

Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*

Cristina Alessi

1. Premessa	229
2. Disponibilità, reperibilità e orario di lavoro	229
3. Disponibilità, tempi di attesa e contratto di lavoro	237
3.1. Disponibilità e subordinazione	237
3.2. Disponibilità, attesa e lavoro a tempo parziale	240
3.3. Disponibilità, attesa e durata del contratto di lavoro	242

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 123/2011

1. Premessa

Nelle pagine che seguono si svolgeranno alcune considerazioni sul rapporto tra disponibilità e adempimento della prestazione; in particolare, si cercherà di porre in luce quale sia il contenuto della prestazione promessa dal lavoratore nel caso in cui il contratto di lavoro preveda periodi durante i quali il lavoratore non svolge effettivamente la prestazione lavorativa, ma rimane a disposizione del datore di lavoro nell'attesa di essere chiamato per l'esecuzione della stessa. Si tratta, in particolare, delle ipotesi del lavoro intermittente e del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ma anche del contratto di lavoro a tempo parziale con clausole flessibili e/o elastiche. In tutti questi casi, l'impegno del lavoratore al soddisfacimento degli interessi del datore di lavoro comprende anche la disponibilità all'intervento tempestivo e/o alla variazione della collocazione della propria prestazione, con una riduzione, di entità variabile a seconda delle tipologie contrattuali, della libera disponibilità del tempo non occupato dall'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa.

Una questione diversa, ma collegata a quella appena esposta, attiene alla qualificazione del periodo di tempo intercorrente tra una prestazione e l'altra nelle tipologie di lavoro ad orario ridotto (come il *part-time* verticale e lo stesso contratto di lavoro intermittente), a prescindere dalla posizione di obbligo o meno del lavoratore di mantenersi a disposizione del datore di lavoro. Di tale questione si è occupata recentemente la Corte di Giustizia, come si avrà modo di vedere, e, in tempi meno recenti, la nostra Corte costituzionale, adottando soluzioni talvolta in contrasto con le stesse previsioni di legge in materia.

2. Disponibilità, reperibilità e orario di lavoro

La reintroduzione del contratto di lavoro intermittente avvenuta con la L. n. 133/2008⁶⁵⁰, a prescindere dalle valutazioni critiche sulla portata dell'istituto⁶⁵¹, ripropone questioni già sollevate in dottrina, a partire dall'inquadramento sistematico del contratto⁶⁵² e, per quanto interessa in questa sede, circa la qualificazione del periodo di disponibilità del lavoratore. Questo problema si pone anche per la somministrazione a tempo indeterminato⁶⁵³, in relazione al periodo di intervallo tra una missione e l'altra, durante il quale il lavoratore resta in attesa della chiamata del datore di lavoro.

⁶⁵⁰ Il contratto di lavoro intermittente è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con il D. Lgs. n. 276/2003; successivamente, la L. n. 247/2007, di attuazione del Protocollo sul welfare, ha abrogato l'intera disciplina dell'istituto, che è stata ripristinata pochi mesi più tardi dal D.L. 112/2008, convertito nella L. 133/2008 (art. 39, c. 11).

⁶⁵¹ Si v., in proposito, T. TREU, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 14 ss. In dottrina si è discusso, tra l'altro, della conformità della disciplina del lavoro a chiamata alle indicazioni della Corte costituzionale: si v., ad esempio, R. ROMEI, *Commento agli artt. 33-40*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, 414 ss.

⁶⁵² Una delle questioni più rilevanti è la riconducibilità del contratto di lavoro intermittente al *part-time* ovvero la sua configurabilità come tipo contrattuale a sé stante. In questa seconda prospettiva si pongono V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, RIDL, 2005, II, 779 ss.; R. ROMEI, op. cit., 418 ss.; nel senso della riconducibilità al *part-time*, invece, U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, LD, 2004, 27; A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in ID. (cur.), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2004, 136 ss.

⁶⁵³ La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato ha seguito la stessa sorte del lavoro intermittente: dopo essere stata abrogata dalla L. n. 247/2007, è stata reintrodotta dal D. L. 112/2008, conv. nella L. n. 133/2008.

Sul punto si tornerà più avanti; per il momento, è importante sottolineare come gli interventi normativi più recenti in materia di rapporti di lavoro atipici vadano nella direzione di una progressiva perdita di controllo dei lavoratori sul tempo non occupato dall'esecuzione della prestazione lavorativa⁶⁵⁴ in funzione della realizzazione degli interessi del datore di lavoro⁶⁵⁵. L'introduzione cioè, in aggiunta agli obblighi strettamente collegati all'esecuzione della prestazione lavorativa, di obblighi di "tenersi a disposizione" per la chiamata del datore di lavoro in modo da poter intervenire tempestivamente, incidono in maniera consistente sulla libera disponibilità del tempo di non lavoro da parte del lavoratore⁶⁵⁶. Questa osservazione vale senza dubbio per il lavoro intermittente, almeno per la tipologia con obbligo di risposta alla chiamata⁶⁵⁷, e per la somministrazione a tempo indeterminato, ma può essere riproposta anche per il lavoro a tempo parziale con clausole di flessibilità o di elasticità della prestazione. Una simile tendenza è solo parzialmente controbilanciata dal rilievo della volontarietà dell'accesso alle richiamate tipologie contrattuali, come si è segnalato in altra sede⁶⁵⁸.

In tutti questi casi la disponibilità alla chiamata rientra nel dovuto contrattuale in funzione della realizzazione dell'interesse del lavoratore alla tempestività dell'intervento del lavoratore per il soddisfacimento delle esigenze dell'impresa⁶⁵⁹, cioè l'interesse ad utilizzare la quantità di forza lavoro strettamente necessaria per la produzione di un bene o l'erogazione di un servizio in un dato arco temporale. Da questo punto di vista, la disponibilità del lavoratore costituisce oggetto di un obbligo accessorio/integrativo dell'esecuzione della prestazione lavorativa⁶⁶⁰, il cui corretto adempimento verrà valutato alla stessa stregua dell'adempimento dell'obbligo principale. Se è consentita una digressione sul punto, è opportuno chiarire che il *proprium* del contratto di lavoro intermittente consiste, come si deduce chiaramente dalla norma definitoria della fattispecie, nel fatto che il lavoratore "si pone a disposizione di un datore di lavoro, che ne può utilizzare la prestazione" (art. 33, comma 1, D. Lgs. n. 276/2003) e ciò sia che si tratti della tipologia con obbligo di risposta alla chiamata, per la quale è prevista la corresponsione dell'indennità di disponibilità, sia nell'ipotesi in cui il lavoratore non assuma detto obbligo, ai sensi dell'art. 36, comma 6. La

⁶⁵⁴ È preferibile non utilizzare, anche per le ragioni che verranno illustrate nel prosieguo, la locuzione "tempo libero", che presuppone l'assenza di costrizione in ordine alla gestione del tempo. Sul punto si v. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*; G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Milano, Giuffrè, 2005, 285 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari, Cacucci, 2008, spec. 218 ss.

⁶⁵⁵ Per il *part-time*, ad esempio, il giudizio è diffuso. Si v., tra gli altri, T. TREU, *Diritto del lavoro: discontinuità e interdipendenze*, ADL, 2005, 33 ss.; L. CALAFÀ, *Part-time*, di prossima pubblicazione in M. BROLLO, a cura di, *Mercato del lavoro*, in F. CARINCI - M. PERSIANI (dir.), *Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, 2011, 8 (datt.); M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, LG, 2004, 252 ss.;

⁶⁵⁶ In tal senso si v., tra i molti, R. VOZA, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. CURZIO (cur.), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, 349 ss.

⁶⁵⁷ Com'è noto, nel contratto di lavoro intermittente l'obbligo di risposta alla chiamata del datore di lavoro può essere escluso ai sensi dell'art. 36, c. 6, D. Lgs. n. 276/2003. Là dove invece detto obbligo sia contrattualmente previsto, invero, la sua inosservanza apre la strada alla risoluzione del contratto, alla restituzione dell'indennità di disponibilità e finanche al risarcimento dei danni. Sul punto si v. D. GOTTARDI, *Sub artt. 34, 35 e 36*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (curr.), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, 479 ss.

⁶⁵⁸ C. ALESSI, *Lavori ad orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro*, in L. GUAGLIANONE - F. MALZANI (curr.), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi e tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007, 255 ss.

⁶⁵⁹ In tal senso A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (cur.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, Giappichelli, 2004, 416 ss.; R. ROMEO, *op. cit.*, 414 ss.

⁶⁶⁰ In questo senso si v. A. OCCHINO, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, cit., spec. 199 ss.

differenza tra le due tipologie contrattuali, insomma, non risiede tanto nel “porsi a disposizione”⁶⁶¹, quanto nell’assunzione dell’obbligo di rispondere positivamente alla chiamata del datore di lavoro, compensato con il riconoscimento dell’indennità di disponibilità⁶⁶². Nel caso in cui il lavoratore non assuma detto obbligo, gli interessi delle parti sono posti esattamente sullo stesso piano, al punto che al lavoratore è attribuita la possibilità di rispondere negativamente alla chiamata senza alcuna conseguenza di natura disciplinare o economica, mentre il datore di lavoro si accolla il rischio della risposta negativa del lavoratore, a fronte del “risparmio” dell’indennità di disponibilità. Sulla questione si tornerà più avanti; si può però fin d’ora segnalare che in questa prospettiva all’assenza dell’obbligo in parola non si può attribuire un rilievo tale da escludere in radice la possibilità di riconoscere la natura subordinata del rapporto di lavoro⁶⁶³; la qualificazione della prestazione resa dal lavoratore dovrà essere svolta senza considerare detto elemento come indice negativo della subordinazione, proprio perché è la stessa previsione legale a consentire di escluderlo⁶⁶⁴.

Tornando alla questione che ci si è proposti di trattare in questo paragrafo, è opportuno chiedersi, a questo punto, data per scontata la retribuitività dell’obbligo di rispondere alla chiamata, espressamente prevista dalla legge, se il periodo di disponibilità possa computarsi nell’orario di lavoro e, in caso affermativo, quali possano esserne le conseguenze sulla determinazione di tutti gli istituti contrattuali che sono calcolati con riferimento alla durata della prestazione: si pensi, ad esempio, alla determinazione dell’orario massimo di lavoro, del periodo feriale e del comparto, tanto per citare alcuni dei problemi analizzati dalla giurisprudenza.

Di questi profili si è occupata la Corte di giustizia comunitaria in due celeberrime sentenze⁶⁶⁵, poi riprese dalla successiva giurisprudenza della medesima Corte⁶⁶⁶. Com’è noto, la questione si è

⁶⁶¹ La dottrina prevalente sembra invece valorizzare questa distinzione ai fini dell’inquadramento sistematico delle due tipologie contrattuali. Si v. P. BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *ADL*, 2005, 567 ss., che ricostruisce il contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta come contratto normativo; si v. anche R. VOZA, op. cit., 365 ss.; in senso contrario, condivisibilmente, R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, *GL*, 2004, 15 ss.

⁶⁶² Così G. PELLACANI, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, *MGL*, 2003, 513 ss.

⁶⁶³ Come sembrano fare F. LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie “lavoro subordinato”*, in F. CARINCI - M. MISCIONE (curr.), *Il diritto del lavoro dal «Libro Bianco» al Disegno di legge delega 2002*, Milano, Ipsoa, 2002, 89 ss.; E. BASENGHI, *Co.co.co., lavoro a chiamata, occasionale e job sharing*, *GLav*, 2003, n. 10, 34.

⁶⁶⁴ È proprio questa previsione a differenziare la *querelle* relativa alla natura subordinata o autonoma del lavoro intermittente da quella sul lavoro dei c.d. *pony express*. In quel caso la Cassazione ha ritenuto rilevante, ai fini dell’esclusione della natura subordinata del rapporto di lavoro, la possibilità per il lavoratore di non rispondere alla chiamata del datore di lavoro, in un contesto però nel quale risultavano deboli anche gli altri tradizionali indicatori della subordinazione. Si v. Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, *RGL*, 1992, II, 505 ss. con nota di A. CHIACCHIERONI. Alcune sentenze di merito, invece, più correttamente, sottolineano come “le modalità in cui si manifesta la subordinazione (...) possono variare in relazione al tipo di prestazione convenuta, il che giustifica il loro diverso atteggiarsi rispetto alle nuove figure che vanno emergendo nel settore terziario”: così, ad es., Pret. Torino 12 febbraio 1996, in *RIDL*, 1997, II, 290 ss., con nota di L. ZANOTELLI, *Il caso dei pony express ancora al centro della disputa sul metodo della qualificazione dei rapporti di lavoro*. Più recentemente, la giurisprudenza di legittimità pare orientata a svalutare l’elemento della subordinazione in senso stretto in presenza delle ipotesi di subordinazione c.d. “attenuata”, cioè delle fattispecie che si caratterizzano per lo scarso rilievo dell’eterodirezione ai fini della qualificazione, “in ragione della peculiarità delle mansioni e del relativo atteggiarsi del rapporto”: così Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, in *D&G*, 2010. Si v. anche Cass. 14 maggio 2009, n. 11207, *LG*, 2009, 1051.

⁶⁶⁵ C. Giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *SIMAP*, *FI*, 2000, IV, 12 ss.; C. Giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, *LG*, 2003, 1126, con nota di A. ALLAMPRESE.

⁶⁶⁶ Si v. ad esempio C. Giust. 1 dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, in *Foro It.*, 2006, IV, c. 215, con nota di G. RICCI, sui dipendenti di centri medico sociali e C. Giust. 14 luglio 2005 (ord.), C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg*, *Foro It.*, 2006, IV, 216, in materia di

posta per le attività per le quali è previsto un regime di disponibilità o di reperibilità in relazione alla nozione di orario di lavoro adottata dalla direttiva 93/104/CE (ora dir. 2003/88/CE) secondo la quale deve ritenersi orario di lavoro ogni periodo in cui il lavoratore è “al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni”, nozione ripresa nei medesimi termini dalla nostra legislazione⁶⁶⁷. In quelle sentenze, la Corte giunge al risultato di escludere totalmente dalla nozione di orario di lavoro il periodo di reperibilità dei lavoratori qualora ad esso non si accompagni la presenza sul luogo di lavoro. Secondo la Corte, infatti, in quel caso i lavoratori “pur essendo a disposizione del loro datore di lavoro, in quanto devono poter essere raggiungibili, tuttavia (...) possono gestire il lavoro tempo in modo più libero e dedicarsi ai propri interessi, sicché solo il tempo relativo alla prestazione effettiva (...) dev’essere considerato orario di lavoro ai sensi della direttiva 93/104”⁶⁶⁸. Il periodo di disponibilità in regime di presenza fisica sul luogo di lavoro deve essere, al contrario, integralmente calcolato nell’orario di lavoro, non potendosi neppure adottare un criterio di calcolo che ne riduca proporzionalmente l’incidenza sul totale complessivo di ore lavorate⁶⁶⁹.

La soluzione adottata dalla Corte, tuttavia, si presta ad alcune obiezioni. La netta alternativa tra disponibilità e reperibilità, l’una ricompresa integralmente nell’orario di lavoro e l’altra totalmente esclusa, è discutibile anche a volersi porre nella prospettiva della Corte di giustizia, cioè dal punto di vista della possibilità del lavoratore di godere liberamente del tempo di non lavoro. Si può osservare, infatti, che il lavoratore in regime di reperibilità, sia pure senza obbligo di presenza sul luogo di lavoro, non ha affatto la piena disponibilità del tempo non occupato dalla prestazione, dovendosi adoperare per essere in grado di rispondere alla chiamata del datore di lavoro⁶⁷⁰. Certamente, rispetto al lavoratore tenuto a restare sul posto di lavoro, il sacrificio delle proprie esigenze di vita è minore, ma non assente. Il tempo della reperibilità, insomma, non è “libero”, ma soggetto al potere del datore di lavoro in ragione degli interessi dell’attività produttiva⁶⁷¹.

In secondo luogo, si può discutere proprio il fatto che, come sembra sottintendere la Corte di giustizia nelle sentenze richiamate, per essere “al lavoro” o “nell’esercizio delle proprie attività o

orario di lavoro dei vigili del fuoco, con nota di R. COSIO, *L’orario di lavoro tra Corte di giustizia e legislatore comunitario: un dialogo tra sordi*.

⁶⁶⁷ Si v. l’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 66/2003. Sull’interpretazione della previsione si vv., tra gli altri, V. LECCESE, *Commento all’art. 1*, in M. NAPOLI (cur.), *L’orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria. Commentario al D. Lgs. n. 66/2003, NLCC*, 2004, 1234 ss.; G. RICCI, op. cit., spec. 292 ss.

⁶⁶⁸ Così testualmente la sentenza 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, cit., punto 51, sulla scorta di quanto deciso nella sentenza SIMAP.

⁶⁶⁹ È quanto si ricava dalla sentenza *Dellas*, cit. a nota 666, che ha censurato la normativa francese in base alla quale i servizi di guardia in regime di presenza sul posto di lavoro venivano computati nell’orario di lavoro solo parzialmente, secondo un meccanismo di ponderazione che teneva conto dei periodi di inattività connessi a detti servizi. In tal modo, si legge nella sentenza, ai lavoratori interessati poteva essere imposto un orario complessivo tale da raggiungere o addirittura superare 60 ore settimanali (punti 54 ss. della sentenza).

⁶⁷⁰ In tal senso si v. V. FERRANTE, op. cit., 236 ss.; M. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, RIDL, 2008, I, 106 ss.; *contra*, per la valorizzazione della posizione della Corte di giustizia, M. VITALETTI, *La «messa a disposizione» del lavoratore. Tre «significati» a confronto tra contratto di lavoro intermittente e contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato*, RIDL, 2009, 607 ss.

⁶⁷¹ Da questo punto di vista si può condividere la ricostruzione del tempo di disponibilità o reperibilità come *tertium genus* tra orario di lavoro e orario di riposo, sostenuta da M. FERRARESI, op. cit., 92 ss.

delle proprie funzioni”, secondo la definizione della direttiva 2003/88/CE, sia necessario essere presenti sul posto di lavoro. A prescindere dall’ovvia osservazione per cui l’esecuzione della prestazione può avvenire al di fuori dei locali dell’impresa, ciò che preme sottolineare in questa sede è che l’adempimento della prestazione dedotta in contratto deve essere riguardato sotto il profilo della realizzazione dell’interesse del datore di lavoro, a prescindere dalla presenza fisica nel luogo di lavoro e finanche dallo svolgimento effettivo della prestazione dedotta in contratto. Da questo punto di vista anche il periodo di reperibilità può considerarsi rientrante nell’orario di lavoro proprio perché esso arreca al datore di lavoro un’utilità⁶⁷² ovvero perché, secondo una diversa impostazione, si tratta di un tempo soggetto al potere creditorio⁶⁷³, con corrispettivo sacrificio, sia pure parziale, delle esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro, valorizzate da una celeberrima sentenza della Corte costituzionale in materia di *part-time*⁶⁷⁴, con alcune affermazioni di principio che possono essere riproposte anche per il rapporto di lavoro a tempo pieno⁶⁷⁵.

La distinzione tra reperibilità e disponibilità sostenuta dalla Corte di giustizia, come è stato osservato⁶⁷⁶, sembra fondarsi esclusivamente sulle esigenze di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori che hanno giustificato l’emanazione della direttiva 93/104/CE⁶⁷⁷ (ora 2003/88/CE); sotto questo profilo, infatti, il tempo di reperibilità trascorso al di fuori del posto di lavoro è sembrato alla Corte in qualche misura ininfluenza rispetto a dette esigenze. Eppure, la stessa Corte ha avuto modo di valorizzare l’effettività del diritto al riposo in relazione alle ferie, precisando che detta effettività viene meno non solo quando le ferie vengono godute in un periodo successivo alla loro maturazione, ma anche quando la retribuzione feriale non è corrisposta durante il periodo di godimento⁶⁷⁸. Quest’ultima precisazione evidenzia un profilo diverso da quello attinente

⁶⁷² Cfr. V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008, 247, secondo il quale “la nozione di orario di lavoro deve collegarsi alla utilità che la prestazione arreca al datore: nell’ambito di un contratto che disciplina lo scambio tra professionalità e retribuzione, è solo l’apporto utile che vale come prestazione”.

⁶⁷³ È la ricostruzione di V. BAVARO, *Il tempo ...*, op. cit., 221 ss.

⁶⁷⁴ Il riferimento è a C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, *Giur. It.*, 1993, I, 1, 277, con nota di M. Brollo.

⁶⁷⁵ Cfr. V. FERRANTE, op. cit., 179 ss., che segnala come la conclusione cui giunge la Corte costituzionale “non rimane priva di conseguenze nelle ipotesi di rapporti a tempo pieno, poiché, anche con riguardo a questi, l’identità del bene oggetto di tutela impone di riconoscere (...) un diritto del lavoratore al controllo sul proprio tempo in conseguenza della sussistenza di un interesse patrimoniale a lui riconosciuto dall’ordinamento”. Nella prospettiva assunta dall’A., pienamente condivisibile, “il diritto ad un equo salario è finalizzato a garantire al lavoratore una quantità di tempo, libero da impegni di lavoro, sufficiente per potergli consentire di concorrere al progresso della società (art. 4 Cost.), di partecipare alla vita politica (art. 49 Cost.), di esercitare il culto (art. 19 Cost.) o di svolgere funzioni di educazione della prole (art. 30 Cost.) o, alla fin fine, per potersi riposare senza preoccupazioni”. Valorizza la portata generale della sentenza della Corte anche A. OCCHINO, op. cit., 202. In giurisprudenza, per un’apertura in questo senso si v. Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, *RIDL*, 2008, II, 825 ss., con nota di G. BOLEGO.

⁶⁷⁶ Cfr. M. FERRARESI, op. cit., 102 ss.

⁶⁷⁷ Com’è noto, la direttiva 93/104/CE è stata emanata utilizzando come base giuridica l’art. 118A del Trattato CE, che consentiva l’adozione a maggioranza qualificata dei provvedimenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori. La scelta, funzionale ad “aggiungere” l’*opting out* della Gran Bretagna in materia di politica sociale, è stata contestata dalla stessa Gran Bretagna con un ricorso alla Corte di giustizia, respinto quasi integralmente con la sentenza 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito vs Consiglio*, *RCDL*, 1997, 473 ss., con nota di A. GUARISO. Sulla vicenda si v. G. RICCI, op. cit., 145 ss.; sia consentito il rinvio anche a C. ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di giustizia*, *DRI*, 1997, 125 ss.

⁶⁷⁸ La Corte di giustizia comunitaria si è occupata della questione delle ferie in diverse sentenze, affermando sempre il principio dell’effettività del diritto alla fruizione del riposo annuale, come espressione di un principio particolarmente importante del diritto comunitario. Si v. C. Giust. 26 giugno 2001, C-173/99, *Bectu*, *LG*, 2001, 1141 ss., con nota di L. TESTA; C. Giust. 18 marzo 2004, C-342/01, *Merino Gomez*, *FI*, 2004, IV, 229 ss.; C. Giust. 6 aprile 2006, C-124/05, e C. Giust. 16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, *C. D. Robinson-Steele*, *ADL*, 2006, 1333 ss., con nota di V. BAVARO.

alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, guardando più alle questioni legate alla piena libertà e, perfino, alla serenità del godimento del tempo di non lavoro; da questo punto di vista, si può rilevare che esiste uno stretto collegamento tra il controllo sul tempo di lavoro e la stessa dignità della persona, come evidenziato dalla dottrina⁶⁷⁹. Per non dire, poi, che la stessa Corte di giustizia ha affermato con la stessa forza il principio dell'effettività del diritto al riposo giornaliero e settimanale, censurando la normativa inglese che non consentiva, in alcuni casi, di verificarne la fruizione da parte del lavoratore⁶⁸⁰.

L'adozione dell'ottica della salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori impedisce, come si è accennato, alla Corte di giustizia di individuare una zona grigia o un *tertium genus*⁶⁸¹ tra tempo di lavoro e tempo di riposo, ai fini della determinazione dei limiti massimi dell'orario di lavoro. Questa prospettiva, da un lato, rende evidenti i limiti di un intervento comunitario fondato su una base giuridica diversa da quella che sarebbe stata più opportuna, data la portata della previsioni della direttiva 2003/88/CE e, dall'altro, sembrerebbe legittimare l'invasione del tempo libero del lavoratore da parte del potere datoriale ben oltre il tempo di lavoro contrattualmente previsto. Non è un caso, invero, che sulla questione si sia aperto un conflitto all'interno delle stesse istituzioni comunitarie⁶⁸², conflitto non ancora risolto⁶⁸³.

Una soluzione alla complessa questione potrebbe derivare dall'accoglimento dell'idea di considerare il tempo di reperibilità sia ai fini del computo dell'orario di lavoro che ai fini della retribuzione, attraverso un riproporzionamento che tenga conto del sacrificio del tempo di non lavoro patito

⁶⁷⁹ In questo senso si v. G. RICCI, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata*, *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2010, 151 ss., che, in riferimento all'art. 36 Cost., segnala come "il diritto al «giusto tempo» diviene non solamente funzionale alla tradizionale finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore, ma più complessivamente della sua «personalità» nel rapporto di lavoro, ivi incluso appunto il rispetto della sua dignità" (156).

⁶⁸⁰ C. Giust. 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione vs UK*, *NGL*, 2006, 846 ss., che sottolinea come le linee guida emanate dal *Department of Trade and Industry* per chiarire il significato del *Working Time Regulations* 1998 "lasciando intendere che, pur se non possono impedire che i lavoratori prendano tali periodi di riposo, i datori di lavoro non hanno alcun obbligo di fare in modo che i lavoratori siano effettivamente in grado di esercitare siffatto diritto (...) sono chiaramente idonee a svuotare di contenuto i diritti sanciti dagli artt. 3 e 5 della detta direttiva e non sono conformi allo scopo di quest'ultima, che considera i periodi minimi di riposo indispensabili per la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori" (punto 44 della sentenza).

⁶⁸¹ La definizione è adottata da parte della dottrina: si v., ad es., M. FERRARESI, op. cit., *passim*. Esclude invece la possibilità di individuare un *tertium genus* di tempo, alla luce della disciplina interna dell'orario di lavoro, come interpretata dalla Corte di Giustizia, G. BOLEGO, *Finalità e definizioni*, in V. LECCESE (cur.), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, 2004, 73 ss.; anche V. FERRANTE, op. cit., 237, secondo il quale alla suddetta definizione "non pare potersi attribuire però altro significato se non quello di una definizione di tipo sociologico o filosofico, priva di un più preciso contenuto giuridico, poiché (...) manca una disciplina comune da applicare a tutte le ipotesi che si vogliono far rientrare nella fattispecie".

⁶⁸² Ne dà conto R. COSIO, op. cit., 219 ss.

⁶⁸³ La questione della revisione della direttiva 2003/88/CE è stata di recente oggetto di una nuova comunicazione della Commissione UE in seguito alla consultazione delle parti sociali a livello comunitario: si v. *Reviewing the Working Time Directive*. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, 21 dicembre 2010, COM (2010) 810 final. La comunicazione accoglie la posizione fatta propria dalla Corte di giustizia in *SIMAP* e *Jaeger* per i periodi di disponibilità sul luogo di lavoro, ma propone di introdurre una deroga quanto al computo di detti periodi per alcuni settori di attività e ferma restando la fissazione di tetti massimi settimanali. Per quanto attiene invece ai periodi di reperibilità senza obbligo di presenza nel luogo di lavoro, la Comunicazione anche in questo caso adotta la posizione espressa dalla Corte in *SIMAP*, ma propone di lasciare alla legislazione nazionale e/o alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre un regime più favorevole.

dal lavoratore durante il periodo in cui può essere richiamato al lavoro, secondo il modello francese descritto nel caso *Dellas*⁶⁸⁴. Una simile posizione era stata suggerita alla Corte dall'avvocato generale nelle conclusioni formulate per il caso *SIMAP*, poi disattese nella sentenza, là dove proponeva di escludere la reperibilità dalla nozione di "periodo di riposo", richiedendo che al lavoratore fosse garantito il riposo minimo di 11 ore una volta terminato il periodo di reperibilità⁶⁸⁵. Tale conclusione è condivisibile anche alla luce della considerazione per cui, tra l'altro, continuare ad escludere la reperibilità dal computo dell'orario di lavoro, equiparandola in tutto e per tutto al riposo, potrebbe avere il paradossale effetto di limitare in maniera drastica la libera fruizione del tempo di non lavoro da parte del dipendente; si pensi ad una reperibilità che sia estesa, ad esempio, a tutto il periodo di ferie⁶⁸⁶.

Si può dunque consentire con la dottrina che afferma che la reperibilità, alla fine, è parte di "un regime peculiare dell'orario di lavoro entro un rapporto di lavoro che ha per oggetto la relativa prestazione lavorativa", e pertanto considerarsi "pur sempre riconducibile ad una estensione della disciplina dell'orario"⁶⁸⁷. Sembra dunque potersi dire che, dal punto di vista della incidenza sulla libertà di gestione del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa, reperibilità e disponibilità, nel senso indicato dalla Corte di giustizia differiscano soltanto per intensità, il che può condurre a trattamenti differenziati tanto dal punto di vista retributivo quanto sotto il profilo della ricomprensione nel computo dell'orario di lavoro⁶⁸⁸, ma non a confinare uno di essi nel limbo dell'irrelevanza giuridica.

Nel nostro ordinamento, del resto, a favore di una simile conclusione militano diverse considerazioni. Anzitutto si deve ricordare la giurisprudenza sulle clausole elastiche nella disciplina del *part-time* prima della riforma di cui al D. Lgs. n. 61/2000; in quella giurisprudenza, in particolare, la maggiorazione retributiva riconosciuta al lavoratore che avesse operato sulla base di una clausola elastica (ritenuta peraltro radicalmente nulla, secondo il prevalente orientamento della Cassazione) era espressamente rivolta a compensare la perdita della disponibilità del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa, oltre al fatto che il datore di lavoro poteva in tal modo disporre

⁶⁸⁴ C. Giust. 1 dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, cit., sistema che tuttavia sembra applicarsi, ancora una volta, al solo regime di disponibilità e non a quello di reperibilità.

⁶⁸⁵ Secondo l'avv. Generale SAGGIO, in particolare, non è possibile "considerare orario di riposo il tempo in cui il lavoratore è in regime di reperibilità e non esercita alcuna attività lavorativa. In effetti, la circostanza che il lavoratore reperibile non possa comunque avere la disponibilità totale e assoluta del proprio tempo rende infondata una interpretazione delle norme in esame che conduca a includere i periodi di reperibilità nell'orario di riposo" (punto 38 delle conclusioni).

⁶⁸⁶ Si v. ancora M. FERRARESI, op. cit., 110 ss., che pone in evidenza come l'obbligo di reperibilità del lavoratore possa assumere un carattere fortemente limitativo della libertà del lavoratore, costringendolo a restare in un ambito territoriale prossimo al luogo di lavoro, in modo da intervenire tempestivamente, quando non a risiedere in un luogo indicato dal datore di lavoro.

⁶⁸⁷ Così A. OCCHINO, op. cit., 203, che tuttavia distingue la reperibilità intesa nel senso sopra indicato dalla disponibilità, "la quale si dà quando lo stare a disposizione è oggetto del contratto di lavoro subordinato"; secondo l'A. "solo in tal caso questo tempo di stare a disposizione può dirsi propriamente terzo o *tertium genus*".

⁶⁸⁸ La stessa Corte di giustizia, in un'ordinanza più recente, ammette la possibilità di trattare diversamente dall'orario ordinario, ai soli fini retributivi, il periodo di disponibilità sul posto di lavoro. Si v. C. Giust. 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorel*, in *D&L*, 2007, 369 ss., con nota di G. PAGANUZZI. Sul punto si v. Anche le osservazioni di M. FERRARESI, op. cit., 109 ss. e A. OCCHINO, op. cit., 207.

di una prestazione anche qualitativamente più funzionale alle esigenze dell'impresa⁶⁸⁹. La giurisprudenza ora ricordata, in definitiva, giungeva a parametrare la retribuzione non solo al lavoro svolto, ma anche al tempo durante il quale il lavoratore doveva tenersi a disposizione del datore di lavoro; tale disponibilità, anche se non poteva essere parificata al lavoro effettivo, aveva avuto infatti "incidenza (...) sulla possibilità di svolgere altre attività economicamente redditizie"⁶⁹⁰.

A bene vedere, la *ratio* sottesa alle previsioni vigenti in tema di clausole flessibili ed elastiche nel *part-time*⁶⁹¹, di indennità di disponibilità nel lavoro somministrato a tempo indeterminato e nel contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata è esattamente quella richiamata dalla giurisprudenza ora citata: la compensazione, attraverso un'indennità avente natura retributiva⁶⁹² o attraverso riposi aggiuntivi, del sacrificio del tempo non occupato dalla prestazione lavorativa e messo a disposizione del datore di lavoro per finalità organizzative. Proprio in questo risiede la differenza rispetto alla ipotesi in cui il lavoratore, pur essendo in una situazione di attesa o di quiescenza del rapporto, non è soggetto al potere di chiamata del datore di lavoro, come nel caso del lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità e nel *part-time* verticale⁶⁹³. Nel lavoro intermittente per periodi predeterminati, infine, l'erogazione dell'indennità di disponibilità solo nei casi di effettiva chiamata può essere spiegata ancora una volta con il minore sacrificio del tempo libero che in quel caso è subito dal lavoratore⁶⁹⁴. In altre parole, in tutti i casi in cui, oltre alla prestazione dell'attività lavorativa, il lavoratore si impegna a restare a disposizione del datore di lavoro vi è una dilatazione del tempo di lavoro, inteso quale assoggettamento del lavoratore al potere creditorio, che richiede una valutazione sia in termini retributivi, sia dal punto di vista dell'incidenza dei periodi di disponibilità nella determinazione dell'orario di lavoro

⁶⁸⁹ La giurisprudenza, nel vigore dell'art. 5, D. Lgs. n. 863/84 e dopo la pronuncia della C. cost. n. 210 del 1992, considera nulle le clausole elastiche; per il periodo durante il quale il rapporto di lavoro ha comunque avuto esecuzione sulla base della clausola illegittima, secondo detto orientamento, "la disponibilità alla chiamata del datore di lavoro, di fatto richiesta al lavoratore, pur non potendo essere equiparata a lavoro effettivo, deve comunque trovare adeguato compenso, tenendo conto di come quella disponibilità abbia avuto in concreto incidenza sulla possibilità di attendere ad altre attività redditizie, di quale sia stato il tempo di preavviso previsto o di fatto osservato per la richiesta di lavoro "a comando", dell'eventuale quantità di lavoro predeterminata in maniera fissa e della possibile convenienza dello stesso lavoratore a concordare di volta in volta le modalità della prestazione": in tal senso Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, *RIDL*, 1997, II, 748 ss., con nota di A. BOLLANI, *Nuovi orientamenti della Cassazione in tema di clausole elastiche nel part-time*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁶⁹⁰ Sempre Cass. 17 marzo 1997, n. 2340, cit.

⁶⁹¹ Com'è noto, l'art. 3, comma 7, del D. Lgs. n. 61/2000 prevede che l'esercizio da parte del datore di lavoro "del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa" comporti, tra l'altro, il diritto a specifiche compensazioni, secondo le previsioni dei contratti collettivi. Sul significato della previsione dopo le modifiche introdotte dall'art. 46 del D. Lgs. 276/2003 si v., per tutti, R. DEL PUNTA, *Lavoro a tempo parziale*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, 469 ss.; sull'assetto risultante dalle modifiche introdotte dalla L. 247/2007 e dalla L. 133/2008 si v. V. FERRANTE, voce: *Lavoro a tempo parziale*, *EGT*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 2009, vol. XVIII; P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore*, *RIDL*, 2010, I, 551 ss.; e L. CALAFA, *Part time*, cit., 22 (datt.).

⁶⁹² In dottrina si discute della natura retributiva o meno dell'indennità di disponibilità. Per il lavoro intermittente, si v. A. PERULLI, op. cit., 147 ss.; D. GOTTARDI, op. cit., 487 ss.; P. BELLOCCHI, Sub art. 36, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (curr.), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Padova, 2007, 548 ss.; R. ROMEI, op. cit., 426 ss.; per la somministrazione a tempo indeterminato si v. L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (curr.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2004, 311 ss.; F. BANO, Sub art. 22, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (curr.), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 346 ss.

⁶⁹³ Sul rilievo dei periodi di attesa ai fini della determinazione della durata del rapporto di lavoro si v. *infra*.

⁶⁹⁴ P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 613, rileva che in questo caso la previsione non si differenzia da quella in materia di *part-time* con clausola elastica o flessibile, nel quale "il compenso per la disponibilità è dovuto solo se il lavoratore è chiamato dal datore ad eseguire la prestazione lavorativa eccedente o con turno diverso".

e dei limiti massimi di esso⁶⁹⁵. Questo, naturalmente, non può che avere ripercussioni anche sul computo degli istituti calcolati sulla base dell'orario di lavoro, quali anzitutto il periodo di riposo, ma anche le ferie o il lavoro straordinario, per fare alcuni esempi. Una simile soluzione ben potrebbe conciliarsi anche con le recenti proposte comunitarie, che sembrano andare nella direzione di lasciare alle legislazioni nazionali e alla contrattazione collettiva la regolazione delle ipotesi in parola⁶⁹⁶. Del resto, che i periodi di disponibilità o di attesa debbano rientrare nel calcolo dell'orario di lavoro quando possano essere considerati tempi soggetti al potere creditorio non è una novità nel nostro ordinamento, basti pensare all'interpretazione giurisprudenziale relativa ai lavori discontinui o di semplice attesa e custodia di cui all'art. 3 del R.D.L. n. 692/1923⁶⁹⁷ e al tempo dedicato alle attività preparatorie e complementari⁶⁹⁸.

3. Disponibilità, tempi di attesa e contratto di lavoro

3.1. Disponibilità e subordinazione

La questione della disponibilità può essere riguardata anche sotto il profilo dell'incidenza della stessa sulla nozione di lavoro subordinato⁶⁹⁹. Il problema si è posto, com'è noto, soprattutto in relazione al lavoro intermittente ed in particolare per la tipologia senza obbligo di risposta alla chiamata. In questa ipotesi, infatti, secondo parte della dottrina, non potrebbe ravvisarsi la subordinazione del lavoratore proprio per l'assenza di soggezione all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro⁷⁰⁰; la possibilità di rispondere negativamente alla chiamata del datore di lavoro, in quest'ottica, dovrebbe essere ricostruita come indice dell'autonomia del prestatore di lavoro, similmente a quanto la giurisprudenza aveva affermato in occasione della controversa vicenda dei c.d. *pony express*⁷⁰¹.

Una simile posizione, tuttavia, mostra di non tenere in debito conto la particolare struttura del contratto, che presenta certamente alcune peculiarità, ma non tali da escluderlo a priori dalla nozione di lavoro subordinato. In primo luogo, è opportuno ricostruire in maniera unitaria la fat-

⁶⁹⁵ Questo pare anche il senso della proposta di G. RICCI, *Il diritto alla limitazione...*, cit., 203, che denuncia l'insufficienza dell'approccio basato sulla compensazione esclusivamente economica per il sacrificio richiesto dal lavoratore con orario flessibile, sostenendo la necessità di un "moderno approccio, calibrato sul costo umano della flessibilità/disponibilità nella dimensione temporale della prestazione di lavoro".

⁶⁹⁶ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione del 21 dicembre 2010, cit. a nota 683.

⁶⁹⁷ Si v., nella giurisprudenza recente, Cass. 2 marzo 2009, n. 5023, *MGI*, 2009, 3, 363, per la questione relativa ai periodi di inattività temporanea dei conducenti di autotreni. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali precedenti al D. lgs. n. 66/2003 si v. V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari, 2001, 303 ss.; G. RICCI, *Tempi di lavoro...*, cit., 426 ss.

⁶⁹⁸ Una delle questioni più controverse ha riguardato il c.d. "tempo tuta", cioè il periodo dedicato dal lavoratore alla vestizione degli indumenti richiesti dall'attività lavorativa. La giurisprudenza ha ricompreso tale periodo di tempo nell'orario di lavoro quando l'attività in parola "debba essere eseguita nell'ambito della disciplina d'impresa e sia autonomamente esigibile dal datore di lavoro": in tal senso si v. Cass. 10 settembre 2010, n. 19358, *MGI*, 2010, 9, 1224; Cass. 22 luglio 2008, n. 20179, *LPO*, 2008, 262 ss., con nota di R. COCCIA; Cass. 14 aprile 1999, n. 3763, *FI*, 1999, I, 3610 ss., con nota di G. RICCI; nella giurisprudenza di merito si v. Trib. Milano 5 aprile 2006, *RCDL*, 2006, 855 ss., con nota di R.M. PARIS.

⁶⁹⁹ Si v., ad esempio, lo studio di G. BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, *RIDL*, 2005, I, 114.

⁷⁰⁰ In tal senso F. LUNARDON, op. cit., 89 ss.; F. BASENGHI, op. cit., 34 ss.;

⁷⁰¹ Si v. la giurisprudenza citata a nota 664.

tipologia contrattuale in parola, riconoscendo, con la dottrina maggioritaria, che l'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata rappresenta, in realtà, non il *proprium*, ma un elemento *eventuale* del contratto, al quale è collegata l'erogazione dell'indennità di disponibilità e la cui inosservanza può essere sanzionata secondo le previsioni di cui all'art. 36, D. Lgs. n. 276/2003. È bene infatti non confondere il "porsi a disposizione" di cui all'art. 33, D. Lgs. n. 276/2003 con l'assunzione dell'obbligo di rispondere alla chiamata: il contratto di lavoro intermittente, insomma, consente di acquisire "la disponibilità funzionale del lavoratore alle esigenze di organizzazione del datore di lavoro"⁷⁰², sia pure subordinandola alla effettiva accettazione della chiamata⁷⁰³. Il contratto di lavoro intermittente, anche senza obbligo di risposta, ha insomma la stessa funzione di acquisizione di una professionalità utile all'attività produttiva che ha il contratto di lavoro subordinato *tout court*⁷⁰⁴, con la sola particolarità legata alla possibilità del lavoratore di rifiutare la prestazione di volta in volta richiesta dal datore di lavoro⁷⁰⁵. Per le ragioni appena esposte, appare criticabile l'orientamento giurisprudenziale, precedente al D. lgs. n. 276/2003, che faceva discendere la natura subordinata o meno di prestazioni intermittenti proprio dall'obbligo o meno di risposta positiva alla chiamata⁷⁰⁶, con ciò arrivando al paradossale effetto di escludere la subordinazione in contratti aventi ad oggetto prestazioni lavorative che la stessa giurisprudenza è tornata, qualche anno più tardi, a considerare quasi paradigmatiche⁷⁰⁷.

La natura subordinata o meno del rapporto di lavoro andrà, insomma, valutata secondo i consueti

⁷⁰² In tal senso F. BACCHINI, *Il lavoro intermittente a chiamata o «job on call»*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 239.

⁷⁰³ Così, condivisibilmente, R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 15, che sottolinea come questa fattispecie "sembra anzi essere l'intelaiatura minimale dello schema negoziale, da cui scaturisce, d'altra parte, un effetto giuridico tipico: la facoltà del datore di lavoro di utilizzare quando vuole il dipendente nell'ambito di un contratto di lavoro già acceso una volta per tutte". In senso analogo si v. V. BAVARO, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. GHEZZI (cur.), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 224 ss.

⁷⁰⁴ Sia consentito sul punto il rinvio a C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. 81 ss.

⁷⁰⁵ In tal senso, condivisibilmente, L. DE ANGELIS, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, *ADL*, 2004, 885 ss., che rileva come nel contratto senza obbligo di risposta alla chiamata, in realtà, l'obbligo di disponibilità, che sussiste in entrambe le ipotesi, abbia solo un'intensità minore. In questa prospettiva, il lavoratore potrà giustificare la mancata risposta positiva in termini molto più ampi di quelli previsti per la tipologia con obbligo di risposta (qui 891). In senso diverso M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, *DLRI*, 2004, 595, secondo il quale "se il lavoratore stipula un contratto senza obbligo di risposta vuol dire che acconsente solo alla formazione da parte del datore di lavoro di una lista di aspiranti ad essere assunti con un contratto a termine, quando il bisogno si manifesta e se il lavoratore accetterà". In realtà, la differenza con la posizione qui sostenuta risiede solo nel fatto che, nell'ottica dell'A., ad ogni chiamata dovrebbe corrispondere la stipulazione di un contratto a termine, con le relative formalità, mentre il contratto di lavoro intermittente fornisce già una cornice all'interno della quale si inserisce la prestazione lavorativa di volta in volta oggetto di uno scambio di consensi tra le parti.

⁷⁰⁶ Si v. ad esempio Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, *RIDL*, 2004, II, 293 ss., con nota critica di M. VINCIGI, *Sulla qualificazione del c.d. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità a carico del lavoratore*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁷⁰⁷ Si v. Cass. 7 gennaio 2009, n. 58, *FI*, 2009, I, 1744, che sottolinea, esattamente, come il vincolo della subordinazione non abbia "tra i suoi tratti caratteristici ed indefettibili la permanenza dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro". Secondo la Cassazione, tra l'altro, la Corte d'Appello non aveva spiegato "come sia possibile lavorare quale cameriere in un ristorante senza coordinamento con i colleghi e libero dalle direttive del datore, ad esempio quanto all'uniformità dell'abbigliamento o alla distribuzione dei tavoli o all'orario di lavoro". La sentenza riprende una posizione già assunta in Cass. 10 luglio 1999, n. 1171, *GI*, 2000, 1171, con nota di M.L. BELLINI. Con riferimento al lavoro dei magazzinieri si v. Cass. 1 agosto 2008, n. 21031, *RCDL*, 2008, 956 ss., con nota di S. HUGÉ.

canoni, guardando cioè alle modalità di svolgimento della prestazione nell'ipotesi in cui il lavoratore accetti la chiamata del datore di lavoro⁷⁰⁸. Per la tipologia contrattuale in esame si potrà parlare, tuttalpiù, di subordinazione "attenuata", come fa la Cassazione più recente in relazione ad alcune attività⁷⁰⁹, per il fatto che il lavoratore può scegliere di non adempiere. Questa caratteristica del contratto, a ben vedere, è l'unica che giustifica l'assenza di retribuzione per i periodi di mancato svolgimento della prestazione e che, pertanto, potrebbe forse farlo ritenere conforme alle indicazioni di cui alla sentenza della Corte costituzionale del 1992, che aveva escluso l'ammissibilità di un contratto di lavoro dal quale possa "derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *"ad libitum"*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall'attività lavorativa"⁷¹⁰ (sul punto si v. *infra*). Il lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, infatti, consente al lavoratore di gestire il proprio tempo di non lavoro, valutando volta per volta la convenienza dell'adesione o meno alla richiesta del datore di lavoro. Da questo punto di vista, la similitudine più corretta pare essere quella che vede nel contratto in parola una sorta di *part-time* verticale con facoltà unilaterale di chiamata⁷¹¹, il che, come si vedrà in seguito, pone però alcuni problemi in ordine alla determinazione della durata del rapporto di lavoro.

Lo stesso discorso vale, di conseguenza, per il contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata; anche in questa ipotesi la natura subordinata della prestazione non può essere ricavata unicamente dalla presenza dell'obbligo in parola, ma (anche) dalle modalità di svolgimento della prestazione, tenendo presente che "l'attesa remunerata è pur sempre funzionale ad un *facere*", come in ogni contratto di lavoro subordinato⁷¹². Nella valutazione complessiva dell'assetto dato dalle parti al rapporto di lavoro, certamente l'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata potrà assumere un peso importante, ma non si può escludere che un simile

⁷⁰⁸ In tal senso si v. A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. MAGNANI - P.A. VARESI (cur.), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2004, 426 ss.; M.G. MATTAROLO, *Definizioni e tipologie*, in M. BROLLO - M.G. MATTAROLO - L. MENGHINI (curr.), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, 12; G. PELLACANI, op. cit., 514 ss., che però sembra far dipendere il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro dalla continuità dell'attività prestata.

⁷⁰⁹ La giurisprudenza di legittimità più recente sembra svalutare il classico elemento dell'eterodirezione in senso stretto in tutte le ipotesi in cui, per la peculiarità delle mansioni o per il particolare atteggiarsi del rapporto di lavoro "l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile". In questi casi, sempre secondo detto orientamento, occorre "fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale, elementi che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione": così Cass. 19 aprile 2010, n. 9252, *MGC*, 2010, 4, 561; si v. anche Cass. 30 marzo 2010, n. 7681, *RCDL*, 2010, 476 ss., con nota di I. MAZZURANA.

⁷¹⁰ Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. La citazione è una di quelle più valorizzate dalla dottrina per sostenere che le clausole di flessibilità della prestazione avrebbero potuto essere pattuite anche dopo la pronuncia della Consulta, purché all'interno, per l'appunto, di coordinate temporali predeterminate. In tal senso si v. P. ICHINO, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte costituzionale*, *RIDL*, 1992, II, 731 ss.

⁷¹¹ Così R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 14, pur escludendo che il contratto di lavoro intermittente possa essere ricondotto al *part-time*, come del resto è sostenuto dalla dottrina assolutamente maggioritaria.

⁷¹² Così M. NAPOLI, op. cit., 595; nello stesso senso G. BONI, op. cit., 129.

obbligo venga inquadrato in una fattispecie diversa dal lavoro subordinato: si pensi ad un contratto che abbia ad oggetto il servizio di manutenzione di macchinari o impianti che preveda l'impegno del manutentore ad attivarsi in un lasso di tempo determinato nel contratto medesimo.

3.2. Disponibilità, attesa e lavoro a tempo parziale

Qualche cenno merita anche la questione della riconducibilità del lavoro intermittente al *part-time*, generalmente negata dalla dottrina sulla base del fatto che il contratto di lavoro *de quo* non pare prevedere un minimo di attività lavorativa⁷¹³. L'affermazione, sostenuta anche da una discutibile sentenza della Corte di giustizia⁷¹⁴, si fonda principalmente sulla presunta differenza tra l'oggetto del contratto di lavoro intermittente, che secondo la dottrina sarebbe individuabile esclusivamente nello "stare a disposizione", senza alcuna certezza in ordine allo stesso *an* della prestazione di attività, e quello di lavoro a tempo parziale (ma anche a tempo pieno), in cui la prestazione lavorativa è certa nell'*an*, ma può subire modifiche rispetto al *quantum* e al *quo-modo*⁷¹⁵. Una simile ricostruzione, tuttavia, risulta criticabile per diversi motivi. In primo luogo, l'idea che l'oggetto del contratto di lavoro intermittente sia esclusivamente lo stare a disposizione è contraddetta, a tacer d'altro, dalla lettera della legge, che collega la disponibilità allo svolgimento della prestazione lavorativa "nei limiti di cui all'art. 34". E l'art. 34 stabilisce espressamente che il contratto di lavoro intermittente "può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente". Ciò dovrebbe bastare per far concludere che la disponibilità (sia essa con o senza obbligo di risposta alla chiamata) è funzionale allo svolgimento della prestazione lavorativa, la cui determinazione nell'entità e nella collocazione temporale è collegata all'insorgenza delle esigenze individuate dai contratti collettivi⁷¹⁶. La possibilità che il lavoratore non venga mai chiamato a svolgere l'attività non appartiene alla fisiologia, ma alla patologia della suddetta figura contrattuale; alla luce di queste considerazioni, tra l'altro, si potrebbe ritenere che, a fronte del sopravvenire delle esigenze individuate dal contratto collettivo e richiamate nel contratto individuale, in capo al lavoratore maturi una legittima aspettativa, se non addirittura il diritto⁷¹⁷, ad essere chiamato per svolgere la prestazione. Correlativamente, la totale indisponibilità del lavoratore alla chiamata, anche nel caso di assenza dell'obbligo di risposta, può giustificare il licenziamento del lavoratore⁷¹⁸. A ragionare diversamente, ritenendo cioè sia la chiamata

⁷¹³ In questo senso V. BAVARO, *Lavoro a chiamata...*, cit., spec. 779; P.E. MERLINO, *Una figura innovativa di rapporto di lavoro. Il contratto di lavoro intermittente*, RIDL, 2007, I, 191 ss.

⁷¹⁴ Il riferimento è a C. Giust. 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, in MGL, 2005, 176 ss., con nota di L. CORAZZA. Sulle questioni aperte dalla sentenza si v. M. MILITELLO, *Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, DLM, 2005, 661 ss. Si v. anche L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (curr.), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI - G.A. BENACCHIO (dirr.), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2009, 346 ss.

⁷¹⁵ Così R. VOZA, op. cit., 349 ss.; si vv. anche F. BACCHINI, op. cit., 234; M.G. MATTAROLO, op. cit., 15.

⁷¹⁶ Oltre agli AA. citati alla nota 63, si vv. anche R. ROMEI, op. cit., 412 ss.; A. PERULLI, op. cit., 138, che osserva: "il debitore non esegue interamente la sua prestazione solo tenendosi a disposizione del creditore con la semplice e continua attitudine all'offerta di *operae*, bensì obbligandosi ad un comportamento che consenta in ogni momento l'organizzabilità della propria prestazione, *sub specie* di risposta alla chiamata presso l'impresa".

⁷¹⁷ Sulla nozione di aspettativa nel diritto del lavoro si v. A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, spec. 55 ss.

⁷¹⁸ L'obiezione secondo cui il licenziamento non sarebbe neppure necessario, essendo sufficiente non chiamare il lavoratore (pare questa la posizione di P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 609) può essere superata alla luce delle considerazioni appena svolte sull'obbligo per il datore di lavoro di chiamare il lavoratore in occasione dell'insorgenza delle esigenze individuate nel contratto.

del datore di lavoro che la prestazione del lavoratore prive di qualsivoglia vincolatività si rischia davvero di confinare il contratto nell'area della nullità, perché le prestazioni di entrambe le parti sarebbero soggette a condizioni meramente potestative⁷¹⁹. Il contratto di lavoro intermittente, come gli altri rapporti caratterizzati da un'alternanza tra periodi lavorati e periodi di attesa /disponibilità, dunque, è *strutturalmente* un contratto a tempo parziale⁷²⁰, perché l'alternanza tra periodi lavorati e periodi di disponibilità è il tratto caratterizzante di questa particolare tipologia contrattuale⁷²¹. Certo, l'equivalenza funzionale con il *part-time*⁷²² potrà non essere particolarmente rilevante dal punto di vista, ad esempio, della disciplina applicabile, dato che il lavoro intermittente è dotato di una disciplina autonoma rispetto al primo per quasi tutti i profili; tuttavia, non si può escludere che detta equivalenza possa venire in considerazione in riferimento ad aspetti non regolati o di dubbia legittimità.

Da questo angolo visuale, una prima questione riguarda la conformità del contratto *de quo* con le previsioni costituzionali, ed in particolare con l'art. 36 Cost., quanto meno nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale nella celeberrima sentenza del 1992⁷²³. Sul punto la dottrina prevalente sembra orientata a ritenere che la questione possa porsi tuttora⁷²⁴, ma che essa debba essere risolta esclusivamente attraverso la quantificazione dell'indennità di disponibilità, almeno per quanto riguarda il contratto con obbligo di risposta alla chiamata. In altre parole, il sacrificio della libera fruizione del tempo di non lavoro potrebbe essere giustificato dalla percezione di un'indennità conforme al principio di sufficienza di cui all'art. 36 Cost.⁷²⁵. In quest'ottica, però, la libera disponibilità del tempo di non lavoro viene in considerazione solo nella sua funzione di permettere al lavoratore di conseguire, con una pluralità di rapporti di lavoro, la retribuzione sufficiente a realizzare un'esistenza libera e dignitosa, funzione certamente valorizzata in uno dei passaggi della sentenza della Corte, ma non nel senso di escludere la rilevanza degli altri interessi

⁷¹⁹ Come ritiene P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, RGL, 2003, 905; nello stesso senso U. ROMAGNOLI, op. cit., 29. Del resto, lo stesso V. BAVARO, *Lavoro a chiamata...*, cit., 781, sottolinea che "un contratto che non prevede obblighi è un contratto senza *ubi consistam*, privo com'è della relazione obbligatoria fra creditore e debitore" e aggiunge che "occorre valorizzare la lettera della norma e riconoscere che il contratto di lavoro intermittente *obbliga* il lavoratore a stare a disposizione per essere utilizzato in prestazioni discontinue; ciò costituisce un tipo contrattuale perfetto, con creditore, debitore, causa ed oggetto".

⁷²⁰ Si condivide sul punto l'osservazione di M. MAGNANI, *I lavori flessibili*, ADL, 2006, 31 ss., secondo la quale "moduli lavorativi quali il lavoro temporaneo, il *part-time* verticale, nonché le nuove figure del lavoro intermittente e del lavoro ripartito celano sotto un'apparente veste di continuità occupazionale una prestazione lavorativa che si configura invece, in sé, strutturalmente discontinua, nel complesso caratterizzata da un ridotto monte orario lavorativo e, quindi, da un minore importo di reddito" (qui 37-38).

⁷²¹ Non è accettabile, da questo punto di vista, l'obiezione di chi ritiene che il contratto di lavoro intermittente non possa essere assimilato al *part-time* flessibile perché il lavoratore potrebbe essere chiamato a lavorare a tempo pieno: si v. R. VOZA, op. cit., 350. Se l'utilizzo dell'attività lavorativa a tempo pieno è limitato ad un periodo di tempo determinato, tale utilizzo corrisponde alla struttura del contratto in parola e non risulta molto diverso dal *part time* verticale; in caso contrario, si tratta di un utilizzo improprio, se non in frode alla legge, e pertanto il lavoratore potrà eventualmente chiedere al giudice di accertare la reale qualificazione del contratto intercorso tra le parti.

⁷²² Per questa conclusione si v. R. DEL PUNTA, *Riforma Biagi...*, cit., 14; U. ROMAGNOLI, op. cit., 27.

⁷²³ C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit.

⁷²⁴ U. ROMAGNOLI, op. cit., 27; Ritiene invece che la sentenza della Corte costituzionale sia "rispettata alla lettera" dalle previsioni in materia di lavoro intermittente P. BELLOCCHI, *Le aporie...*, cit., 613.

⁷²⁵ In tal senso si v. A. LEVI, *Contratto di lavoro intermittente e disponibilità del lavoratore*, DL, 2006, 386 ss.; A. PERULLI, op. cit., 147 ss. sottolinea come in forza di tale principio l'indennità vada commisurata anche alla professionalità del lavoratore; D. GOTTARDI, op. cit., 489; G. PELLACANI, op. cit., 518 ss., sia pure in senso dubitativo.

alla cui soddisfazione è finalizzata la suddetta disponibilità⁷²⁶. La lettura che la Corte dà della funzione del tempo di non lavoro è collegata anche allo svolgimento della personalità del lavoratore; in tal senso il tempo libero deve essere inteso come “tempo garantito alla persona del lavoratore per lo svolgimento libero della sua personalità, cioè elemento costitutivo della dignità della persona, in esercizio, se vorrà, delle sue libertà costituzionali”⁷²⁷. Se è così, però, la monetizzazione, quand’anche nella misura richiesta dall’art. 36 Cost., non può bastare⁷²⁸; è necessario che il tempo della disponibilità del lavoratore venga considerato ai fini della delimitazione complessiva del suo impegno temporale, in modo che vi siano spazi sottratti al potere di chiamata del datore di lavoro. Come si è detto, poi, il tempo della disponibilità, dovrebbe entrare, sia pure parametrato all’effettivo sacrificio del tempo libero, nel computo degli istituti collegati alla prestazione dell’attività lavorativa, come le ferie⁷²⁹. La conclusione qui sostenuta vale, naturalmente, per tutte le ipotesi in cui allo svolgimento effettivo della prestazione si accompagnino periodi di disponibilità/reperibilità del lavoratore, come nella somministrazione a tempo indeterminato, ma anche nel *part time* con clausola flessibile o elastica. Anche in questa ipotesi, infatti, l’incidenza del potere datoriale di modificare la collocazione temporale o la durata della prestazione sul tempo non occupato dalla prestazione lavorativa sulla libera fruizione del tempo di non lavoro è innegabile; a questa conclusione, del resto, era giunta pacificamente la giurisprudenza pre riforma.

3.3. Disponibilità, attesa e durata del contratto di lavoro

Un’ultima questione merita di essere trattata, non foss’altro perché su di essa si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia comunitaria su un caso riguardante la disciplina previdenziale italiana del *part time* verticale, ma con argomentazioni suscettibili di avere una portata ben più ampia. Il problema è quello del computo dei periodi di intervallo tra una prestazione lavorativa e l’altra, a prescindere dalla situazione di disponibilità alla chiamata del lavoratore ovvero di mera attesa, ai fini della determinazione della durata del rapporto di lavoro.

⁷²⁶ C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, cit. In effetti, la Corte segnala, richiamando l’orientamento della Corte di Cassazione, che il *part time* “lascia al prestatore d’opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d’opera, deve essere salvaguardata, anche all’ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a realizzare un’esistenza libera e dignitosa”, ma poi ricorda che “sarebbe inoltre certamente lesivo della libertà del lavoratore che da un contratto di lavoro subordinato potesse derivare un suo assoggettamento ad un potere di chiamata esercitabile, non già entro coordinate temporali contrattualmente predeterminate od oggettivamente predeterminabili, ma *ad libitum*, con soppressione, quindi, di qualunque spazio di libera disponibilità del proprio tempo di vita, compreso quello non impegnato dall’attività lavorativa”. È proprio in questo punto che si trova la considerazione della Corte della rilevanza di interessi diversi da quelli collegati alla percezione di una retribuzione sufficiente. Su questa lettura della sentenza della Corte sia consentito il rinvio a C. ALESSI, *Part time e job sharing*, *QDLRI*, 1995, 121 ss.

⁷²⁷ Così A. OCCHINO, *Il tempo libero...*, cit., 21. Parla di “diritto al riposo” come “vero e proprio diritto assoluto, ossia un diritto inerente alla sfera della tutela della personalità del lavoratore in quanto essere umano” R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina delle ferie*, in V. LECCESE (cur.), *L’orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Milano, Ipsoa, 2004, 379.

⁷²⁸ Che il tempo di riposo non possa essere sostituito *sic et simpliciter* dalla relativa compensazione economica sembra possa ricavarsi anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla frazionabilità del periodo feriale, che sottolinea come l’interesse del lavoratore alla fruizione effettiva delle ferie permanga anche dopo la scadenza del periodo di riferimento. Si v. Corte Giust. 6 aprile 2006, C-124/05, *FNV, RIDL*, 2006, II, 503, con nota di G. RICCI, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di “non monetizzabilità secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Per la questione del diritto al risarcimento in forma specifica della lesione del diritto alle ferie si v. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina...*, cit., 391 ss.

⁷²⁹ In tal senso si v. anche R. VOZA, op. cit., 364, il quale esattamente osserva che l’applicazione al lavoratore intermittente della regola *pro rata temporis* non tiene in debito conto “la penosità della disponibilità offerta dal lavoratore a chiamata”.

Per comprendere meglio i termini della questione, è opportuno partire proprio dalla cennata pronuncia della Corte di giustizia, che ha ritenuto contraria alla direttiva 97/81/CE la normativa italiana in materia pensionistica che, nel caso di *part-time* verticale c.d. ciclico, considera utili ai fini del conseguimento dell'anzianità contributiva necessaria ai fini dell'accesso alle prestazioni previdenziali i soli periodi effettivamente lavorati, escludendo dunque i periodi di sospensione dell'attività⁷³⁰. La Corte ha fondato la sua decisione sull'applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 4 della Direttiva 97/81/CE, ritenendo, in particolare, che "l'anzianità contributiva utile ai fini della determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione" debba essere calcolata "per il lavoratore a tempo parziale come se egli avesse occupato un posto a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati" (punto 66 della sentenza)⁷³¹. Nella sua giurisprudenza precedente, del resto, la Corte di Giustizia aveva sostenuto che benché spesso l'anzianità di servizio possa fondare legittimamente un differente trattamento dei lavoratori *part-time* rispetto ai lavoratori a tempo pieno, tuttavia è possibile dimostrare che essa non sia idonea, in alcuni casi, a tal fine. Con riferimento all'anzianità di servizio necessaria per l'accesso ad una superiore qualificazione, la Corte ha sostenuto che "l'obiettività di un siffatto criterio dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni svolte e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro effettuate"⁷³². Come si è avuto modo di osservare nel commento alla sentenza, ora la Corte fa un ulteriore passo in avanti, là dove afferma che il lavoro a tempo parziale di tipo verticale deve considerarsi, quanto alla durata, equivalente ad un rapporto di lavoro a tempo pieno tutte le volte che il decorso del tempo venga in considerazione *di per sé*, a prescindere cioè dallo svolgimento effettivo dell'attività lavorativa⁷³³.

La pronuncia citata può avere un impatto più ampio di quello immediato (peraltro non trascurabile⁷³⁴), sia perché l'enunciato principio è suscettibile di essere applicato a tutte le tipologie contrattuali in cui vi sia un'alternanza di periodi di lavoro e di periodi di non lavoro, sia perché la

⁷³⁰ Corte Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini vs INPS, DPL*, n. 48 (inserto), XIV (s.m.), con nota di M. AIMO e D. IZZI; *DLM*, 2010, 485 (s.m.), con nota di R. SANTUCCI, "Blow up" del divieto di discriminazione nella disciplina del part time, 486 ss. La sentenza è di prossima pubblicazione anche in *RCDL*, 2010, 4, con nota di C. ALESSI, *La Corte di Giustizia e il part-time verticale* e in *RGL*, 2011, con nota di M. ALTIMARI, *Part time verticale e disciplina previdenziale INPS: la Corte di Giustizia amplia la nozione di retribuzione*.

⁷³¹ La sentenza, per poter applicare il principio di parità di trattamento, ha dovuto affrontare alcuni nodi problematici di non poco conto, primo fra tutti l'inclusione nella nozione di retribuzione delle prestazioni pensionistiche erogate dall'INPS. Si tratta di una conclusione discutibile, ma che non è particolarmente rilevante nell'economia del presente lavoro. Per la disanima delle questioni accennate si rinvia dunque ai commenti citati alla nota precedente.

⁷³² C. Giust. 10 marzo 2005, C-196/02, *Nikoloudi*, *Racc.*, 2005, I-1789 ss.; si v. anche C. Giust. 3 ottobre 2006, C-17/05, *Cadman*, in *Racc.*, 2006, I-9583 ss., spec. punti 33 ss. in motivazione; ma già C. Giust. 7 febbraio 1991, C-184/89, *Nimz*, in *Racc.*, 1991, p. I-319 e in *RIDPC*, 1993, 463 ss., con nota di G. BURRAGATO; Corte Giust. 2 ottobre 1997, C-100/95, *Kording*, in *Racc.*, 1997, I-5289; per l'applicazione del medesimo principio anche al contratto di *job sharing* si v. Corte Giust. 17 giugno 1998, C-243/95, *Hill-Stapleton*, in *RGL*, 1999, II, 533 ss., con nota di D. MEROLLA. Sia consentito il rinvio anche a C. ALESSI, *Lavoro a tempo parziale, job sharing e discriminazioni indirette*, *DRI*, 1999, 235 ss.

⁷³³ C. ALESSI, *La Corte di giustizia...*, cit.

⁷³⁴ L'applicazione della sentenza imporrà di rivedere i criteri di calcolo dell'anzianità contributiva attualmente applicati ai lavoratori assunti con un *part-time* verticale, peraltro già criticati dalla dottrina: si vv., tra gli altri, F. RAVELLI, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, 2007, 34 ss.; S. RENGÀ, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *LD*, 2005, p. 60 ss.; P. BOZZAO, *Le questioni di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, *LD*, 2010, 399 ss.

questione non si pone solo per l'accesso alle prestazioni pensionistiche, ma per tutte le ipotesi in cui il calcolo di un istituto è necessario riferirsi alla durata del rapporto di lavoro.

Quanto al primo profilo, il criterio utilizzato dalla Corte di giustizia può essere tranquillamente riferito, oltre che al *part-time* verticale, al lavoro intermittente, al lavoro somministrato a tempo indeterminato e anche al lavoro ripartito, là dove si ponga una simile questione⁷³⁵. In tutti questi casi, infatti, i periodi non lavorati "discendono dalla normale esecuzione" dei suddetti contratti, e non dalla loro sospensione⁷³⁶. Viene qui in considerazione, insomma, il concetto di durata del rapporto contrattuale, utilizzato dalla dottrina anche ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato⁷³⁷, che secondo la Corte prescinde dall'articolazione dell'orario di lavoro.

Le pause *fisiologiche* tra una prestazione e l'altra, quelle cioè che corrispondano alla particolarità della struttura contrattuale, devono essere computate dunque ai fini della determinazione della durata complessiva del rapporto di lavoro, non potendo essere considerate, come avevano cercato di sostenere l'INPS e il Governo italiano⁷³⁸, periodi di sospensione del rapporto di lavoro. Su questo punto, la posizione della Corte di giustizia appare in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana in relazione all'annosa questione della spettanza dell'indennità di disoccupazione per i periodi non lavorati nel contratto *part-time* verticale⁷³⁹. In quella sentenza, la Corte aveva osservato che nel rapporto di lavoro a tempo parziale verticale, a differenza di quanto avviene per il lavoro stagionale, "il rapporto «prosegue» anche durante il periodo di sosta, pur con la sospensione delle corrispettive prestazioni, in attesa dell'inizio della nuova fase lavorativa"⁷⁴⁰. È proprio su questo punto che le posizioni delle due Corti sembrano concordi; mentre però nel caso dell'indennità di disoccupazione tale affermazione era servita ad escluderne la spettanza per i lavoratori a *part-time* verticale⁷⁴¹, nel caso analizzato dalla Corte di giustizia è servita a parificare il trattamento di questi ultimi con quello di cui godono i lavoratori a tempo pieno, quantomeno

⁷³⁵ Per il lavoro ripartito la questione potrebbe porsi ove i due coobbligati dividessero tra loro l'orario di lavoro non su base giornaliera, ma settimanale, mensile o annuale, ad esempio. Sul punto si v. A. ALLAMPRESE, *La forma del contratto e gli obblighi di comunicazione*, in M. BROLLO - M.G. MATTAROLO - L. MENGhini (curr.), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Milano, 2004, 95; L. CALAFÀ, Voce: «Job sharing» (*contratto di lavoro a prestazioni ripartite*), *DDP comm, Aggiornamento*, Torino, 2003, 549 ss.

⁷³⁶ C. Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, cit., punto 72.

⁷³⁷ Sul punto si v. le considerazioni di A. OCCHINO, *Il tempo libero*, cit., 178 ss.

⁷³⁸ C. Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, cit., punto 70: "l'INPS e il governo italiano hanno dichiarato, all'udienza, che il contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale ciclico viene considerato, nel diritto italiano, come sospeso durante i periodi non lavorati".

⁷³⁹ C. cost. 24 marzo 2006, n. 121, *FI*, 2006, I, 2637 ss., con nota di S.L. GENTILE; *RIDL*, 2006, II, 810 ss., con nota di C. ALESSI.

⁷⁴⁰ Su questo aspetto la Corte ha fondato la legittimità delle previsioni in materia di indennità di disoccupazione che, nell'interpretazione datane dalle Sezioni Unite della Cassazione, escludevano i lavoratori assunti con part time ciclico dal novero dei titolari. La sentenza è stata oggetto di osservazioni critiche da parte della dottrina maggioritaria. Si v., oltre agli autori citati alla nota precedente, M. CINELLI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia sullo stato di disoccupazione: un raffronto*, *RDSS*, 2006, 559 ss.; F. ROMANI, *Il trattamento di disoccupazione nel part-time verticale: un dietrofront della Consulta?*, *ibidem*, 755 ss.; I. MARIMPIETRI, *L'indennità di disoccupazione nel part-time di tipo verticale su base annua al vaglio della Corte Costituzionale*, *DRI*, 2006, 206 ss.

⁷⁴¹ Sulla decisione hanno pesato, fra l'altro, ragioni di sostenibilità economica, come ha osservato la dottrina citata nelle note precedenti. Tali preoccupazioni sono le stesse che hanno mosso il legislatore ad intervenire, nelle more del giudizio davanti alla Corte, escludendo la spettanza dell'indennità di disoccupazione, sia a requisiti ordinari che ridotti, in tutti i casi di "contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale".

in relazione ai criteri di calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per l'accesso alla pensione⁷⁴². In ogni caso, quel che si può concludere è che i rapporti di lavoro che alternano periodi di inattività e periodi di svolgimento della prestazione nel quadro di una struttura contrattuale unitaria⁷⁴³ devono essere considerati, alla luce della giurisprudenza ora citata, come equivalenti ad un rapporto di lavoro a tempo pieno per quanto riguarda la loro durata complessiva. Nella prospettiva adottata in questa pagine, allora, una simile conclusione vale non solo per il lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata, per il lavoro ripartito e per il lavoro somministrato a tempo indeterminato, per i quali sembra difficile negarlo, ma anche per il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata.

L'osservazione porta ora ad affrontare il secondo profilo problematico, cioè le conseguenze della ricostruzione proposta nella determinazione degli istituti commisurati alla durata del rapporto contrattuale, che prescindono cioè dalla prestazione effettiva di attività. Si pensi, ad esempio, al periodo di comporto per malattia, non a caso subito indicato dalla dottrina come uno dei punti di sofferenza della disciplina del *part-time* verticale alla luce della pronuncia della Corte di giustizia⁷⁴⁴.

Le implicazioni della pronuncia della Corte sono tali da poter mettere in discussione, per il *part-time* verticale, la regola che affida alla contrattazione collettiva la possibilità di rimodulare la durata del periodo di comporto e del periodo di prova (art. 4, comma 2, lett. a) D. Lgs. n. 61/2000)⁷⁴⁵, mentre per tutti gli altri elementi indicati dalla medesima norma deve applicarsi, senza eccezioni, la regola paritaria. Per il lavoro intermittente, invero, gli effetti potrebbero essere più dirompenti, perché la decisione della Corte di Lussemburgo rende ancor più discutibile, anche dal punto di vista della conformità al diritto comunitario, la previsione di cui all'art. 38, comma 3, D. Lgs. n. 276/2003, secondo la quale "per tutto il periodo durante il quale il lavoratore resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo"⁷⁴⁶. Infine, la soluzione adottata dalla corte potrebbe applicarsi anche all'ipotesi di conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato seguito di una pronuncia del giudice per il periodo intercorrente tra la scadenza del contratto e l'effettiva ricostituzione del rapporto di lavoro, dando così ragione all'orientamento dottrinale che ritiene l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 32, comma 5, L. n. 183/2010 aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle conseguenze derivanti dai "comuni

⁷⁴² La Corte di giustizia distingue infatti il calcolo dell'importo della pensione, che "dipende direttamente dalla quantità di lavoro effettuata dal lavoratore e dai contributi corrispondenti, secondo il principio del *pro rata temporis*" (punto 65) dalla "determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione", che corrisponde "alla durata effettiva del rapporto di lavoro e non alla quantità di lavoro fornita nel corso della relazione stessa" (punto 66).

⁷⁴³ Si muove nella medesima direzione la proposta, avanzata in relazione all'ordinamento britannico, di ritenere che in questi casi sia «implicitamente esistente un contratto globale, il cosiddetto contratto "ad ombrello"»: si v. C. BARNARD - S. DEAKIN, *Una ridefinizione del rapporto di lavoro dipendente: flessibilità o sicurezza?*, LD, 2008, 294 ss.

⁷⁴⁴ In tal senso R. SANTUCCI, op. cit., spec. 499 ss., che segnala l'incongruenza dell'orientamento più recente della Cassazione in materia di comporto con il principio di parità di trattamento dei lavoratori *part-time*, come interpretato dalla Corte di giustizia.

⁷⁴⁵ Sul punto si v. A. ALAIMO, *Principio di non discriminazione e criterio del riproporzionamento dei trattamenti*, in M. BROLLO (cur.), *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. n. 61/2000*, Milano, 2001, 100 ss.;

⁷⁴⁶ La dottrina ha già individuato la previsione come uno dei punti di maggiore "sofferenza" della disciplina del lavoro intermittente. Si v., in particolare, R. VOZA, op. cit., 360 ss.; D. GOTTARDI, op. cit., 490 ss.

principi in tema di conversione del contratto e di *mora credendi ex art. 1206 cod. civ.*⁷⁴⁷. In quest'ottica, la riconosciuta continuità giuridica del rapporto non dovrebbe valere esclusivamente ai fini contrattuali, come sostenuto da una parte della dottrina⁷⁴⁸, ma anche per tutti i profili per i quali può venire in considerazione la durata del rapporto di lavoro, compresi quelli previdenziali.

⁷⁴⁷ Così S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, CSDLE, n. 115.it, 2011, 20; in giurisprudenza si v. T. Busto Arsizio 29 novembre 2010, GLav, 2010, n. 49, 18 ss.

⁷⁴⁸ In tal senso A. VALLEBONA, *Lavoro a termine illegittimo per il collegato lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*, LG, 2011, 37 ss. In giurisprudenza T. Trani 20 dicembre 2010, che però dubita della legittimità costituzionale della norma, e T. Roma 28 dicembre 2010, che al contrario ritiene la previsione non sospetta di illegittimità costituzionale, entrambe pubblicate in DRI, 2011, 148 ss.