



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Il diritto alla disconnessione
nella prospettiva italiana e comparata**

ROSA DI MEO
Università Politecnica delle Marche

vol. 3, no. 2, 2017

ISSN: 2421-2695





Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata

ROSA DI MEO

Università Politecnica delle Marche
Dottoranda di ricerca in Management and Law
r.dimeo@pm.univpm.it

ABSTRACT

A few months after the Loi Travail of the 2016, Italian parliament also intervened to foresee the disconnection from technological instruments that make it possible job performance. However, unlike French legislature, Italian language doesn't expressly express the disconnection as a right, so it's necessary to analyze the French legislation for understand the differences between a different type of data offered by the Italian parliament. Paper analyze others questions around a not referenced at the disconnection as right in order to allow a "real" work-life balance and prevent that disconnection from being modulated on downtime of the company and not the employees. In this perspective the paper hopes for an intervention of collective bargaining and a new possible applications of article 2087 c.c.

Keywords: diritto di disconnessione; ordinamento francese; ruolo dei contratti collettivi; art. 2087 c.c.

Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il diritto alla disconnessione in Francia. - 3. La disconnessione italiana nella l. n. 81/2017: un diritto?. - 3.1. Nodi problematici della norma e prospettive *de jure condendo* della disciplina. - 4. Le prime applicazioni della disconnessione.

1. Introduzione

L'introduzione di nuove tecnologie digitali ed informatiche nei luoghi nei quali viene resa la prestazione è stata, come noto, in grado di modificare sensibilmente l'organizzazione del lavoro.

In un frenetico cambiamento del modo di rendere la prestazione lavorativa, l'utilizzo di strumenti tecnologici quali internet, posta elettronica e tutti gli altri strumenti di collegamento tra datore di lavoro e dipendente si presenta come un'arma a doppio taglio per il lavoratore, perché se da un lato consente una più agile e virtuosa forma di flessibilizzazione della prestazione lavorativa in quanto permette ad esempio di lavorare anche in un luogo fisico diverso rispetto a quello dell'azienda (nell'ottica della tutela di *work-life balance*) o di lavorare in gruppo (1), dall'altra, però, la quasi completa

* Una sintesi di questo saggio è stata presentata al convegno “*Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*”, Università di Brescia, 12 – 13 Ottobre 2017.

(1) Sino a qualche anno fa la forma più avveniristica di svolgimento dell'attività di lavoro era il telelavoro, figura che combinava la delocalizzazione geografica con l'introduzione di nuove tecnologie. Per approfondimenti si v. GAETA L. - PASCUCCI P., *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998. Sui vantaggi per i lavoratori e per i datori di lavoro derivanti dall'impiego “agile” della prestazione lavorativa si v. il recente contributo di PASQUARELLA V., *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, RIDL, 2017, 1, p. 41 ss., che scrive: “sono abbastanza evidenti i benefici per i lavoratori, anche in termini di migliore equilibrio tra vita professionale e vita familiare, di un lavoro a distanza facilitato dalle tecnologie informatiche e telematiche, attraverso le quali è possibile valicare i tradizionali confini fisici e logistici dell'ufficio. Non c'è dubbio, infatti, che lavorare da casa - o comunque in modo mobile e flessibile - costituisca un grande vantaggio per chi durante la giornata ha impegni vincolati alla famiglia (...). Né si possono trascurare le convenienze di questa opzione di organizzazione del lavoro *a latere datoris*, non solo in termini di risparmio sui costi e di flessibilità organizzativa, ma anche di maggiore motivazione dei dipendenti e, quindi, di incremento della produttività”. La stessa A., inoltre, sottolinea che il modello dell'*home-based working* può svolgersi con due modalità: la prima, quella *off-line* (ossia quella priva di collegamento telematico con l'azienda) è quella che meglio consente il raggiungimento dell'obiettivo di *work-life balance*, perché consente una determinazione preventiva di fasce orarie e di reperibilità; la seconda modalità, quella *on line*, “consente quasi esclusivamente di risparmiare i tempi di pendolarismo”. In buona sostanza la prima modalità necessita di una determinazione preventiva della disconnessione.

smaterializzazione dei concetti di luogo e di orario di lavoro per l'esecuzione di alcune prestazioni lavorative porta con sé il fondamentale rischio di essere *always on* (2), sempre connessi con il datore (3), con la conseguenza che occorre delineare i confini di tale flessibilità spazio-temporale e individuare con auspicabile chiarezza i limiti di esigibilità della prestazione tali da consentire una "reale" conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

È in questo scenario che da qualche tempo si discute di diritto alla disconnessione.

Con tale espressione si intende il diritto del lavoratore alla irreperibilità, a non essere cioè soggetto a richieste e sollecitazioni per via telematica provenienti dal datore di lavoro al di fuori dell'orario massimo di lavoro; è, in altri termini, il diritto «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» (4).

Lungo questa direzione, il primo Paese europeo a teorizzare e a regolamentare il diritto alla disconnessione è stato la Francia⁵.

(2) Per maggiori approfondimenti si v. KRAUSE R., *"Always-on" - The collapse of the work-life-separation*, Relazione alla quindicesima conferenza di commemorazione al prof. Marco Biagi, *Digital and Smart Work*, Modena, 20-21 marzo 2017, il cui testo è disponibile sul sito <http://www.fmb.unimore.it/on-line/home/eventi/convegni/articolo5338.html>.

(3) POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, p. 9, sostiene che recenti indagini svolte negli Stati Uniti hanno rivelato che il tempo impiegato dai lavoratori per leggere la mail al di fuori dell'orario di lavoro supererebbe addirittura il tempo delle ferie, con punte particolari riguardanti i cc.dd. *millennials*, che in alcuni casi hanno dichiarato di svegliarsi di notte per controllare la mail di lavoro. I dati sono tratti da Saas Enterprise Service Management Samanage e corrispondono agli esiti di un sondaggio svolto nell'aprile 2016, secondo il quale un lavoratore su tre controlla la posta elettronica almeno un'ora al giorno al di fuori dell'orario d'ufficio, per un totale di più di un mese di lavoro straordinario all'anno. Uno su cinque degli intervistati si sveglia spesso per farlo durante la notte e, tra i «millennials», la percentuale sale al 40%.

(4) POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione*, cit., p. 7, la quale chiarisce che il diritto alla disconnessione non si sostanzia di certo con il diritto a "stare off line", ma piuttosto come il diritto a rimanere in rete in modo selettivo. Per un collegamento tra disconnessione e *privacy* si v. il recente contributo di CRISCIUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in *RIDL*, 2017, p. 284 ss., spec. a p. 292, la quale precisa che "essendo sempre reperibili sul cellulare (...) il limite tra il "personale" ed il "lavorativo" diviene sempre più labile".

(5) Anche in altri Paesi si discute di disconnessione; in Spagna, ad esempio, il Psoc (partito socialista) e altri partiti dell'opposizione, quali l'UP, attraverso due sollecitazioni del 7 e del 27 marzo 2017, ha fatto richiesta per approvare una legge sulla disconnessione fuori dall'orario di lavoro. Sulla scorta del disposto di cui all'art. 40, co. 2, della Costituzione

2. Il diritto alla disconnessione in Francia

A partire dal 1° gennaio 2017 la disconnessione è divenuto diritto in Francia.

Per la verità la norma traccia i contorni di un diritto già noto alla cultura giuridica d'oltralpe; a partire dal 2002, infatti, un Autore ha teorizzato e definito il diritto alla disconnessione come «il diritto alla vita privata del ventunesimo secolo» (6).

Nell'ambito di una discussione intorno alla qualificazione di tale tempo di disconnessione, in bilico tra orario di lavoro e tempo libero (7), fondamentale è stata la concreta sperimentazione aziendale del diritto, e al primo caso di regolamentazione del 2011, quello della Volkswagen (8), sono seguiti altri “esperimenti” in Germania (9), in Gran Bretagna (10) e persino

spagnola (che impone una tutela della sicurezza e dell'igiene sui luoghi di lavoro e di garantire il riposo necessario mediante la limitazione della giornata lavorativa, diritto da attualizzare nell'era delle nuove tecnologie) e della Carta sociale europea (che, parimenti, stabilisce il diritto ad una limitazione della giornata lavorativa sulla base del fatto che l'eccessivo lavoro comporta un rischio per la salute dei lavoratori), il partito ritiene che “*es necesario reconocer el derecho a desconectar con el objetivo de respetar las jornadas pactadas y remuneradas, y combatir el estrés que provoca el alargamiento camuflado de la jornada laboral*” e che “*es importante destacar que la necesidad de defender algo tan básico como es el respeto de períodos de descanso adecuados y las jornadas pactadas es una consecuencia más de la aplicación de una reforma laboral injusta que desequilibró la relación laboral en favor del/ de la empresario/a, porque aunque no hay obligación de trabajar fuera del horario laboral, este tiene, gracias a la reforma laboral, más herramientas para modificar las condiciones de trabajo de forma unilateral, lo que lleva irremediamente a la desprotección y a un incremento de la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras*”. A tali proposte il Ministro del lavoro e della sicurezza sociale spagnolo ha risposto che “*el gobierno está estudiando la posibilidad de una regulación que reconozca el derecho de los trabajadores al a la “desconexión digital” de su empresa, una vez finalizada su jornada laboral*”. Il testo delle proposte è disponibile sul sito http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-125.PDF, p. 9 e ss. e in http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-139.PDF, p. 5 ss. e delle risposte su <http://www.europapress.es/economia/noticia-gobierna-estudia-regular-derecho-desconexion-laboral-20170327122652.html>

(6) RAY J. E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXIème siècle, Droit social*, 2002, p. 939.

(7) Per approfondimenti sulle nozioni di “tempo libero” e sulla tutela costituzionale dello stesso si v. OCCHINO A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, p. 7 ss.

(8) Azienda che, parallelamente alla Syntex (che nell'accordo del 1 aprile 2014 ha previsto il dovere di disconnessione per oltre 900.000 dipendenti), ha sospeso le comunicazioni sui *device* professionali dalle 18.15 alle 7 del mattino successivo; si v. KRAUSE R., “*Always-on*”, *cit.*, p. 13.

(9) Ancora CRISCIUOLO C., *Il controllo*, *cit.*, p. 292 fa l'esempio della Bmw, che conteggia il tempo che i dipendenti spendono nel rispondere alle mail fuori dall'orario di lavoro stabilito nel contratto e lo tramutano in uno “sconto” sull'orario lavorativo. Alla Daimler, addirittura, le mail ricevute dal dipendente dopo un certo orario si autodistruggono. Si v., ancora KRAUSE R., “*Always-on*”, *cit.*, p. 13.

oltre oceano; anche in Francia la questione era già stata affrontata da alcune aziende prima del suo riconoscimento legislativo, quali Areva, Axa France, La Poste e il gigante francese delle telecomunicazioni Orange.

Nel settembre del 2015 proprio il vicedirettore e responsabile delle risorse umane di Orange, Bruno Mettling, ha presentato il suo rapporto intitolato “*Transformation numérique et vie au travail*” (11), su incarico dall’allora Ministro del Lavoro François Rebsamen.

Nella relazione si chiedevano «*modifications limitées mais indispensables, de notre cadre juridique*» (12), al fine di disciplinare i maggiori impatti creati dall’introduzione di nuove tecnologie nell’impresa, così come si chiedeva espressamente il riconoscimento legislativo di un diritto alla disconnessione, per permettere al lavoratore di non rispondere alle sollecitazioni provenienti dal suo datore di lavoro al di fuori dell’orario di lavoro senza ricevere una sanzione disciplinare o altre ripercussioni sul rapporto di lavoro (13).

Tale riconoscimento è poi avvenuto per mezzo della loi n. 2016-1088 del 8 agosto 2016 (la c.d. *Loi Travail* o *El-Khomri*, dal nome del Ministro del Lavoro *pro tempore*), che ha modificato l’art. 2242-8 del *Code du Travail* e ha previsto al co. 7 il diritto alla disconnessione.

Nella nuova norma non si fornisce una definizione di disconnessione, ma il codice francese la qualifica *expressis verbis* quale diritto, a differenza della legge italiana che invece sul punto non fornisce alcuna qualificazione giuridica, come vedremo *infra*.

Per quel che concerne invece le modalità operative del diritto, la norma prevede una duplice possibilità: il co. 7 dispone infatti che il datore di lavoro di un’impresa che occupi più di cinquanta dipendenti sia obbligato a prevedere il diritto alla disconnessione nel contratto collettivo aziendale.

(10) La Price Minister ha invece previsto la sospensione della messaggistica aziendale al dichiarato scopo di favorire lo scambio verbale tra colleghi. Per approfondimenti si rinvia a <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/amministrazione-del-personale/quotidiano/2016/09/05/lavoro-agile-tra-diritto-alladisconnessione/indennita-e-incentivi>.

(11) METTLING B., *Transformation numérique et vie au travail*, in www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf.

(12) P. 9 della Relazione.

(13) All’accento posto in più passaggi sul benessere dei lavoratori, perché essere sempre collegati «rappresenta un rischio per la salute dei dipendenti», nel rapporto si associa un’attenzione particolare alla produttività aziendale: è infatti possibile leggere che coloro «che rispettano l’equilibrio tra lavoro e vita privata sono molto più produttivi degli altri», e che pertanto l’ininterrotto uso dei dispositivi elettronici diminuisce l’efficienza aziendale. Si v. p. 19.

In difetto di tale accordo il datore di lavoro deve prevedere il diritto in una *charte* previa consultazione del *comité d'entreprise*, o, in mancanza di tali organismi in azienda, con i rappresentanti dei lavoratori.

Detta *charte* deve definire le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione e prevedere per il personale addetto alla sorveglianza dei lavoratori corsi di formazione e di sensibilizzazione su un uso *raisonnable* degli strumenti digitali di controllo della prestazione lavorativa.

Una gestione e una regolamentazione, dunque, concertata e condivisa tra datore e sindacati, i quali assumono un ruolo attivo nella concreta definizione nelle modalità operative del diritto, vincolati solo nel fine legislativamente previsto, ossia il diritto al riposo e al godimento della vita personale e familiare; nel preambolo al progetto di legge che ha poi modificato la norma del codice del lavoro francese veniva infatti specificato, tra l'altro, che la norma «crea un nuovo elemento di negoziazione sulla qualità della vita sui luoghi di lavoro e sulle modalità di esercizio del diritto alla disconnessione» (14).

Nonostante l'espreso riconoscimento del diritto, però, la norma presenta una pluralità di criticità, già prontamente evidenziate dalla dottrina francese, che ne limiterebbero di fatto l'esercizio (15).

In particolare, il rinvio alla contrattazione collettiva sarebbe limitato sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo.

Per quel che concerne il primo aspetto, come già accennato, la norma non si applica a tutte le aziende (e dunque a tutti i lavoratori) perché si fa espreso rinvio alle sole imprese occupanti più di cinquanta dipendenti o comunque alle imprese che comprendono una o più sezioni sindacali delle organizzazioni più rappresentative. Abbastanza curiosamente inoltre, il legislatore francese non contempla tra i soggetti abilitati a definire le modalità di esercizio della disconnessione il comitato per la salute, la sicurezza e le

(14) Nel progetto di legge è infatti possibile leggere che «l'article 25 crée un nouvel item de la négociation relative à la qualité de vie au travail, portant sur les modalités d'exercice du droit à la déconnexion. Il est aujourd'hui important que la négociation collective prenne en compte les contraintes que font peser sur les salariés les outils numériques qui sont mis à leur disposition par l'employeur. Il s'agit notamment de garantir l'effectivité du droit au repos». Per approfondimenti si v. https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=D775062BF46D6679DA4D6AE1AA81C92D.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000032291025&type=expose&typeLoi=&legislature, p. 14.

(15) Tale da chiedersi, sia pure in forma retorica, se il diritto alla disconnessione altro non sia che “*une chimère*”. Si v. MATHIEU C., *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de Droit du Travail*, 2016, Octobre, p. 592 ss.

condizioni di lavoro (CHSCT), un organismo il cui compito precipuo è proprio quello di tutelare i lavoratori rispetto ai rischi derivanti dalla prestazione di lavoro, fra i quali rientra certamente anche un aumento dello stress derivante dalla *iper-connessione*.

Sul punto, il silenzio del legislatore francese è stato quindi interpretato come un ostacolo al concreto affermarsi del diritto, anche perché l'organismo *de quo* ha il potere di ottenere la sospensione dell'efficacia del provvedimento del datore di lavoro, con la conseguenza che l'esclusione di questi soggetti dal novero di coloro che sono abilitati alla regolamentazione concreta del diritto di fatto "paralizzerebbe" il funzionamento dell'organismo medesimo.

Per quel che concerne invece il profilo oggettivo, sembra che una corretta e completa comprensione del diritto alla disconnessione passi attraverso l'analisi dell'istituto del "tempo di lavoro", in quanto si tratta in fondo di bilanciare orario di lavoro e orario di non-lavoro; nel progetto della legge francese del 2016 si afferma esplicitamente che è attraverso il riconoscimento del diritto di disconnettere che si garantisce "l'efficacia del diritto al riposo". Da ciò la domanda: sarà la disconnessione a dirci se è stato rispettato l'orario di lavoro? Empiricamente sarà il tempo di non lavoro a fornirci *a contrario* una definizione concreta dell'orario di lavoro, ma occorre individuare i limiti della disciplina al fine di sottrarre al datore di lavoro e al legislatore la completa disponibilità dell'istituto dell'orario.

In particolare, il legislatore europeo ha fornito già a partire dalla Dir. 93/104/CEE del 23 novembre 1993 alcune definizioni di orario di lavoro, di periodi di riposo e, a partire dalla Dir. 2003/88/CE del 4 novembre 2003 (16) (che ha assorbito la normativa precedente), persino di "riposo adeguato" all'art. 2, par. 1; nella direttiva si definisce l'orario di lavoro come "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" (n. 1); per periodo di riposo, invece, si intende "qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro" (n. 2), e per riposo adeguato si intende il «fatto che i lavoratori dispongano di periodi di riposo regolari, la cui durata è espressa in unità di tempo, e sufficientemente lunghi e continui per evitare che essi, a causa della

(16) Entrambe le direttive sono state aspramente criticate dalla dottrina. Tra tanti, si v. LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001, p. 180, che in considerazione dei numerosi rinvii in funzione derogatoria ai contratti collettivi sostiene che tali deroghe "consentono in taluni casi di determinare una vera e propria disapplicazione della disciplina"; definisce tale normativa "schizoide" FENOGLIO A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ESI, Napoli, 2012, p. 6.

stanchezza, della fatica o di altri fattori che perturbano l'organizzazione del lavoro, causino lesioni a sé stessi, ad altri lavoratori o a terzi o danneggino la loro salute, a breve o a lungo termine» (n. 9).

Occorre precisare che già durante la vigenza della direttiva del 1993 era intervenuta anche la Corte di Giustizia la quale, a più riprese, ha affermato che le disposizioni in materia di periodi minimi di riposo «costituiscono norme della normativa sociale comunitaria che rivestono importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute» (17), e, con un approccio simile, il diritto francese ha definito il tempo di lavoro effettivo come *«le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles»* (art. L. 3121-1 del *Code du Travail*).

La Corte di Cassazione francese ha inoltre precisato che il tempo di riposo è un tempo che *«suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle»* (18); la Suprema Corte francese inoltre riconosce implicitamente un diritto alla disconnessione già in una sentenza del 17 febbraio 2004, quando afferma che *«le fait de n'avoir pu être joint en dehors des horaires de travail sur son téléphone portable personnel est dépourvu de caractère fautif»* (19), e precisa che il mancato rispetto dei periodi di riposo provoca necessariamente un danno al lavoratore, con la conseguenza che il diritto alla disconnessione pare essere configurabile quale naturale *pendant* del rispetto del diritto ad un adeguato riposo.

(17) Così CGUE 7 settembre 2006, n. 484, C-484/04 al punto 38, che richiama alcuni suoi precedenti in materia di orario di lavoro e precisa che «l'obiettivo principale della direttiva 93/104, che ha lo scopo di proteggere in modo efficace la sicurezza e la salute dei lavoratori, ognuno di essi deve, in particolare, beneficiare di periodi di riposo adeguati che, oltre ad essere effettivi, consentendo alle persone interessate di recuperare la fatica dovuta al lavoro, devono anche rivestire un carattere preventivo tale da ridurre il più possibile il rischio di alterazione della sicurezza e della salute dei lavoratori che l'accumulo di periodi di lavoro senza il necessario riposo può rappresentare (sentenza Jaeger, cit., punto 92)». Per il testo v. http://www.olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=10750:co-rte-di-giustizia-ce-07-settembre-2006-n-484-c-48404-tutela-della-sicurezza-e-della-salute-dei-lavoratori-direttiva-93104ce-organizzazione-dellorario-di-lavoro&catid=21&Itemid=138.

(18) Soc, 10 juillet 2002, n° 00-18452, Bull V n° 238; la sentenza è consultabile in <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046364&fastReqId=57698317&fastPos=1>.

(19) Soc, 17 février 2004, n° 01-45889, Inedita. Per consultare il testo cfr. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007473856>.

Occorre pertanto valutare se il riconoscimento espresso del diritto sia idoneo a raggiungere l'obiettivo espressamente dichiarato, ossia quello di meglio conciliare tempi di lavoro e di non lavoro.

A parere di chi scrive il legislatore francese ha soltanto riconosciuto espressamente il diritto alla disconnessione, ma senza aver raggiunto gli obiettivi enunciati.

I termini della questione sono tutti riassumibili nel complicato e delicatissimo rapporto tra legge e contrattazione collettiva, nel diritto francese come in quello italiano, che analizzeremo *infra*.

Se il diritto ad essere disconnessi in alcune ore della giornata costituisce solo una versione moderna del diritto ad un adeguato riposo (di derivazione comunitaria), allora il legislatore non è completamente libero di affidare alla contrattazione collettiva la concreta definizione delle modalità operative di tale diritto, a maggior ragione alla contrattazione aziendale, potenzialmente nello scenario odierno più sensibile alle concrete esigenze datoriali rispetto a quella nazionale, con la conseguenza che il legislatore sembra aver attribuito ai contratti collettivi di secondo livello un potere di cui neanche egli può disporre.

Non è lo strumento, ossia il rinvio, a preoccupare; ciò che desta alcune perplessità è il fatto che il legislatore si sia limitato ad una mera enunciazione del diritto, senza prendere posizione sul concreto *modus operandi* dello stesso e senza delinearne le linee essenziali nell'ambito della disciplina dell'orario di lavoro, riservando alla contrattazione aziendale uno spazio di deroga *in melius* rispetto a quella legale per meglio adattare il contenuto effettivo della disconnessione alla realtà delle imprese francesi.

Non è forse superfluo ricordare che la Costituzione francese, all'art. 34 stabilisce che «la legge determina i principi fondamentali (...) del diritto del lavoro» (20), nel quale certamente rientra la disciplina dell'orario di lavoro, e pertanto ci si sarebbe aspettati una concreta presa di posizione del legislatore sul punto, attraverso la definizione delle linee fondamentali del diritto.

Essendo così formulata, la norma è inoltre foriera di ulteriori effetti giuridici, che pongono questioni ermeneutiche di non secondario rilievo; ad esempio ci si può chiedere se, nelle imprese che occupino meno di cinquanta dipendenti, i lavoratori non abbiano alcun il diritto di disconnettersi, oppure cosa accada in difetto di una regolamentazione delle parti sul punto, oppure ancora se la regolamentazione, pur esistente, sia inadeguata a garantire il diritto

(20) Art. 34 Costituzione francese del 4 ottobre 1958, così come modificata nel 2008.

al riposo effettivo, con il concreto rischio che il diritto alla disconnessione potrebbe essere calibrato sul tempo di non-attività dell'azienda e non sul tempo di non lavoro del dipendente (21), problemi questi riproponibili nello scenario italiano, ove addirittura il legislatore del 2017 non qualifica neppure la disconnessione come diritto.

Concludendo sul punto è possibile affermare che con la *Loi Travail* del 2016 il legislatore francese abbia soltanto timidamente esplicitato un diritto che è già *in nuce* nella disciplina dell'orario di lavoro, con la conseguenza che la doppia limitazione soggettiva ed oggettiva (cui abbiamo accennato) dismetta i poteri attribuiti dall'art. 34 della Costituzione al legislatore medesimo, che avrebbe dovuto stabilire almeno i principi fondamentali del diritto alla disconnessione, e invece attraverso il meccanismo della delega alla contrattazione aziendale si è liberato dell'obbligo costituzionale di regolamentare nelle sue linee essenziali un diritto di cui egli stesso non è completamente libero di disporre per vincolo derivante dall'Unione Europea.

3. La disconnessione italiana nella l. n. 81/2017: un diritto?

A pochi mesi di distanza dalla *Loi Travail* anche il legislatore italiano è intervenuto in materia di disconnessione.

A differenza della normativa francese, però, il retroterra del d.d.l. n. 2233/16 non è contrassegnato da contratti collettivi che in via sperimentale avevano già disciplinato il diritto alla disconnessione, pur essendovi accordi in materia di *Smart Working* (22) e pertanto il ruolo dei sindacati sul punto non può che cogliersi in prospettiva *de jure condendo*.

Con la legge n. 81 del 2017 è stato approvato il disegno di legge n. 2233 (23), che all'art. 19, co. 1 prevede espressamente che «l'accordo relativo alla

(21) Problema già sollevato da MOREL L., *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, LLI, vol. 3, n. 2, p. 3 ss.

(22) *Ex plurimis* si v. l'accordo Nestlè del 12 ottobre 2012, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, nel quale al punto 3 si precisa che “il lavoratore si impegna (...) a poter essere contattato, via e-mail o telefonica tramite IP Communicator/Voip ovvero cellulare aziendale se provvisto per la posizione durante il normale orario di lavoro giornaliero”. Con questo esplicito rinvio all'orario di lavoro giornaliero, già l'accordo del 2012 consente di ricavare per via interpretativa il diritto alla disconnessione, perché se il lavoratore è tenuto ad essere contattabile durante l'orario di lavoro, allora *a contrario* si deduce che al di fuori del suddetto orario non sarà tenuto a mantenere un contatto con il proprio supervisore.

(23) “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”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 135 del 13 giugno 2017.

modalità di lavoro agile (...) individua (...) i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche».

Emerge già *ictu oculi* che, come accennato, a differenza della legge francese il legislatore italiano non qualifica espressamente quello alla disconnessione come diritto; per la verità sembra che il legislatore italiano abbia fatto un passo indietro rispetto al progetto originario.

Nella relazione al d.d.l. n. 2229/16 (24), infatti, l'on. Sacconi chiariva che si intendeva introdurre il «il cosiddetto diritto alla disconnessione dagli strumenti tecnologici di lavoro senza che questo però possa comportare effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi» (25); all'art. 3, co. 7, era pertanto previsto che «il lavoratore ha diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche di lavoro senza che questo possa comportare, di per sé, effetti sulla prosecuzione del rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi» (26).

Nella sua originaria formulazione, dunque, la disconnessione veniva espressamente qualificata come “diritto”, solo che in sede di conversione e modifica, il disegno di legge n. 2229 è stato assorbito dal successivo disegno di legge n. 2233 che invece all'art. 16 prevedeva il testo poi divenuto definitivo.

Occorre dunque domandarsi *se* vi siano e *quali* siano le conseguenze dell'elisione del riferimento alla disconnessione quale diritto.

A parere di chi scrive, a dispetto del mancato riferimento al diritto, si tratta di norma imperativa che abbisogna tuttavia di eterointegrazione da parte della contrattazione, non solo e non tanto individuale (come invece è previsto nel corpo della norma, che rinvia espressamente alla contrattazione individuale), bensì collettiva.

(24) Significativamente intitolato *Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale* e poi successivamente assorbito e modificato dal disegno di legge n. 2233. Sul diritto alla disconnessione, così come previsto nel ddl n. 2229 si v. ROTA A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli, 2017, p. 172.

(25) Testo consultabile sul sito <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/46460.pdf>, p. 8.

(26) Testo consultabile sul sito <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/46460.pdf>, p. 10.

È stato inoltre proposto un emendamento, poi ritirato, il quale prevedeva che “è riconosciuto al lavoratore il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. Il ricorso 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”. Si v. la fonte appena citata a p. 155.

Come abbiamo avuto già modo di osservare in merito alla disciplina francese, se il diritto ad essere disconnessi deriva dalla disciplina generale dell'orario di lavoro, è in tale istituto che dobbiamo trovare le risposte a domande causate dall'imprecisione legislativa, *a fortiori* perché l'ordinamento italiano, a differenza di quello francese, contempla come noto alcune norme costituzionali in materia di durata della prestazione e di riposi (all'art. 36, co. 2 e 3, Cost.).

Tali norme «costituiscono un nucleo omogeneo e complessivamente volto a perseguire un medesimo, ancorché composito, fine: garantire la tutela della persona, attraverso la sua salute e la sua vita relazionale, nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato» e costituiscono il fulcro della normativa in materia «proiettandosi nell'insieme in una prospettiva non solo di protezione del lavoratore dall'usura derivante dall'eccessivo lavoro, ma anche di garanzia del cosiddetto tempo di non-lavoro, necessario per il recupero delle sue energie e per la cura dei propri interessi personali» (27).

Gli stessi interessi, a ben vedere, posti a fondamento del rapporto Mettling che concludeva, come visto, con l'invito ad introdurre il *diritto* alla disconnessione.

In tale ottica di tutela, dunque, l'ordinamento costituzionale italiano si spinge ben oltre quello francese (che impone, come detto, una determinazione legislativa dei soli principi fondamentali in materia di diritto del lavoro), prevedendo che “la durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge” (art. 36, co. 2, Cost.); non una fissazione diretta ma una riserva di legge, per evitare da un lato una pre-determinazione della giornata lavorativa per via costituzionale che sarebbe avulsa dalle peculiarità dei vari contesti e attività produttive e, dall'altro, una riserva che permetta al legislatore, attraverso una regolamentazione del “polifunzionale” (28) istituto dell'orario di lavoro, di perseguire obiettivi ulteriori quali, ad esempio, la protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore (29).

(27) Così LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 21-22.

(28) Parla di “polifunzionalità” LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 30.

(29) SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, SCOGNAMIGLIO R. (ricerca diretta da), Franco Angeli, 1978, p. 87 ha evidenziato che “la competenza regolativa della legge sta a rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta entro un limite massimo inderogabile”. Sottolinea ancora LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 29, che “il progressivo spostamento dell'attenzione degli interpreti su due elementi diversi dal limite temporale (giornaliero) e, in particolare, sulle manovre legislative e contrattuali volte, da un lato, a rivalutare la libertà del singolo nella scelta dei propri tempi di lavoro e, dall'altro, ad introdurre strumenti di riorganizzazione e flessibilizzazione temporale

L'art. 19, co. 1, l. n. 81/2017, dunque, a dispetto dell'elisione dal testo del riferimento al "diritto", prevede un diritto i cui titolari sono i lavoratori che si servono di apparecchiature e strumenti tecnologici per rendere la propria prestazione lavorativa.

3.1 Nodi problematici della norma e prospettive *de jure condendo* della disciplina

L'art. 18, co. 1, norma di apertura del Capo II, dispone che per lavoro agile si intende una particolare «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» e pertanto anche se la prestazione lavorativa viene svolta «senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro (e) con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», emerge in primo luogo la necessità di delineare i limiti di utilizzabilità della prestazione del lavoratore subordinato.

Pur in assenza di "precisi vincoli di orario", è chiaro che il tempo che il lavoratore impiega per rispondere ad es. alle mail o per effettuare telefonate per conto del suo superiore debba essere ricompreso proprio nell'orario di lavoro, ancorché formalmente al di fuori dell'orario dedotto in contratto, perché in tale lasso temporale gli è comunque richiesta una prestazione ed è comunque sottoposto al potere direttivo e disciplinare del datore e non può dedicarsi ad altre attività; di conseguenza le ore in disconnessione dovrebbero equivalere almeno (30) alle ore di riposo giornaliero previsto *ex lege* (art. 7, d. lgs. 66/2003), ossia undici ore consecutive.

In questo senso, l'assenza di «precisi vincoli di orario» di cui alla prima parte del co. 1 dell'art. 18, non starebbe a significare che il datore di lavoro possa sollecitare il proprio dipendente a suo piacimento, perché la norma precisa che «la prestazione lavorativa viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli

della prestazione idonei a soddisfare esigenze produttive, rischia di far passare in secondo piano, se non di porre nell'oblio, quello che –non solo nel progetto del costituente, ma anche nella comune sensibilità- è tuttora uno dei profili essenziali di qualsiasi regolamentazione legislativa in materia". A parere di chi scrive, le considerazioni effettuate dall'A. ormai sedici anni fa sono tutt'altro che invecchiate, nel senso che uno studio che si proponga di approfondire il tema dell'orario di lavoro (comprensivo anche dell'orario di non-lavoro) non può che leggere l'intero fenomeno in prospettiva assiologica, tentando sempre di considerare e contemperare l'interesse alla salute psico-fisica del lavoratore con quello opposto di sfruttamento della prestazione lavorativa in modo da recare una *utilitas* per il datore di lavoro.

(30) In quanto ai contratti individuali e collettivi è sempre riservata la possibilità di derogare *in melius* la previsione legale.

limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva».

Se dunque «la tutela del tempo di non-lavoro e della partecipazione dell'individuo alla vita sociale e collettiva (...) costituisce (...) proprio uno degli obiettivi che le garanzie e i limiti costituzionali (...) sono volti a perseguire» (31), il tempo di disconnessione non rientra nell'orario di lavoro ma nel tempo libero, con la conseguenza che il lavoratore non può subire ripercussioni disciplinari dal datore nel caso di mancata risposta alle mail o di mancata ottemperanza alle direttive impartite durante tali ore della giornata.

La qualificazione della disconnessione quale *diritto al tempo libero* non risolve i problemi generati dall'art. 19, co. 1.

In primo luogo la norma non è “completa”, e pur presentando il carattere dell'imperatività, che emerge dall'utilizzo del verbo “individua” (32), necessita di una eterointegrazione da parte dei contratti non solo individuali ma anche *collettivi*, e ciò per una duplice considerazione: in primo luogo, perché in mancanza di una definizione della disconnessione solo la contrattazione collettiva potrà chiarire le conseguenze giuridiche derivanti dalla mancata o non corretta attuazione del precetto legale e, in secondo luogo, perché la prassi sta opportunamente muovendo i suoi primi passi in questo senso.

Con riferimento al primo profilo vi è un'indicazione legislativa che si ricava dal riferimento al rispetto della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale «derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, co. 1).

Ciò comporta un auspicabile ruolo attivo del sindacato nella predeterminazione di accordi nei quali sia contenuta la regolamentazione delle ore di disconnessione, per evitare che si creino situazioni di irragionevoli disparità di trattamento tra lavoratori che svolgono le stesse mansioni, anche perché in difetto di una regolamentazione collettiva sul punto si genererebbero problemi di non poco rilievo.

Supponiamo infatti che manchi un accordo individuale che regolamenti i tempi di disconnessione, accordo imposto dalla norma.

In tale ipotesi si deve ritenere, come già accennato e come meglio si preciserà, che comunque al lavoratore spettino *ex lege* almeno undici ore consecutive di riposo tra una giornata lavorativa e l'altra; questo comporta che dal momento in cui egli termina la sua giornata lavorativa potrebbe

(31) LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, p. 28.

(32) Il legislatore, dunque, non facoltizza le parti in ordine alla previsione della disconnessione, ma ne rende obbligatoria una disciplina sul punto.

eventualmente prestare una sorta di “supplemento della prestazione” (che deve essere retribuita) sino alla undicesima ora precedente l’avvio della giornata lavorativa successiva.

Per il tempo restante dovrebbe essere in disconnessione.

Immaginiamo inoltre un caso ulteriore e supponiamo che l’accordo individuale ci sia, ma non rispetti l’orario predeterminato per legge oppure, ipotesi ancora più complessa, pur prevedendo la disconnessione, questa sia articolata in modo da non assicurarla in concreto, prevedendo ad es. una disconnessione per ore non continuative ma alternate ad ore di connessione.

In queste ipotesi bisogna capire se, ed in che termini, l’accordo individuale sia sindacabile.

Si ritiene che l’accordo individuale di disconnessione sia sindacabile dal lavoratore, che conserverebbe una sorta di *ius poenitendi* nel momento in cui si accerti che le modalità concrete della disconnessione non rispettino la legge (ipotesi più semplice, perché in questo caso potrebbe proporre domanda giudiziale per accertare la violazione normativa) oppure che le modalità operative dell’accordo siano inadeguate ad assicurargli un ristoro psico-fisico che gli consenta di recuperare le proprie energie. Anche in questo secondo caso si configurerebbe a ben vedere una violazione di legge, e non dell’art. 19 della l. n. 81/2017 (perché l’accordo formalmente esiste), bensì dell’art. 2087 c.c., essendo possibile interpretare la disconnessione quale misura preventiva del datore di lavoro per tutelare la personalità fisica e morale del proprio dipendente (33).

(33) «Il controllo della salute dei lavoratori, che rientra tra le misure preventive generalmente imposte, potrebbe acquisire una connotazione ampia, estensibile a rischi non individuati ex ante dal legislatore. Tali misure, infatti, «si prestano ad essere intese come criteri generali dell’intero sistema della sicurezza sul lavoro» (ALBI P., *Art. 2087 c.c. Adempimento degli obblighi di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, 2008, p. 216) e hanno anche la funzione di integrare e interpretare gli obblighi specificamente indicati nel decreto legislativo n. 81/2008, collocandosi «nella logica della massima sicurezza tecnologicamente possibile» che si ricava dall’articolo 2087 c.c. (PASCUCCI P., *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Aras, 2011, p. 148 ss.)”. Così VINCIERI M., *Il controllo della salute dei lavoratori: criticità e spunti comparatistici con Francia e Spagna*, DRI, 2017, 2, p. 435. Si v. inoltre MONTANARI A., *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un’involuzione?*, Europa e diritto privato, 2016, 3, p. 681, il quale precisa che l’art. 2087 c.c. «sancisce il superamento dell’idea del lavoratore-proprietario di energie lavorative -risalente alla locatio operarum del diritto romano- e consacra l’affermazione del diritto del lavoro pone al centro dell’indagine la persona e offre la conferma sul piano normativo della moderna riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso, inteso non più nell’accezione romanistica di strumento per l’esclusiva trasmissione di utilità economiche. Ne consegue l’attribuzione al datore di lavoro non solo dell’obbligo di retribuzione, ma anche di quello di salvaguardare l’integrità fisica e la personalità morale del

Nell'ipotesi in cui dunque l'accordo ci sia ma sia inidoneo a tutelare il lavoratore dall'*invadenza* del datore di lavoro, il primo potrebbe agire in giudizio in via preventiva per impugnare l'accordo (34), e in via successiva qualora il datore di lavoro dovesse irrogargli una sanzione disciplinare per la mancata ottemperanza ad ordini e direttive attraverso il grimaldello fornitoci dall'art. 2087 c.c. (35).

In effetti, come abbiamo già avuto modo di analizzare *infra* l'opzione scelta dal legislatore costituzionale in materia di predeterminazione dell'orario di lavoro giornaliero non è stata neutra: l'affidamento al legislatore del compito di fissare la durata massima della giornata lavorativa presenta una stretta connessione con il perseguimento di un interesse primario e generale che consiste nella garanzia, attraverso una tutela preventiva del lavoratore, alla salute e pertanto «la considerazione del fine sotteso al precetto costituzionale dovrebbe confermare la necessità di adoperare massima prudenza nell'esaltazione del valore dell'individualizzazione degli orari. Infatti, le prospettive di flessibilizzazione in sede contrattuale dell'orario nell'interesse del lavoratore, oltre ad indurre (...) ad un'estrema cautela nel valutare la genuinità e la consapevolezza delle scelte del prestatore, non possono prescindere dal fatto che esigenze protettive volute dalla disposizione costituzionale debbono imporsi, almeno sul piano del singolo rapporto di

lavoratore. E quest'aumento d'intensità non cancella, di certo, la valenza della buona fede quale direttiva di condotta delle parti nell'esecuzione dei diversi obblighi scaturenti dal contratto: la specificazione *ex* art. 2087 non esaurisce lo spettro normativo del precetto specificato, sicché la buona fede favorisce la gemmazione degli obblighi accessori in coerenza con il rapporto cui accedono».

(34) Si potrebbe anche pensare di riservare al lavoratore il potere di agire in giudizio tramite la tutela inibitoria per ottenere un provvedimento del giudice che imponga la cessazione di una condotta illecita e, una volta ottenuto il provvedimento, il lavoratore potrebbe agire contro il suo datore di lavoro inottemperante attraverso la norma di cui all'art. 650 c.p.; sulla tutela inibitoria si v., *ex plurimis*, RAPISARDA SASSON C., *Inibitoria*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, 2013, p. 474 ss., spec. p. 486.

(35) Il cui valore di principio generale dell'ordinamento giuridico è stato affermato anche di recente dalla giurisprudenza. Si v., *ex plurimis*, Cass. 30 giugno 2016, n. 13465, la quale richiamando la sua precedente giurisprudenza ha affermato che «l'osservanza del generico obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro anche l'adozione di misure di sicurezza *innominate* (corsivo ns.), ossia di comportamenti specifici che, pur non dettati dalla legge o altra fonte equiparata, siano suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, dagli standards di sicurezza normalmente osservati o trovino comunque riferimento in altre fonti analoghe». Per un commento alla pronuncia si v. DULIO R., *L'osservanza dell'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro impone l'adozione di misure di sicurezza 'innominate'*, *Diritto & Giustizia*, 2016, 36, p. 74.

lavoro, anche contro la volontà dell'individuo, a salvaguardia del diritto costituzionale indisponibile (...) alla salute» (36).

Se ritenessimo sufficiente un accordo individuale nel quale datore e prestatore di lavoro si accordino sulla disconnessione trascureremmo inevitabilmente il rischio di una indiscriminata apertura alle esigenze delle imprese e non dei lavoratori, risolvendosi la disconnessione nel periodo di inattività del datore di lavoro e non del prestatore, con la conseguenza di rendere disponibile per il legislatore e per i singoli un diritto che invece disponibile non è.

Se invece ritenessimo che il diritto alla disconnessione altro non sia, in fondo, che il tempo di non-lavoro 2.0, con tutte le conseguenze che derivano dal rilievo costituzionale di tale tempo come strumentale rispetto alla tutela di altri beni della persona, allora dovremmo concludere che il diritto si muove già nell'ambito della cornice legale della disciplina sull'orario di lavoro, con la conseguenza che il "tempo di connessione" al di fuori dell'orario di lavoro potrebbe coincidere ad es. con il lavoro supplementare o con quello straordinario, garantendo comunque al lavoratore undici ore consecutive al giorno durante il quale egli ha il diritto di non essere in contatto con il proprio datore di lavoro.

Nell'ambito della cornice legale così predeterminata si colloca inoltre il ruolo dei contratti collettivi.

Il d. lgs. n. 66/2003, come sappiamo, rinvia in più punti ai contratti collettivi per la flessibilizzazione dell'orario giornaliero, settimanale e mensile.

Tale modello di flessibilizzazione, sia pur criticato, come abbiamo visto, è ammesso dalla norma costituzionale, che nonostante la riserva di legge contenuta all'art. 36, co. 2 (37), Cost., non impedisce ai contratti collettivi di intervenire (nell'ambito comunque di una predeterminazione legale delle linee generali) (38) prevedendo limiti di durata più contenuti rispetto a quelli

(36) LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 57-58.

(37) In una sua risalente posizione, dubitava della sussistenza di "una vera e propria riserva di legge" BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, 1965, p. 114.

(38) Ancora LECCESE V., *L'orario di lavoro, cit.*, pp. 59-60 evidenzia che "quel che conta è che sia *la legge* a stabilire, almeno nelle linee generali, le condizioni alle quali tale flessibilità è ammessa e, soprattutto, che *dalla legge* sia pur sempre deducibile un tetto complessivo (eventualmente diversificato, ma) comunque invalicabile dell'orario di lavoro quotidiano. E si deve trattare, ovviamente, di un limite rispettoso delle finalità sottese alla disposizione costituzionale". Si rinvia al testo per gli approfondimenti in merito alla riserva di legge, spec. a p. 61 ss.

disposti dalla legge (derogabilità *in melius*) (39) oppure intervenendo in caso di *supplenza* ad eventuali lacune legislative, come nel caso in esame.

Infatti, alla luce degli obiettivi posti dalla norma costituzionale, nulla impedisce all'autonomia collettiva di intervenire per integrare (40) il precetto legislativo, ma pur sempre nell'ambito di una cornice legale predeterminata, ed è per questo che si ritiene che l'ambito di manovra dell'autonomia privata sia limitata ad uno spazio che intercorre tra le otto e le tredici ore giornaliere (in media), perché comunque l'art. 7, d. lgs. n. 66/2003 impone un riposo di almeno undici ore consecutive al giorno durante le quali il lavoratore sarebbe in disconnessione già prima e a prescindere dalla norma in commento, con la conseguenza che la mancata osservanza della disposizione oltre a porsi in contrasto con le norme costituzionali, potrebbe inoltre generare un contrasto con quanto disposto dall'art. 2087 c.c.

4. Le prime applicazioni della disconnessione

Pur essendo un tema giovane, la disconnessione ha già conosciuto alcune esperienze applicative, anche se sporadiche, di poco precedenti rispetto all'entrata in vigore della l. n. 81/2017; in primo luogo occorre considerare che, sino ad ora, le applicazioni più rilevanti in materia di *smart working* sono state regolamentate per mezzo di accordi collettivi (spesso aziendali), a conferma non solo della rilevanza del fenomeno, ma anche dell'opportunità che simili aspetti della prestazione lavorativa non vengano affidate solo ai singoli bensì all'intervento dei sindacati.

(39) Sul punto il riferimento è *ex plurimis* a SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pp. 87-88, per il quale la riserva di legge contenuta nella norma costituzionale «sta a rappresentare il riconoscimento dell'interesse generale a che la giornata lavorativa (la sua durata) sia contenuta in un limite massimo inderogabile» e precisa che la legge ordinaria «non potrebbe consentire ad essere derogata, ad es. dall'autonomia collettiva, senza porsi in contrasto con il precetto costituzionale». Le considerazioni dell'Autore, pur apparentemente superate dall'entrata in vigore dell'art. 8, l. n. 148/2011 (che consente ai contratti collettivi di prossimità di prevedere deroghe peggiorative alla legge e ai contratti collettivi nazionali), esulano dalla riserva sulla legittimità costituzionale di questa norma (su cui si v. LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.) e non sembrano essere invecchiate, perché nonostante la facoltà derogatoria attribuita ai contratti collettivi «la legge, espressione della volontà generale, non può sottrarsi (a predisporre) un apparato pubblicistico di strumenti e di sanzioni, idonei a garantire l'effettiva osservanza delle sue prescrizioni».

(40) Ciò che invece non è consentito al legislatore è di «spogliarsi dal compito di disciplinare l'oggetto riservato, attribuendolo ad altre fonti, ivi compresa quella negoziale» (LECCESE V., *L'orario di lavoro*, cit., p. 95, nt. 202).

Il primo accordo è quello siglato tra la Barilla e le organizzazioni sindacali il 2 marzo 2015 (41); in tale verbale non si menziona espressamente la disconnessione, ma tra le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa si fa espresso riferimento al «normale orario di lavoro della sede di appartenenza» e si precisa che «durante lo svolgimento dello *Smart working*, nell'ambito del normale orario di lavoro, la persona dovrà rendersi disponibile e contattabile tramite gli strumenti aziendali» (corsivi ns.), a conferma del fatto che, in mancanza di una specificazione legislativa, la disconnessione dovrebbe essere garantita in tutto l'arco temporale che eccede tale orario.

A conferma di quanto detto vi è anche l'accordo Enel del 4 aprile 2017 (42), nel quale vengono precisati alcuni elementi di non poco rilievo: che «il lavoro agile rappresenta una mera variazione del luogo di adempimento della prestazione lavorativa», e non dell'orario di lavoro; che «la giornata in *smart working* è equiparata, a tutti gli effetti di legge e di contratto, ad una giornata di orario normale di lavoro e che il dipendente *durante l'orario di lavoro* (corsivo ns.) è tenuto, tramite gli strumenti tecnologici messi a sua disposizione, ad essere contattabile dal suo responsabile» (43).

Il 7 aprile è stato invece emesso un Decreto presso l'Università dell'Insubria espressamente dedicato alla disconnessione (44); in tale verbale si qualifica espressamente la disconnessione quale diritto a non rispondere a telefonate, e-mail e messaggi provenienti dall'ufficio, applicato in senso tanto verticale bidirezionale (verso i responsabili e viceversa) quanto orizzontale,

(41) Ne sono seguiti molti altri, ad esempio il 6 marzo 2015 è stato stipulato un accordo presso la sede di Torino della General Motors, nel quale al punto g. si chiarisce che nel fruire del modello *Smart working*, i lavoratori devono “nelle ore centrali della giornata, essere raggiungibili telefonicamente o mediante il servizio di messaggistica istantanea aziendale”. Per un elenco aggiornato al 15 giugno 2017 si v. <http://www.fim-cisl.it/smartworking/accordi/>, che riporta anche ulteriori contratti collettivi, quali ad esempio quello sullo *Smart Working* siglato alla Vodafone, nel quale al punto 3.3 si precisa che «il dipendente è tenuto al rispetto dell'orario di lavoro contrattualmente previsto per il proprio inquadramento (...) durante il quale dovrà rendersi disponibile, tramite telefono cellulare e posta elettronica nonché connessione a Lync per la partecipazione attiva alle attività con i colleghi e per ricevere eventuali comunicazioni», ulteriore conferma del fatto che, al di fuori dell'orario di lavoro eseguito in modalità *smart working* il lavoratore è in disconnessione.

(42) http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2017/04/Verbale_di_accordo_-_Smart_Working_4_aprile_2017.pdf

(43) Al punto 1, pag. 2.

(44) <http://www4.uninsubria.it/on-line/home/articolo13821.html>, che ha anche istituito il “Giorno di indipendenza dalle e-mail” ogni tre mesi, ossia il 21 marzo, il 21 giugno, il 21 settembre e il 21 dicembre.

cioè tra colleghi, nella fascia oraria compresa tra le 20.00 e le 7.00 del mattino successivo.

Si fa espressamente riferimento alla disconnessione anche nell'accordo Siemens del 6 giugno 2017, nel quale al punto 1 si è espressamente pattuito che «la connessione alle strumentazioni tecnologiche di lavoro sarà contestuale alle fasce orarie di prestazione lavorativa nell'arco della giornata» (viene confermata anche la media di 40 ore settimanali), con la logica conseguenza che, al di fuori di tale orario, il lavoratore sarà in disconnessione.

In conclusione, si ritiene che nonostante l'imprecisione del dato legislativo la disconnessione, ora espressamente menzionata nei contratti collettivi, ora ricavabile per via interpretativa, non solo vada configurata quale diritto, ma una eterointegrazione del precetto legale per mezzo dei contratti collettivi sia già in corso, in quanto le parti collettive (pur rinviando alcune volte alla pattuizione individuale) si sono rese ben presto conto del fatto che solo l'intervento del sindacato potrebbe essere idoneo a comporre i conflitti derivanti da una disconnessione già esistente ed ora solo legislativamente enunciata.

Bibliografia

- ALBI P., *Art. 2087 c.c. Adempimento degli obblighi di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, 2008, p. 216.
- BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, 1965.
- CRISCIUOLO C., *Il controllo sugli account di posta elettronica e di messaging aziendale*, in RIDL, 2017, p. 284 ss.
- DULIO R., *L'osservanza dell'obbligo di sicurezza a carico del datore di lavoro impone l'adozione di misure di sicurezza 'innominate'*, *Diritto & Giustizia*, 2016, 36, p. 74.
- FENOGLIO A., *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ESI, Napoli, 2012, p. 6.
- GAETA L. - PASCUCCI P., *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.
- KRAUSE R., *"Always-on" - The collapse of the work-life-separation*, Relazione alla quindicesima conferenza di commemorazione al prof. Marco Biagi, *Digital and Smart Work*, Modena, 20-21 marzo 2017.
- LECCESE V., *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, 2001.
- LECCESE V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in DLRI, 2012, p. 479 ss.
- MATHIEU C., *Le droit à la déconnexion: une chimère?*, in *Revue de Droit du Travail*, 2016, Octobre, p. 592 ss.
- METTLING B., *Transformation numérique et vie au travail*, in www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf.
- MONTANARI A., *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, *Europa e diritto privato*, 2016, 3, p. 681.
- MOREL L., *Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique*, LLI, vol. 3, n. 2, p. 3 ss.
- OCCHINO A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010.
- PASCUCCI P., *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Aras, 2011, p. 148 ss.
- PASQUARELLA V., *Work-life balance: esiste un modello italiano di «conciliazione condivisa» dopo il jobs act?*, RIDL, 2017, 1, p. 41 ss.
- POLETTI D., *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei «diritti digitali»*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, p. 9.
- RAPISARDA SASSON C., *Inibitoria*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, IX, 2013, p. 474 ss.
- RAY J. E., *Naissance et avis de décès du droit à la déconnexion, le droit à la vie privée du XXI^{ème} siècle*, *Droit social*, 2002, p. 939.
- ROTA A., *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie, in Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, TULLINI P. (a cura di), Giappichelli, 2017, p. 172.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, SCOGNAMIGLIO R. (ricerca diretta da), Franco Angeli, 1978.
- VINCIERI M., *Il controllo della salute dei lavoratori: criticità e spunti comparatistici con Francia e Spagna*, DRI, 2017, 2, p. 435.