



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695



La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

VITO SANDRO LECCESE

Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Ordinario di Diritto del Lavoro

vitosandro.leccese@uniba.it

ABSTRACT

Through an analysis of European case-law on working time, the Author points out that the adoption by the Member States of a system of objective, reliable and accessible measurement of working time (while exercising their discretion as to how the measurement system is to be implemented, taking into account, where appropriate, the specificities of the different sectors of activity)It is functional and to guarantee workers the best protection of their safety and health, even when the worker enjoys a certain flexibility in the placement of the service.

This is the case, for example, of smart working, where the need to establish an objective, reliable and accessible system of measurement derives from the same methods of execution of the relationship, as regulated in our legal system; However, the possible removal of agile workers from the protection of working time will be legitimate, but only on condition that it is verified, on a case-by-case basis, their effective possibility of self-determination not only the placement but also, in its entirety (that is also in the phases of job carried out in company), the duration of the performance.

Keywords: Court of Justice; case law; smart working; working time; limits.

<https://doi.org/10.6092/issn.2421-2695/15136>

La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide

SOMMARIO: 1. La misurazione dell'orario di lavoro e la sua funzione, nel quadro delle tutele previste dall'Unione europea. 2. La sfida di un'accurata misurazione dell'orario: gli spazi aperti dalla Corte, il caso spagnolo e le conseguenze che possono trarsi. 3. Una sfida più impegnativa: far comprendere che la misurazione dell'orario è uno strumento indispensabile per perseguire finalità di tutela della salute anche quando il lavoratore gode di una certa flessibilità nella collocazione della prestazione.

1. La misurazione dell'orario di lavoro e la sua funzione, nel quadro delle tutele previste dall'Unione europea

Che piaccia o meno a quanti mirano a espungere le coordinate temporali dall'orizzonte delle tutele lavoristiche, gli organi dell'Unione considerano ormai la misurazione dell'orario di lavoro quale strumento indispensabile per garantire l'effetto utile delle disposizioni in materia di durata massima della prestazione e di limiti minimi dei riposi stabiliti dalle pertinenti discipline europee (art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dir. 2003/88).

In una prospettiva *de jure condendo*, se ne occupa la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021, recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione.

In particolare, tra le misure previste dalla proposta di Direttiva allegata alla Risoluzione vi è quella che imporrebbe agli Stati membri 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. I lavoratori possono chiedere ed ottenere il registro del loro orario di lavoro» (art. 3, par. 2, della proposta)⁽¹⁾.

Questo passaggio, in realtà, recupera e condensa alcune questioni emerse nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, che si è espressa sui temi della misurazione già nel caso *Worten v. Autoridade para as Condições de Trabalho*⁽²⁾ e poi, più analiticamente, nel caso *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v. Deutsche Bank*⁽³⁾.

Nella prima sentenza, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la disciplina europea relativa al trattamento dei dati personali all'epoca vigente, la dir. 95/46, del sistema di misurazione dell'orario di lavoro contemplato in Portogallo e, segnatamente,

⁽¹⁾ Su questa proposta, anche per ulteriori rinvii, R. Zucaro, *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, LPA, 2022, 311 ss., spec. par. 4. Tra i numerosissimi contributi in materia di disconnessione, v. anche, per ulteriori richiami e confronti tra ordinamenti, M. Biasi, *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, DRI, 2022, 400 ss.

⁽²⁾ C. giust. 30 maggio 2013, C-342/12.

⁽³⁾ C. giust. 14 maggio 2019, C-55/18.

dell'obbligo, posto a carico del datore di lavoro, di fornire un accesso immediato al registro dell'orario all'autorità nazionale che si occupa di vigilanza sulle condizioni di lavoro⁽⁴⁾. Ebbene, ad avviso della Corte, «un obbligo simile può risultare necessario, ai sensi [...] dell'art. 7, lett. e) della direttiva] in parola, se contribuisce ad un'applicazione più efficace della normativa in materia di condizioni di lavoro» e, in particolare, della dir. 2003/88, la quale impone agli Stati membri di adottare le «misure necessarie» per garantire il rispetto di tetti massimi di orario e limiti minimi di riposo⁽⁵⁾.

Senonché, mentre in *Worten* tale valutazione viene affidata al giudice del rinvio⁽⁶⁾, in *CCOO* è la Corte a compierla, deducendo anzi dal sistema di regole europee in materia di tempi di lavoro l'obbligo per gli Stati membri di «imporre ai datori di lavoro [...] di predisporre un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽⁷⁾.

Un simile obbligo, per il vero, non è espressamente previsto né nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali (che, al par. 2, garantisce a ogni lavoratore «il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite»), né nella direttiva del 2003.

D'altra parte, ad avviso della Corte, solo attraverso la predisposizione di uno strumento di misurazione dell'orario avente le menzionate caratteristiche è possibile garantire integralmente l'effetto utile dei diritti previsti dalla Carta e dalla direttiva, assicurando, in particolare, ai datori di lavoro, ai lavoratori e agli organi ispettivi la possibilità della verifica e della prova del loro effettivo rispetto; altri mezzi di prova ammessi dagli ordinamenti nazionali (quali le testimonianze, spesso condizionate, ove rese da colleghi di lavoro o dagli stessi lavoratori interessati da violazioni delle tutele dalla situazione di debolezza del lavoratore nel rapporto di lavoro, la produzione di messaggi di posta elettronica, la consultazione di telefoni cellulari o computer, ecc.) non consentono infatti, nella visione della Corte, «di dimostrare in modo oggettivo e affidabile il numero di ore di lavoro quotidiano e settimanale svolte dal lavoratore»⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ Art. 202 del Codice del lavoro portoghese (*Código do trabalho*), approvato con l. n. 7/2009 (relativo alla tenuta del registro) e art. 10, l. n. 107/2009 (riguardante le procedure di ispezione).

⁽⁵⁾ V., più ampiamente, C. giust. 30 maggio 2013, *Worten*, cit., punti 37 ss. della motivazione. Nella sentenza, la Corte chiarisce, altresì, che grava pur sempre sul responsabile del trattamento di dati personali l'obbligo di adottare «le misure tecniche e organizzative necessarie per garantire che unicamente persone debitamente autorizzate ad accedere ai dati personali interessati possano legittimamente rispondere a una domanda di accesso proveniente da un terzo» (v. punti 27-28 e 45 della sentenza); nello specifico, le esigenze di protezione dei dati del lavoratore, pur non costituendo ostacolo alla misurazione dei tempi di lavoro per le finalità di tutela del diritto ai riposi e al contenimento della durata massima del lavoro, comportano comunque per il datore di lavoro l'obbligo di «fare un uso legittimo dei dati disponibili nel registro, consentendone l'accesso solo a soggetti che abbiano un interesse qualificato» (v. punti 78 e 79 delle conclusioni dell'Avv. gen. Pitruzzella, nel caso *CCOO*).

⁽⁶⁾ C. giust. 30 maggio 2013, *Worten*, cit., punto 43.

⁽⁷⁾ C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punto 60 della motivazione.

⁽⁸⁾ Per ulteriori dettagli, v. C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punti 40-43, 48-50 e 53-60 della motivazione; v. anche i punti 61 s., ove si evidenzia che l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro è necessario anche per consentire

Già da questa rapida esposizione degli argomenti utilizzati dalla Corte e dei loro esiti (che ricalcano ampiamente le conclusioni dell'Avv. Generale Pitruzzella), risulta anzitutto confermata la rilevanza dell'approccio teleologico nelle sue pronunce sull'orario; esse, infatti, sono costantemente guidate dal faro costituito dalla funzione che la disciplina europea attribuisce agli interventi in materia di organizzazione dei tempi di lavoro: la migliore protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Al contempo, gli argomenti utilizzati dalla Corte e sopra sintetizzati aiutano a chiarire come nel dibattito attinente alla funzione della misurazione, nel quadro delle tutele previste dell'Unione, si debbano tenere distinti i temi relativi alla rilevanza del tempo (e della sua misurazione) ai fini della determinazione della controprestazione retributiva e quelli concernenti la rilevanza del tempo (e della sua misurazione) ai fini della determinazione e del rispetto di limiti massimi di durata della prestazione e soglie minime di riposo (giornaliero e settimanale).

In questa sede si affronteranno i secondi, mentre per i primi ci si limiterà ad osservare, per un verso, che sulla questione incidono ovviamente le previsioni dell'art. 36, co. 1, della nostra Costituzione⁽⁹⁾; per altro verso, che l'imposizione di un obbligo di misurazione *obiettiva, affidabile e accessibile* dei tempi di lavoro, quantunque desunto da previsioni aventi la funzione di tutelare la salute del prestatore di lavoro, non può che avere degli effetti utili anche sul piano del contenzioso economico (certamente più frequente rispetto a quello susseguente a verifiche ispettive o, ancora, al rifiuto della prestazione da parte del lavoratore per mancato rispetto dei diritti posti a tutela della sua salute), poiché consente anche la verifica dell'effettivo rispetto delle norme interne in materia di orario normale e lavoro straordinario o, in genere, a risolvere controversie economiche riguardanti la durata effettiva del lavoro⁽¹⁰⁾.

2. La sfida di un'accurata misurazione dell'orario: gli spazi aperti dalla Corte, il caso spagnolo e le conseguenze che possono trarsi

Una delle sfide più rilevanti relative all'attuazione dell'obbligo di misurazione dell'orario, in funzione dell'adeguata verifica del rispetto dei limiti massimi di durata della prestazione e dei periodi minimi di riposo imposti dal diritto dell'Unione, attiene agli strumenti che gli Stati membri sono chiamati ad adottare.

Al riguardo, la Corte si limita a osservare che spetta agli Stati, nell'ambito dell'esercizio del proprio potere discrezionale, di stabilire le modalità concrete di attuazione

ai rappresentanti dei lavoratori aventi funzioni in materia di salute e sicurezza (ai sensi della dir. 89/391) di esercitare il proprio diritto di chiedere al datore di lavoro di assumere le misure opportune e di presentargli proposte, al fine di ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o di eliminare le cause di pericolo.

⁽⁹⁾ V., in questo numero, il contributo di M.T. Carinci, *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*, cui si rinvia anche per ulteriori richiami.

⁽¹⁰⁾ Per ulteriori riflessioni sul profilo relativo all'onere della prova, si rinvia a V. Leccese, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, RGL, 2020 II, 428 ss., spec. par. 4.

del sistema di misurazione, tenendo eventualmente conto delle specificità dei diversi settori di attività e delle peculiarità di talune imprese, con specifico riferimento alle loro dimensioni; così, ad esempio, possono essere ammessi registri cartacei, applicazioni informatiche, badge elettronici, ecc., purché, il sistema adottato sia idoneo a garantire l'effetto utile della disciplina europea e l'effettività dei diritti da essa sanciti⁽¹¹⁾.

Le affermazioni della Corte relative alle modalità di attuazione del sistema di misurazione lasciano spazio a diverse chiavi di lettura, anche perché nel suo ragionamento manca un chiaro riferimento a due aspetti nevralgici:

- l'oggetto preciso della registrazione;
- le modalità della "rilevazione" della durata del lavoro, al fine di misurarlo.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'approccio teleologico adottato dalla Corte dovrebbe indurre a ritenere necessaria la puntuale registrazione di ogni variabile temporale che serva a verificare il rispetto delle tutele assicurate dalla direttiva.

In merito al secondo profilo, ove si presti la necessaria attenzione a quell'approccio e ai suoi esiti, si dovrebbe dubitare dell'adeguatezza di qualsiasi strumento che prescriva una mera "annotazione" degli orari da parte del datore di lavoro, poiché in tal modo non parrebbe soddisfatto l'obbligo di «instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore»⁽¹²⁾.

Il dibattito sviluppatosi sulla legislazione spagnola, che ha dato origine alla questione pregiudiziale sulla quale la Corte si è pronunciata nel caso *CCOO*, ha messo in luce alcuni utili elementi di riflessione su entrambi questi aspetti. Ed infatti, prima che la Corte emettesse la propria pronuncia (ma dopo la presentazione delle proprie conclusioni da parte dell'Avvocato generale), il legislatore spagnolo aveva provveduto a modificare l'Art. 39 dello *Estatuto de los trabajadores*, riguardante l'orario di lavoro.

La nuova disciplina sancisce espressamente l'obbligo della tenuta di un registro orario giornaliero, nel quale deve essere indicato l'orario concreto di inizio e fine della giornata lavorativa di ciascun lavoratore, senza pregiudizio per la flessibilità oraria; il registro deve restare a disposizione dei dipendenti, dei loro legali e degli ispettori del lavoro per quattro anni⁽¹³⁾.

A differenza delle precedenti previsioni, che avevano dato luogo a posizioni diverse sulla possibilità di ritenere già sussistente l'obbligo di istituire un sistema di registrazione dell'orario di lavoro⁽¹⁴⁾, la nuova previsione è stata ritenuta coerente con la direttiva dalla letteratura giuridica spagnola.

Questa letteratura, come del resto la prassi amministrativa riguardante la nuova disciplina, meritano attenzione ai nostri fini soprattutto perché esse hanno messo in luce

⁽¹¹⁾ V. C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO*, cit., punto 63, nonché i punti da 85 a 88 delle conclusioni dell'Avv. gen., specificamente richiamati nella sentenza.

⁽¹²⁾ V. il punto 62 della sentenza.

⁽¹³⁾ Art. 34.9, dello *Estatuto de los trabajadores*, come modificato dalla RD-L n. 8 dell'8 marzo 2019.

⁽¹⁴⁾ Queste posizioni sono riassunte nella prima parte della sentenza (punti 23-27), cui si rinvia.

alcuni punti fermi che devono caratterizzare qualsiasi legislazione nazionale, per poterla considerare adatta alla direttiva.

In particolare, nella interpretazione di queste previsioni, si è osservato che:

- al fine di verificare il rispetto delle tutele previste nella direttiva (compreso il riposo giornaliero di 11 ore consecutive ogni 24 ore), la registrazione deve riguardare sia il numero di ore dedicate al lavoro (il *quantum* dell'orario di lavoro), sia la sua distribuzione dell'orario di lavoro (il *quando*, cioè la collocazione, della prestazione)⁽¹⁵⁾;

- il riferimento ai meccanismi di flessibilità comporta che essi possono continuare ad essere utilizzati, fermo restando che il registro sarà applicabile anche quando il datore di lavoro vi farà ricorso, poiché esso faciliterà il controllo dell'uso di tali meccanismi in conformità con la legge⁽¹⁶⁾;

- poiché la Corte richiede che il sistema sia obiettivo, affidabile e accessibile, la registrazione deve essere sempre successiva allo svolgimento della prestazione. Pertanto, non sarà sufficiente un calendario di lavoro o la redazione di un programma degli orari per determinati periodi, ma occorreranno le registrazioni delle ore effettivamente lavorate, il cui ammontare è noto solo una volta svolta la prestazione⁽¹⁷⁾. Inoltre, il sistema adottato per la raccolta delle pertinenti informazioni non deve esporsi ad alterazioni o manipolazioni e deve essere consultabile dagli interessati in qualsiasi momento⁽¹⁸⁾;

- è ammesso, quindi, qualsiasi sistema di registrazione, cartaceo, telematico o misto, purché garantiscano la tracciabilità affidabile e non modificabile (né dal datore di lavoro, né dal lavoratore) dell'orario di lavoro, una volta registrato⁽¹⁹⁾;

- l'eventuale utilizzo di sistemi di registrazione che richiedano l'accesso a dispositivi digitali o l'utilizzo di sistemi di videosorveglianza o di geolocalizzazione questi devono rispettare in ogni caso i diritti dei lavoratori alla privacy⁽²⁰⁾.

Questi esiti interpretativi appaiono utili anche nella lettura di altre legislazioni nazionali e, in particolare, della legislazione portoghese e di quella italiana, che rappresentano due esempi paradigmatici di approcci differenti alla misurazione dei tempi di lavoro.

La prima contiene una interessante disciplina (che ha dato origine, come già detto, alla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Worten*), la quale pare coerente con numerose indicazioni emerse nel dibattito spagnolo sulle modalità di attuazione del sistema

⁽¹⁵⁾ J. Gorelli Hernandez, *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, 2020, 120 ss. (ove si propone una interpretazione adeguatrice della nuova disciplina spagnola), spec. 133 ss.

⁽¹⁶⁾ J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 128.

⁽¹⁷⁾ M. Nogueira Guastavino, *La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, 929 ss., sul punto 953.

⁽¹⁸⁾ J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 120.

⁽¹⁹⁾ Ministero del Lavoro, *Guia sobre el registro de jornada*, dell'8 marzo 2021.

⁽²⁰⁾ V. ancora Ministero del lavoro, *Guia sobre el registro de jornada*, nella quale si menziona la disciplina dell'art. 20-bis dello Statuto de los trabajadores, che richiama la Ley Orgánica No. 3, del 5 dicembre 2018, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

di misurazione dell'orario. Essa infatti prevede, tra l'altro, che il registro degli orari di lavoro debba contenere un'indicazione dell'orario di inizio e fine dell'orario, nonché interruzioni o intervalli che non sono inclusi in esso, al fine di determinare il numero di ore di lavoro lavorate per ogni lavoratore, al giorno e alla settimana; il registro, poi, deve essere conservato per 5 anni in un luogo accessibile e in modo da consentirne la consultazione immediata⁽²¹⁾.

Sulla scorta degli elementi emersi nel dibattito spagnolo, al contrario, può affermarsi l'inadeguatezza della nostra disciplina - che già prevede l'annotazione della durata dell'orario su un registro (il Libro unico del lavoro - LUL)⁽²²⁾ - a garantire la misurazione *obiettiva, affidabile e accessibile* della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore.

Questa disciplina, la quale prevede, tra l'altro, che il datore di lavoro tenga «un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi», appare inadeguata per una serie di ragioni.

In particolare, per quel che qui più interessa:

- nel LUL sono riportate solo le ore complessivamente svolte dal lavoratore nella giornata e manca «la previsione di un obbligo di registrazione degli orari di ingresso e di uscita dei lavoratori, e dunque dell'articolazione temporale delle ore giornaliere effettivamente svolte»⁽²³⁾;

- le annotazioni sono semplificate per i lavoratori ai quale «venga corrisposta una retribuzione fissa o a giornata intera o a periodi superiori»; per questi ultimi, infatti, «è annotata solo la giornata di presenza al lavoro». Questo dato è certamente insufficiente a dar conto anche della durata effettiva della prestazione dei lavoratori in questione, al fine della verifica del rispetto dei limiti massimi di orario e di quelli minimi di riposo⁽²⁴⁾.

Va poi osservato che il campo di applicazione del LUL è limitato ai datori di lavoro privati⁽²⁵⁾. Ciononostante, non può essere trascurato il possibile effetto positivo derivante, di fatto, da una diversa previsione, le cui finalità sono però connesse, come noto, non alla tutela della salute del lavoratore, ma all'esigenza di evitare costi ingiustificati per le Pubbliche amministrazioni. Queste ultime, infatti, «non possono erogare compensi per lavoro straordinario se non previa attivazione dei sistemi di rilevazione automatica delle presenze»⁽²⁶⁾. Al fine di adeguarsi a queste previsioni, nella gran parte delle pubbliche amministrazioni sono state introdotti strumenti oggettivi di misurazione della prestazione

⁽²¹⁾ V., ancora, i già citati art. 202, Codice del lavoro portoghese, e art. 10, l. n. 107/2009.

⁽²²⁾ Art. 39, d.l. n. 112/2008 (conv. dalla l. n. 133/2008).

⁽²³⁾ G. Gentile, *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, *DLM*, 2019, 608 ss., spec. 616 s.

⁽²⁴⁾ Il profilo è evidenziato, tra gli altri, da A. Orlando - L. Furfaro, *La gestione dell'orario di lavoro nello smart working*, *GLav.*, 2019, n. 31, 17 ss.

⁽²⁵⁾ Art. 39, co. 1, d.l. n. 112/2008.

⁽²⁶⁾ Art. 3, co. 83, l. n. 244/2007.

(tornelli e/o badge), che hanno superato precedenti sistemi basati sulla registrazione su registri di presenza cartacei (certamente meno affidabili, per il vero anche in vista della verifica del rispetto dei diritti assicurati dalla dir. 2003/88).

3. Una sfida più impegnativa: far comprendere che la misurazione dell'orario è uno strumento indispensabile per perseguire finalità di tutela della salute anche quando il lavoratore gode di una certa flessibilità nella collocazione della prestazione

Come s'è visto con riferimento alla nuova disciplina spagnola in materia di registrazione dell'orario di lavoro, il ricorso a meccanismi di *flessibilità* dell'orario di lavoro (anche nell'interesse del prestatore di lavoro e non solo dell'impresa)⁽²⁷⁾ comporta che essi possono continuare ad essere utilizzati, fermo restando che il registro sarà applicabile anche quando il datore di lavoro vi farà ricorso⁽²⁸⁾.

La questione, nel nostro dibattito interno, si è intrecciata con la verifica della rilevanza dei tempi nel lavoro agile, anche in virtù del tenore letterale del dato normativo, il quale, da un lato, prevede che la prestazione lavorativa in modalità agile sia resa «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» (art. 18, co. 1, 1° periodo, l. n. 81/2017); per altro verso, stabilisce che essa deve comunque essere «eseguita [...] entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1, 2° periodo, l. n. 81/2017)⁽²⁹⁾.

Orbene, è chiaro che questo dato normativo può apparire intrinsecamente contraddittorio se non si ha ben chiaro che l'*assenza di vincoli* di orario di cui parla la previsione, nella sua prima parte, ben può concernere la sola *collocazione* della prestazione e non investe necessariamente la sua *durata* (il *quantum*).

Ma su questo si tornerà tra breve, non prima di avere precisato che, nella sentenza resa dalla corte nel caso *CCOO* e in altre precedenti, emergono elementi utili a chiarire i confini tra queste diverse ipotesi di *flessibilità* oraria.

Come ben arguibile dalle argomentazioni utilizzate dalla Corte per affermare la sussistenza, nel diritto dell'Unione, di un obbligo per gli Stati membri di prevedere l'istituzione di un sistema che consenta la misurazione dell'orario, il dibattito sulla misurazione non può che essere successivo a quello, prioritario, sul campo di applicazione (oltre che sul contenuto) dei limiti alla durata della prestazione finalizzati a garantire la salute del lavoratore.

(27) Non potendo qui entrare nel dettaglio di questa distinzione e delle sue implicazioni, ci si limita a rinviare a V. Leccese *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, in L. Guaglianone - F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, 2007, 223 ss.

(28) V., ancora, J. Gorelli Hernandez, *op. cit.*, 128.

(29) Su questa previsione, da ultimo, O. Razzolini, *Lavoro agile e orario di lavoro*, DRI, 2022, 371 ss.

La Corte, in effetti, dopo aver affermato che le disposizioni della dir. 2003/88 «ostano ad una normativa di uno Stato membro che, secondo l'interpretazione che ne è data dalla giurisprudenza nazionale, non impone ai datori di lavoro l'obbligo di istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore», chiarisce altresì che vanno fatti salvi i casi riconducibili all'art. 17, par. 1, della medesima direttiva⁽³⁰⁾.

Quest'ultima disposizione, in particolare, consente agli Stati membri, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di derogare alla gran parte delle tutele poste dalla direttiva allorché «la durata dell'orario di lavoro, a causa delle particolari caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi»; in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose”.

L'affermazione della Corte è, quindi, coerente con le premesse del suo ragionamento: se l'obbligo di misurazione deriva dalla necessità di disporre di strumenti utili a verificare il rispetto delle tutele previste dalla direttiva, è quindi evidente che esso non sussista quando tali tutele non operano.

Una rilevante questione concerne, però, il novero dei lavoratori per i quali la deroga è ammessa. Al riguardo va ribadito che l'effettiva sussistenza delle caratteristiche richieste dalla previsione europea (come da quella interna) deve essere riscontrata non in linea astratta, bensì alla luce del concreto atteggiarsi del singolo rapporto. La fattispecie derogatoria, ad esempio, non può ritenersi integrata in presenza della mera attribuzione della qualifica dirigenziale, del mero inquadramento del lavoratore nell'ambito del c.d. personale direttivo, dal fatto che l'attività è svolta da «manodopera familiare», ovvero ancora – val la pena di anticipare - dal solo svolgimento *a distanza* del rapporto (telelavoro)⁽³¹⁾.

Come osservato dalla stessa Commissione europea, i criteri adottati dagli Stati membri per determinare le esclusioni dalle tutele (ivi compreso il fatto che i lavoratori svolgano funzioni amministrative o lavorino da casa) non garantiscono necessariamente che i presupposti imposti dall'art. 17, par. 1, della direttiva siano rispettati. E ciò conferma la necessità di una verifica caso per caso della effettiva sussistenza di quei presupposti.

Un simile verifica è del resto imposta dalla rigorosa posizione assunta dalla Corte di Giustizia.

In linea generale, secondo la Corte tutte le deroghe previste dalla direttiva, in quanto eccezioni al sistema europeo di organizzazione dell'orario, «devono essere interpretate in modo che la loro portata sia limitata a quanto strettamente necessario alla tutela degli

⁽³⁰⁾ C. giust. 14 maggio 2019, *CCOO, cit.*, punto 63.

⁽³¹⁾ V. Leccese, *Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, in E. Ales - M. Bell - O. Deinert - S. Robin-Olivier (editors), *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, 1285 ss., spec. 1310, e già Id., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, 2006, 255 ss.

interessi che tali deroghe permettono di proteggere»⁽³²⁾; così come, per converso, al fine di garantire il perseguimento delle finalità poste alla base della direttiva e dell'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti, va riconosciuto che le disposizioni della prima «non possono essere oggetto di interpretazione restrittiva a scapito dei diritti che il lavoratore trae» da essa⁽³³⁾.

Per quanto attiene specificamente alla deroga contemplata dall'art. 17, par. 1, la Corte, ha anzitutto confermato che essa può operare solo se risulti provato che al lavoratore è riconosciuta la facoltà di «decidere del numero di ore di lavoro» da prestare⁽³⁴⁾. Il Giudice dell'Unione, inoltre, ha incisivamente precisato che la deroga in questione «si applica solo ai lavoratori il cui orario di lavoro *nella sua interezza* [non, dunque, solo in parte] non è misurato o predeterminato o può essere determinato dai lavoratori stessi, a causa della natura dell'attività esercitata»⁽³⁵⁾. La deroga di cui all'art. 17, par. 1, dir. 2003/88, quindi, «non è applicabile a un'attività subordinata (...) qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, *nel suo complesso*, non sia misurato o predeterminato o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso»; tanto che, in assenza di tale presupposto, non è neppure necessario verificare se l'attività dei lavoratori sia riconducibile a una di quelle esemplificativamente indicate nella previsione⁽³⁶⁾.

Operati questi chiarimenti, si possono quindi trarre alcune conclusioni relative alla rilevanza nel lavoro agile delle tutele previste dalla disciplina europea in materia di orario di lavoro e, specificamente, sulla misurazione di quest'ultimo.

Tornando al nostro dato normativo interno, va anzitutto osservato che, se la prestazione svolta in lavoro agile deve essere eseguita entro i «limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (v. il già citato secondo periodo dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017), è inevitabile ammettere che anche per essa sussista – almeno in linea generale – l'esigenza di instaurare un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la *misurazione* della durata dell'orario di lavoro (sì da garantire che l'effetto utile dei diritti posti dall'Unione in funzione di tutela della salute del prestatore sia integralmente assicurato)⁽³⁷⁾.

Se questo è vero, non può però essere trascurato il fatto che il dato normativo oggi vigente - pur non brillando per chiarezza e presentando non pochi difetti di coordinamento con la disciplina generale dell'orario dettata, in attuazione della disciplina dell'Unione, dal d.lgs. n. 66/2003⁽³⁸⁾ - consente di attuare una pluralità di forme di lavoro agile.

⁽³²⁾ C. giust. 9 settembre 2003, C- 151/02, *Jäger*, punto 89; 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punto 40.

⁽³³⁾ Come ribadito nella stessa *CCOO*, punto 32.

⁽³⁴⁾ C. giust. case 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, cit., punti 41 ss.

⁽³⁵⁾ C. giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, punto 20.

⁽³⁶⁾ C. giust. 26 luglio 2017, Case C-175/16, *Hälvå*, punti 45 e 49.

⁽³⁷⁾ In senso diverso, pare, A. Orlando - L. Furfaro, *op. cit.*

⁽³⁸⁾ Cfr., tra gli altri, M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, *DSL*, 2017, n. 1, par. 5; A. Donini, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultati*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, *WP CSDLE Collective Volumes*, n. 6/2017, 92 ss.; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi

Per ciò che attiene alla dimensione temporale, in particolare, la previsione che qualifica 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» si presta, a seconda delle scelte delle parti e/o delle variabili organizzative, a diverse soluzioni applicative, anche a causa della compresenza, nella struttura della norma, di fasi di lavoro in azienda e fasi di lavoro al di fuori di essa; sarà sufficiente, ai fini della presente trattazione, evidenziarne due, che si collocano agli estremi delle diverse ipotesi concretamente adottate.

Una prima soluzione, meno incisiva, ma a quanto pare parecchio diffusa nella prassi, è quella nella quale ci si limita a *svincolare* la fase di lavoro resa da remoto dal rispetto di rigide *fasce orarie*, lasciando il lavoratore libero di scegliere (oltre che *dove*, anche) *quando* lavorare, ma non di determinare autonomamente il *quantum* della prestazione, che resta comunque ancorato, anche in tale fase, alla durata normale prevista per i lavoratori che non eseguono il lavoro in modalità agile⁽³⁹⁾.

Orbene, questa prima soluzione non pone alcun problema di conciliabilità tra il primo e il secondo periodo dell'art. 18, co. 1, l. n. 81/2017, perché al lavoratore, pur libero (o quasi) da vincoli di *collocazione* dell'orario, è comunque imposto il rispetto di un *quantum* di orario anche nelle fasi in cui non lavora in azienda. Pertanto, benché il lavoratore goda di spazi (in ipotesi anche molto ampi) di flessibilità nella collocazione della prestazione, la durata della prestazione sarà comunque *misurata*, sia al fine di verificare la correttezza dell'adempimento, sia in vista del rispetto dei limiti prescritti dalla disciplina europea in funzione di tutela della salute del prestatore di lavoro.

Una seconda soluzione, più complessa sul piano organizzativo, può invece comportare un reale superamento delle coordinate temporali, mediante il ricorso a «forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi» (cfr. ancora art. 18, co. 1, 1° periodo, l. n. 81).

(a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 555 ss.; F. Chietera, *Il lavoro agile*, in D. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, 352 s.; G. Proia, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 188 ss.

⁽³⁹⁾ Questa modalità sembra ammessa, ad es., da S. Cairoli, *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, op. cit., 12 ss.; A. Donini, *I confini della prestazione agile*, op. cit., 96 ss.; M. Peruzzi, *Sicurezza e agilità*, op. cit., 17; C. Spinelli, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018, 153; F. Chietera, *Il lavoro agile*, op. cit., 352; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione*, op. cit., 557; R. Casillo, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, RGL, 2018, I, 120 ss.; parrebbe esclusa invece da G. Proia, *L'accordo individuale*, op. cit., 187 ss., spec. 190. La soluzione risulta tra l'altro adottata negli accordi collettivi o individuali che si preoccupano di disciplinare in vario modo lo svolgimento di prestazioni straordinarie in lavoro agile (per alcune esemplificazioni, v. M. Tiraboschi, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, DRI, 2017, 952 ss.; A. Occhino, *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, LPA, 2018, 107 ss.; A. Fenoglio, *Il diritto alla disconnessione*, op. cit., 558, nt. 23), le quali presuppongono, appunto, il rispetto di un orario normale, quantomeno su base settimanale (art. 1, co. 2, lett. c), d.lgs. n. 66/2003). Essa, poi, può combinarsi con diverse limitazioni della facoltà di scelta del lavoratore, quale, ad es., la previsione di fasce di connessione concordate (anch'esse presenti in alcune regolamentazioni collettive e/o accordi individuali).

In tali evenienze, la conciliazione tra i due periodi dell'art. 18, co. 1, è meno agevole poiché, per un verso, l'orario potrebbe perdere la propria rilevanza quale criterio diretto di commisurazione della controprestazione retributiva e, d'altro canto, la sua *misurazione* potrebbe essere ancora ritenuta indispensabile ai fini della verifica del rispetto dei «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva», come previsto dal secondo periodo dell'art. 18, co. 1.

Anche questa seconda soluzione, dunque, potrebbe risultare insufficiente a escludere il rispetto dei limiti fissati dalla disciplina europea, ove non ricorrano anche altre condizioni, come si dirà in conclusione. Proprio con riferimento a questa ipotesi, infatti, è possibile cogliere appieno la portata delle puntualizzazioni operata dalla Corte in merito all'esclusione dall'obbligo di *misurazione* in presenza nei casi previsti dall'art. 17, par. 1, dir. 2003/88.

Prima di giungere alle conclusioni, è però utile rammentare che il d.lgs. n. 66/2003 ha riproposto la previsione dettata dall'art. 17 della direttiva, ma ha ampliato l'elenco dei lavoratori esclusi dalle tutele, menzionando anche le «prestazioni rese nell'ambito di rapporti di lavoro a domicilio e di telelavoro» (art. 17, co. 5, lett. *d*, d.lgs. n. 66/2003). L'ampliamento, peraltro, non collide con la previsione europea di riferimento, poiché quest'ultima (come, del resto, quella interna) delinea il presupposto oggettivo della deroga attraverso l'utilizzo dell'espressione *in particolare*, sì che il più ridotto elenco in essa contenuto può essere considerato non tassativo e, pertanto, ampliabile dal singolo Stato membro.

Orbene, la struttura di entrambe le previsioni e, in particolare, il fatto che gli elenchi in esse contenuti rivestano carattere meramente esemplificativo inducono a ritenere che, in presenza dei requisiti prescritti, anche il lavoro agile possa essere sottratto al rispetto delle norme di tutela; ciò, ovviamente, a condizione che il lavoratore sia realmente impiegato in un'attività nella quale, a causa delle sue caratteristiche, la durata dell'orario «non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi».

In conclusione, nel rispetto della posizione sinora assunta dalla Corte, anche i lavoratori agili possono essere sottratti ai limiti di durata e dai riposi giornalieri.

Questa eventuale sottrazione dei lavoratori agili dalle tutele (come, del resto, dei telelavoratori menzionati dall'art. 17, co. 5, d.lgs. n. 66/2003) sarà legittima a condizione che sia verificata, caso per caso, la loro effettiva possibilità di autodeterminare non solo la *collocazione* ma anche, *nella sua interezza* (cioè anche nelle fasi di lavoro svolte in azienda), della *durata* della prestazione⁽⁴⁰⁾.

Solo in tale evenienza, dunque, non sarà necessaria l'attivazione di “un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro”, secondo quanto stabilito dalla Corte in *CCOO*.

⁽⁴⁰⁾ Caratteristica, questa, che sarebbe evidentemente più agevolmente riscontrabile proprio ove si adottino “forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi”.

Bibliografia

- Biasi M., *Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici*, in *DRI*, 2022, 400 ss.
- Cairolì S., *La definizione di lavoro agile nella legge e nei contratti collettivi: sovrapposizioni e possibili distinzioni*, in Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP CSDLE Collective Volumes* n. 6/2017, 7 ss.
- Carinci M.T., *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*, in *q. Riv.*, 2022, 8, 1, 87 ss.
- Casillo R., *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, 2018, I, 115 ss.
- Chietera F., *Il lavoro agile*, in G. Garofalo (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, 345 ss.
- Donini A., *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultati*, Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (a cura di), *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, in *WP CSDLE Collective Volumes* n. 6/2017, 90 ss.
- Fenoglio A., *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in G. Zilio Grandi - M. Biasi (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, 547 ss.
- Gentile G., *Orario di lavoro giornaliero: per la Corte di Giustizia sussiste l'obbligo di misurazione e rilevazione*, in *DLM*, 2019, 608 ss.
- Gorelli Hernandez J., *Horas extraordinarias. Delimitación, registro y régimen jurídico*, Aranzadi, 2020.
- Leccese V., *Directive 2003/88/EC concerning certain aspects of the organisation of working time*, in E. Ales - M. Bell - O. Deinert - S. Robin-Olivier (editors), *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, 1285 ss.
- Leccese V., *Flessibilità o imprevedibilità del tempo di lavoro? Tra flessibilità nell'interesse del datore e tutele individuali*, in L. Guaglianone - F. Malzani (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, 2007, 223 ss.
- Leccese V., *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla l. n. 30/2003*, Cacucci, 2006, 255 ss.
- Leccese V., *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute*, in *RGL*, 2020 II, 428 ss.
- Nogueira Guastavino M., *La STJUE de 14 de mayo de 2019, CCOO/Deutsche Bank (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, 929 ss.
- Occhino A., *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva*, in *LPA*, 2018, 81 ss.
- Orlando A. – Furfaro L., *La gestione dell'orario di lavoro nello smart working*, in *GLaw*, 2019, n. 31, 17 ss.
- Peruzzi M., *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, n. 1, 1 ss.
- Proia G., *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in L. Fiorillo - A. Perulli (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, 177 ss.
- Razzolini O., *Lavoro agile e orario di lavoro*, in *DRI*, 2022, 371 ss.
- Spinelli C., *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018.
- Tiraboschi M., *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, 921 ss.
- Zucaro R., *Nuove modalità di tutela della qualità del tempo di vita e di lavoro. Il diritto alla disconnessione*, in *LPA*, 2022, 311 ss.