoro, anche alla luce delle innovazioni tecnologiche soprattutto nel campo della comunicazione che nel frattempo avevano registrato uno sviluppo considerevole. Per tale motivo il legislatore europeo ha adottato una nuova Direttiva (2000/34/CE), che ha introdotto rilevanti ed ulteriori novità in tale materia.

Quest'ultima Direttiva è stata recepita a distanza di tre anni dal nostro legislatore con il D.Lgs. n. 66/2003 (che ha dato completa attuazione anche alla Direttiva 93/104/CE), decreto che si inseriva all'interno di un pacchetto di riforme che investirono radicalmente il mondo del lavoro in Italia. Nello stesso anno entrò, infatti, in vigore anche il D.Lgs. n. 276/2003 (c.d. Riforma Biagi) che introdusse nuove tipologie contrattuali al fine di garantire flessibilità e, al contempo, sicurezza^[10].

La disciplina del D.Lgs. n. 66/2003

Il D.Lgs. n. 66/2003 recepisce, pressoché pedissequamente, la disciplina comunitaria cercando comunque di salvaguardare gli spazi accordati alla autonomia collettiva, rappresentando tutt'oggi il testo di riferimento in materia di orario di lavoro.

La nozione di orario di lavoro

La prima novità introdotta dal D.Lgs. n. 66/2003 attiene alla nozione di orario di lavoro.

giuridica della citata direttiva è rappresentata dall'art. 118A del Trattato istitutivo in cui si esplicita che «Gli Stati membri si adoperano per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori, e si fissano come obiettivo l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso».

8. V. FERRANTE, *I tempi preparatori della prestazione lavorativa: una nozione "di confine"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2021, n. 3, p. 25. Muovono proprio in questa direzione l'articolo 3 della citata Direttiva che interviene individuando il cd. riposo giornaliero, l'art 4 il quale invita gli Stati membri a prendere «le misure necessarie affinché, ogni lavoratore benefici, per ogni periodo di 7 giorni, di un periodo minimo di riposo ininterrotto di 24 ore a cui si sommano le 11 ore di riposo giornaliero» nonché l'art. 6 il quale invece disciplina la durata massima settimanale di lavoro.

9. Fu così che a seguito della sopracitata Direttiva Europea vi fu l'approvazione di importanti provvedimenti legislativi. La Legge n. 549/1995 rimodulò i profili contributivi dello straordinario. L'art. 13 della Legge n. 196/1997 introdusse rilevanti novità nella disciplina degli orari di lavoro. Due in particolare sono le sostanziali novità introdotte con l'art. 13: la definizione del nuovo limite settimanale di orario normale di 40 ore, ma soprattutto la legittimazione di ampi spazi di flessibilità nel calcolo degli orari di lavoro. Infatti, si diede la possibilità di calcolare la durata normale della prestazione lavorativa con riferimento non più alla settimana ma bensì ad un periodo plurisettimanale (estendibile ulteriormente tramite l'intervento della contrattazione collettiva).

10. Il riferimento va, in particolare, alle modifiche apportate alla regolamentazione del lavoro part-time (ispirate all'allentamento di alcuni vincoli all'autonomia individuale) oppure all'introduzione del contratto di lavoro intermittente (in base al quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni a carattere discontinuo e non preventivamente programmabile). Un ruolo di rilevanza fondamentale per il legislatore del 2003 era poi ricoperto dalla somministrazione di lavoro e dalle agenzie per il lavoro private che, attraverso i loro servizi (ormai totalmente liberalizzati) di intermediazione fra domanda e offerta di lavoro, avrebbero dovuto costruire un mercato del lavoro più dinamico e attento alle esigenze non solo delle imprese ma anche del lavoratore.

Prima dell'entrata in vigore del citato decreto legislativo, l'art. 3 del R.D.L. n. 692/1923 abbracciava un concetto diverso di orario di lavoro che presupponeva il lavoro «effettivo» inteso come quel lavoro che richiede «un'applicazione assidua e continuativa».

Il D.Lgs. n. 66/2003 riprende, invece, la definizione dettata dalla Direttiva europea n. 93/104 del 23 novembre 1993, la quale stabilisce (art. 2, n. 1) che per orario di lavoro si intende «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni»^[11].

Si supera così il concetto di lavoro «effettivo» facendo rientrare nella nozione di orario di lavoro, come affermato in un primo momento dalla Corte di Giustizia, tutti i periodi in cui i lavoratori «sono obbligati ad essere fisicamente presenti sul luogo indicato dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione di quest'ultimo per poter fornire immediatamente la loro opera in caso di necessità»^[12].

Sì che il tempo di disponibilità viene ad essere integralmente computato come tempo di lavoro ad ogni effetto (in particolare, ai fini della verifica del rispetto del limite massimo di durata settimanale del lavoro e del limite minimo del riposo) anche relativamente all'esercizio delle proprie funzioni. Durante tale periodo il lavoratore è fisicamente costretto nel luogo determinato dal datore di lavoro, essendogli impedito un pieno e libero godimento del tempo inattivo, diversamente da quanto accade per la mera reperibilità dello stesso

I limiti dell'orario di lavoro

La nuova disciplina non solo è intervenuta individuando e cercando di assegnare un nuovo perimetro alla definizione di orario di lavoro ma, esercitando la delega conferitagli dalla legge comunitaria, si è occupata espressamente di stabilire anche i limiti dell'ora-

rio normale settimanale (40 ore) e di quello massimo (48 ore comprensive dello straordinario). Trattasi peraltro non di soglie massime bensì di limiti medi, dal momento che i contratti collettivi possono eventualmente riferire l'orario normale «alla durata media delle prestazioni lavorative in un periodo non superiore all'anno» (art. 3, comma 2) e che il rispetto dell'orario massimo viene valutato con riferimento alla durata media dell'orario di lavoro osservato entro un arco temporale di quattro mesi, elevabili sino a dodici dai contratti collettivi (art. 4, commi 2-4).

L'art. 4, comma 1 introduce un limite legale di durata massima settimanale dell'orario di lavoro, che viene individuato con riferimento ad un periodo di sette giorni ed include le ore di lavoro straordinario. Pertanto, la durata massima dell'orario di lavoro stabilita dai contratti collettivi ai sensi del comma 1 dell'art. 4 non può comunque superare, ai sensi del successivo comma 2, le 48 ore per ogni periodo di sette giorni, comprese le ore di lavoro straordinario.

Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha precisato e confermato con Circolare n. 5 dell'11 settembre 2003 (relativa all'adempimento degli obblighi di comunicazione connessi al superamento delle 48 ore settimanali attraverso prestazioni di lavoro straordinario) che non può darsi della settimana lavorativa una definizione rigida. Si può quindi considerare tale ogni periodo di sette giorni, con la conseguente possibilità per i datori di lavoro di far decorrere la settimana di riferimento a partire da qualsiasi giorno, ovvero in alternativa di ritenere quale settimana quella prevista dal calendario (dal lunedì alla domenica).

Ai fini dell'applicazione in materia di durata massima settimanale dell'orario di lavoro, il comma 3 dell'art. 4 pone però un limite temporale stabilendo che la durata media dell'orario di lavoro deve essere calcolata con riferimento ad un periodo non superiore a 4 mesi.

11. La Direttiva 93/104/CE – oggi confluita, al pari della Direttiva 2000/34/CE, nella Direttiva 2003/88/CE di riordino testuale delle disposizioni in materia di orario di lavoro (cd. direttiva di "codificazione") – reca delle nozioni di orario di lavoro e di riposo tutt'altro che chiare e univoche e, in ogni caso, rigide in quanto rispondenti a una logica binaria che tende a ricondurre tutti i "tempi" connessi al rapporto di lavoro subordinato nell'ambito dei due opposti poli, senza concepire tempi intermedi o un tertium genus (come la disponibilità o la reperibilità). La principale questione che si è posta sin da subito ha riguardato, infatti, il carattere congiunto o disgiunto dei tre requisiti - spaziale («al lavoro»), di autorità («a disposizione del datore di lavoro») e professionale («nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni»); cfr. sul punto, da ultimo, G. Ricci, *La scomposizione della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rass. Giur. Lav.*, 2021, n. 3, p. 324 e segg.

12. Le prime pronunce che hanno affermato un simile principio sono la sentenza *Simap* (Corte Giust., 3 ottobre 2000, C-303/98) e la sentenza *Jaeger* (Corte Giust., 9 marzo 2003, C-151/02) che ha qualificato come orario di lavoro anche il periodo di guardia nel quale il lavoratore può riposare sul luogo di lavoro, ciò perché in quei casi il dipendente sarebbe tenuto a rimanere in un luogo stabilito dal datore di lavoro e a disposizione di quest'ultimo, con evidente limitazione alle sue libertà di movimento e di iniziativa e, quindi, «minore libertà di gestire il tempo in cui non è richiesta la sua attività professionale».

Il periodo di riferimento ai fini del calcolo della durata massima dell'orario medio settimanale può essere individuato, oltre che secondo il criterio fisso indicato dalla legge, anche diversamente, essendo necessaria ai fini della verifica del rispetto della media settimanale soltanto la predeterminazione, e quindi la certezza, dei termini iniziale e finale del periodo stesso nonché della collocazione dei sette giorni di riferimento. Il superamento dei limiti settimanali può essere verificato solo a consuntivo, cioè al termine del periodo di riferimento legale di quattro mesi a decorrere dal termine individuato dalla legge ovvero di quello indicato dalla contrattazione collettiva. La legge precisa, sul tema, che dal computo della media settimanale di cui all'art. 4 devono essere esclusi, per espressa disposizione dell'art. 6 del D.Lgs. n. 66/2003, i periodi di ferie annue e quelli di assenza per malattia.

La possibilità di modulare l'orario di lavoro su base settimanale, mensile o annuale è stata attuata dal D.Lgs. n. 66 del 2003 anche attraverso l'eliminazione del limite giornaliero di durata della prestazione lavorativa. Nel nostro ordinamento non vige più, pertanto, un limite positivo alla durata giornaliera del lavoro ma, semmai, un limite che può ricavarsi, a contrario, dall'articolo 7 (riposo giornaliero di 11 ore di regola consecutive) del decreto^[13] nella misura di 13 ore giornaliere, fermo restando il rispetto delle pause (articolo 8). Tale individuazione risulta conforme al dettato costituzionale che, sul punto, si limita a stabilire che «la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge» (art. 36, comma 2). Non una fissazione diretta, bensì una riserva di legge, per evitare una predeterminazione della giornata lavorativa per via costituzionale, che risulterebbe avulsa dalle peculiarità dei vari contesti e attività produttive.

La flessibilità realizzata attraverso l'intervento della contrattazione collettiva e gli spazi accordati dal legislatore (art. 17, D.lgs. n. 66/2003)

Ciò che maggiormente salta all'occhio nell'analisi e nella disamina del D.Lgs. n. 66/2003 è che, tramite il suo intervento, il legislatore, per la prima volta in

modo cogente e strutturale, ha cercato di allentare quelle che erano le maglie della disciplina dell'orario di lavoro cercando così di perseguire la flessibilità (oraria) della prestazione lavorativa.

Tale obiettivo viene perseguito attraverso due canali: uno costituito dalle significative deroghe previste a livello di fonte primaria nazionale in relazione ad alcune particolari categorie di lavoratori, l'altro rappresentato dalle "deleghe" conferite (o riconosciute) dal legislatore nazionale alla contrattazione collettiva.

Partendo dal primo strumento di flessibilità, l'art. 17, comma 5, individua alcune particolari figure di prestatori di lavoro escluse dall'ambito di applicazione di una vasta gamma di norme, che comprende non solo quelle in materia di riposi, pause e lavoro notturno, ma anche le disposizioni in materia di orario normale di cui all'art. 3 (e, conseguentemente, anche quelle sul lavoro straordinario), nonché le disposizioni riguardanti il limite dell'orario massimo fissato dall'art. 4. Tale esclusione è in ogni caso condizionata al rispetto, anche nei confronti di questi lavoratori, dei principi generali di protezione della sicurezza e della salute dei dipendenti. Il fondamento giuridico di tale esclusione è rappresentato dalla circostanza che per questi prestatori di lavoro la durata della prestazione «a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi» (art. 17, comma 5). L'elencazione di cui alla norma non è tassativa ma esemplificativa e contempla le seguenti figure di lavoratori: (i) dirigenti, personale direttivo delle aziende ed altre persone aventi potere di decisione autonomo^[14]; (ii) manodopera familiare; (iii) lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose; (iv) prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro.

Quanto al secondo "canale di flessibilità" (deleghe alla contrattazione collettiva), va subito osservato che, sebbene un ruolo centrale nell'individuazione delle regole in materia di orario di lavoro (tra cui l'orario "normale" settimanale e quello massimo) sia stato affidato alla contrattazione collettiva, non tutti i

13. Nello specifico, l'art. 7 del D.Lgs. 61/2003 prevede che «ferma restando la durata normale dell'orario settimanale, il lavoratore ha diritto a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore» e che «il riposo giornaliero deve essere fruito in modo consecutivo fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità».

14. Si rammenta che già il R.D.L. n. 692/1923 prevedeva che i limiti da esso previsti non trovassero applicazione nei confronti del «personale direttivo delle aziende» (art. 1, comma 2) tra cui rientravano anche tutti i lavoratori addetti alla direzione tecnica di una determinata lavorazione.

contratti collettivi sono in grado di intervenire in materia di orario di lavoro. Infatti, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. m) del D.Lgs. n. 66/2003, solo quelli sottoscritti dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sono stati abilitati dal legislatore ad intervenire in deroga rispetto alla disciplina di legge.

Fermo restando il requisito della maggiore rappresentatività comparata, ai sensi dell'art. 17, comma 1 – come modificato dal D.L. n. 112/2008 – il rinvio alla contrattazione collettiva deve intendersi esteso a tutti i possibili livelli di contrattazione collettiva (nazionale, territoriale e aziendale). Tale scelta si giustifica anche in ragione dell'importanza che assume sotto il profilo gestionale la possibilità di modulare gli orari sulle esigenze specifiche di ogni singola impresa.

In definitiva, a differenza di quanto avveniva in passato, la disciplina di legge in materia di orario di lavoro costituisce una normativa generale e in parte derogabile nell'ambito della quale il ruolo dell'autonomia collettiva - anche di secondo livello - diviene primario e indispensabile.

Rappresentano esempi di modifica le norme che prevedono la possibilità per l'autonomia collettiva di stabilire una durata settimanale normale di lavoro inferiore alle 40 ore e di ridurre la soglia massima di 250 ore annue di lavoro straordinario. A esse si aggiungono le deleghe che consentono alle parti sociali di aumentare il periodo feriale o ridurre l'orario di lavoro o di prevedere trattamenti indennitari per i lavoratori notturni¹⁵.

È chiaro, quindi, che la prevalenza dei rinvii effettuati dal D.Lgs. n. 66 del 2003 all'autonomia collettiva consente alle parti sociali di dosare/plasmare, a seconda delle esigenze del settore o del contesto territoriale/aziendale, la flessibilità pensata dal legislatore nazionale, muovendosi in un perimetro caratterizzato da vincoli tutt'altro che rigidi. In altre parole, nella materia dell'orario di lavoro viene riconosciuto alla contrattazione collettiva il ruolo di vero e proprio "propulsore", essendo alla stessa demandato il compito di modellare la flessibilità oraria sulla singola realtà aziendale e non, come accade in altre materie, la mera facoltà di derogare limiti massimi fissati dal legislatore nell'ambito di una cornice legale già ben delineata.

Il ricorso alla flessibilità oraria anche mediante nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa

Se è vero che di recente non si registrano particolari interventi normativi in materia di flessibilità oraria, è altresì vero che negli ultimi anni stiamo assistendo ad una continua ed irrefrenabile progressione verso la flessibilità degli orari di lavoro.

Ciò lo si deve all'opera degli attori in gioco (lavoratori e imprese) che, usufruendo degli ampi spazi volutamente lasciati dal legislatore nella modulazione dell'orario di lavoro, hanno dato vita a modelli organizzativi improntati alla flessibilità oraria che – proprio perché consentono di ottimizzare i tempi dedicati all'attività lavorativa riducendo al massimo i periodi di inattività della forza lavoro in cui il personale si trova a disposizione dell'imprenditore senza soddisfare un effettivo fabbisogno – meglio consentono di raggiungere quegli obiettivi di produttività, da un lato, e conciliazione dei tempi di vita-lavoro, dall'altro, perseguiti dalle parti.

In tale ottica, si sono diffusi modelli organizzativi che consentono ai lavoratori di iniziare o terminare la propria attività lavorativa entro fasce orarie predefinite e non obbligatoriamente ad una determinata ora (flessibilità in ingresso o in uscita), ovvero di usufruire della pausa pranzo sempre nell'ambito di una fascia oraria di riferimento, consentendo a ciascun dipendente di dilatare o comprimere la pausa in base alle proprie esigenze (flessibilità della pausa pranzo) o persino di lavorare ininterrottamente per 8 ore in modo da poter uscire in anticipo (orario concentrato). Altri esempi di flessibilità consistono nella possibilità per i lavoratori di svolgere la propria attività lavorativa su 4 o 4,5 giorni invece che 5 a parità di durata settimanale dell'orario di lavoro e, dunque, di retribuzione (settimana corta), ovvero di accantonare su un "conto individuale" le ore prestate oltre il limite massimo settimanale e di utilizzarle, in un momento successivo, come riposi aggiuntivi (banca ore), o ancora nella possibilità per le imprese di stabilire un orario settimanale superiore o inferiore rispetto all'orario lavorativo ordinario sulla base delle esigenze produttive, purché la media delle ore di lavoro dell'anno (o la media riferita a un periodo inferiore) corrisponda all'orario normale di 40 ore settimanali o a quello inferiore stabilito dal contratto

15. M. QUARANTA, *Prestazioni a orario ridotto, modulato o flessibile e nuovi modelli organizzativi*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p. 525.

collettivo applicato (orario di lavoro multiperiodale).

La vera “rivoluzione” che ha investito la materia della flessibilità oraria è tuttavia consistita nell’introduzione – grazie all’evolversi della tecnologia – di vere e proprie nuove modalità di svolgimento della prestazione lavorativa del tutto disancorate da precise coordinate spazio-temporali e intimamente connesse al raggiungimento di specifici obiettivi e risultati individuati dal datore di lavoro. Ci si riferisce naturalmente all’istituto dello *smart working* (o lavoro agile) che implica un ripensamento dei tradizionali vincoli legati a luogo e orario di lavoro, puntando su una maggiore autonomia del lavoratore nel definire le modalità di lavoro, a fronte di una sua maggiore responsabilizzazione sui risultati.

Tale peculiare modalità di lavoro si è diffusa nel nostro ordinamento ben prima di trovare la cristallizzazione normativa avvenuta con la Legge n. 81/2017. Infatti, già prima dell’intervento del legislatore diverse realtà aziendali avevano implementato un sistema di lavoro da remoto per i propri dipendenti (si pensi, ad esempio, agli accordi adottati da Nestlé, AXA, Enel ed il Gruppo Intesa San Paolo). In tali prime esperienze potevano già individuarsi alcuni principali nuclei tematici, quali la definizione dell’istituto^[16], l’individuazione dei criteri e delle modalità di accesso, nonché la disciplina del recesso e delle modalità di svolgimento, oltre ad ulteriori contenuti relativi a trattamenti retributivi, norme in tema di salute e sicurezza nonché in tema di formazione e informazione dei dipendenti.

Il legislatore con la Legge n. 81 del 2017, concernente «*misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*», non ha quindi fatto altro che riconoscere un fenomeno già in atto recependo la disciplina del nuovo istituto direttamente dalla prassi e chiarendo come scopo del lavoro agile sia «*incrementare la competitività e*

agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, comma 1).

La legge, all’art. 18, comma 1, definisce il lavoro agile «*quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell’attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva*». Il datore di lavoro rimane tuttavia responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Prestando attenzione all’approfondimento della variabile del tempo di lavoro in “modalità agile”, ciò che emerge immediatamente dalla lettura del dettato *legis* è la mancanza di precisi vincoli di orario. Infatti, la legge nulla dice sul punto «*fatta salva una generica necessità che la prestazione rispetti i limiti di durata massima previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva su base giornaliera e settimanale*»^[17]. Pertanto, dal dettato letterale della norma si ricava una sostanziale possibilità di autogestione del tempo di lavoro, dal momento che i soli vincoli applicabili sono quelli relativi alla durata massima e si traducono nel diritto dello *smart worker* alla disconnessione, ovvero a non essere soggetto a richieste e sollecitazioni per via telematica provenienti dal datore di lavoro oltre tali limiti orari, e quindi «*a potersi disconnettere (in senso figurato) dalle tecnologie che ne consentono la rintracciabilità senza interruzioni, cancellando il tempo dedicato al lavoro dal tempo dedicato alle attività altre, senza subire ripercussioni sul piano retributivo e sulla prosecuzione del rapporto di lavoro*»^[18].

Di recente, proprio perché il controllo che il datore

16. Accordo Nestlé Italia del 12 ottobre 2012, secondo cui lo *smart working* «non deve essere necessariamente svolto da una postazione fissa e predeterminata» e «non viene svolto stabilmente a distanza, ma in modo sporadico, occasionale ovvero limitato ad un breve periodo di tempo»; Accordo Gruppo Intesa Sanpaolo del 10 dicembre 2014, che definisce lo *smart working* quale «modalità di lavoro che non può mai essere prevalente rispetto all’attività lavorativa complessivamente svolta»; Accordo Axa del 12 aprile 2016, che definisce lo *smart working* come «svolgimento della prestazione in azienda senza vincoli di orario e senza obblighi di timbratura in entrata e in uscita, con piena autonomia nel determinare l’orario di lavoro, purché in accordo col rispettivo responsabile»; Accordo Enel del 4 aprile 2017, che identifica lo *smart working* come «strumento atto ad incrementare la produttività e ad agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro attraverso una maggiore responsabilizzazione e orientamento dei risultati».

17. E. Dagnino, M. Menegotto, L. M. Pelusi, M. Tiraboschi, Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017. Formule contrattuali, schemi operativi, mappatura della contrattazione collettiva, in ADAPT University Press, 2017, p. 25.

18. D. Poletti, “Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei diritti digitali”, in Responsabilità civile e previdenza, 2017, 1, p. 7.

di lavoro è astrattamente in grado di esercitare attraverso la connessione a distanza è suscettibile di manifestarsi senza limiti di tempo, è stata avvertita a livello sia comunitario sia nazionale l'esigenza di apprestare una maggiore tutela al diritto alla disconnessione. Ciò ha portato il Parlamento europeo ad approvare (con risoluzione del 21 gennaio 2021) apposito progetto di direttiva sul tema e il legislatore nazionale a emanare una nuova disposizione di legge in materia di diritto alla disconnessione (art. 2, comma 1-ter del D.L. n. 30/2021 inserito dalla Legge di conversione n. 61/2021) in vigore dal 13 maggio 2021. La norma si articola in due periodi. Il primo prevede che *«ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati»*. Il secondo stabilisce che *«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 e sui trattamenti retributivi»*. Con riguardo alla variabile del tempo di lavoro nello *smart working*, merita di essere menzionato anche il recente Protocollo Nazionale sul lavoro agile sottoscritto dalle parti sociali in data 7 dicembre 2021, che ha evidenziato come la linea oramai seguita ed "accettata" da tutti i soggetti coinvolti preveda che la giornata lavorativa svolta in modalità agile si caratterizzi per l'assenza di un preciso orario di lavoro e per l'autonomia nello svolgimento della prestazione nell'ambito degli obiettivi prefissati, fermo restando il rispetto dell'organizzazione delle attività assegnate dal responsabile a garanzia dell'operatività dell'azienda e dell'interconnessione tra le varie funzioni aziendali.

Pertanto, non vi sono dubbi che il lavoro agile rappresenti oggi la massima espressione della flessibilità oraria (si potrebbe dire, il suo emblema) e la sua crescente diffusione (pur favorita dalla recente pandemia globale) non fa altro che confermare la tendenza (che, nel mutato contesto socioeconomico, appare ormai irreversibile) verso una dimensione "più liquida" e meno standardizzata dei tempi di lavoro.

Conclusioni

Indubbiamente, la strada, ormai da tempo imboccata, è quella di una sempre maggiore flessibilità della prestazione oraria con il chiaro obiettivo di portare giovamento sia in termini di migliore bilanciamento vita-lavoro sia in termini prettamente produttivi per l'impresa, che può così contare sull'apporto di una forza lavoro non più "oppressa" dalla gabbia temporale entro cui svolgere la prestazione ma libera di esprimere al meglio le proprie potenzialità.

L'unità temporale del lavoro, in quanto cifra fondamentale del valore, oggi non ha più un significato prevalente poiché sono mutate le coordinate temporali delle relative prestazioni. Alla luce di quella che può essere definita come una sorta di egemonia del lavoro immateriale, il ritmo regolare della produzione della fabbrica – con la sua netta divisione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro – è profondamente cambiato^[19].

In tale contesto, il fattore tempo – che tradizionalmente ha rappresentato la modalità principale di misurazione quantitativa della prestazione di lavoro subordinato e il requisito qualitativo essenziale per la funzionalizzazione dell'attività lavorativa all'interesse del creditore, delineando i contorni del contratto di lavoro nonché i confini della fattispecie del lavoro subordinato – assume un significato completamente diverso dal passato. Se, infatti, l'obbligo del lavoratore di osservare uno specifico orario di lavoro è stato tradizionalmente considerato dalla giurisprudenza come uno dei principali indici rilevatori della subordinazione, nel mutato contesto in cui ci troviamo non appare possibile riconoscere al fattore temporale una tale pregnanza (soprattutto in caso di svolgimento della prestazione in modalità di lavoro agile). In attesa che la giurisprudenza "metabolizzi" tali cambiamenti, ciò che è certo è che il *discrimen* tra lavoro subordinato e autonomo deve essere ricercato in altri fattori, peraltro ben presenti nel panorama giurisprudenziale^[20], quali la soggezione del lavoratore al potere direttivo, di controllo e disciplinare del committente e l'inserimento del prestatore nell'organizzazione imprenditoriale; ciò al di là delle modalità di svolgimento della prestazione che ben possono caratterizzarsi per una sempre maggiore flessibilità spaziale e temporale, senza necessariamente alterare o snaturare il vincolo della subordinazione. ●

19. M. LAZZARATO, *Lavoro immateriale. Forme di vita e produzione di soggettività*, 2002, p. 27.

20. Cfr. tra le più recenti, ordinanza Cass. 5 agosto 2022, n. 24400.