



La nozione eurounitaria di “orario di lavoro”: premesse alla regolazione delle prestazioni a distanza*

DI FEDERICO AVANZI*

Sommario: 1. Premessa – 2. Dalla “lettera” alle fattispecie concrete: nuove esigenze interpretative – 3. La preminenza dell’elemento di “autorità”. – 4. Il lavoro a distanza: potere di controllo, disconnessione e soggettivizzazione del tempo. – 5. Note brevi conclusive: retribuzione e prospettive di regolazione.

1. Premessa

Nella sua “classica” estrinsecazione, il contratto subordinato si esprime attraverso una “struttura” nitidamente tridimensionale (dove, quando e come), in cui l’aspetto “temporale” assurge a elemento tipizzante la fattispecie poiché, nell’obbligazione di durata etero-diretta, il tempo non è subito dalle parti, ma concorre a determinare la prestazione – nonché la controprestazione¹ - dovuta (*quotidie et singulis momentis*)², misurata e, dunque, resa oggetto per il tramite del tempo³.

Trascendendo il lavoro come attività oggettivabile e vagliando la – coesistente – dimensione inoggettivabile della “persona”⁴, soggetto istante di particolare tutela, è altresì noto come, unitamente alla questione retributiva, l’orario di lavoro – e la sua limitazione – abbia rappresentato, non solo primario obiettivo di rivendicazione, ma anche di conseguenti e

* Il dott. Federico Avanzi lavora presso lo studio associato Toscani Avanzi.

¹ Tralatizia e nota la “prassi”, assolutamente prevalente, della contrattazione collettiva circa la determinazione del trattamento economico, identificabile temporalmente nell’unità di misura minima dell’ora (retribuzione oraria). Cfr. F. AVANZI, *La retribuzione nel contratto di lavoro subordinato, oggi*, in *WP Adapt*, 4-2020, p. 5.

² M. PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno al ... futuro?*, in *WP D’Antona*, 32-2005, p. 7.

³ M. TIRABOSCHI, *Mercati, Regole, Valori*, in *Giornate di studio AIDLASS*, Udine 2019, pp. 50-51.

⁴ V. SPEZIALE, *Il “diritto dei valori”, la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3-2019, p. 109.

“primitivi” sforzi⁵⁶ di regolazione, occorrenti alla salvaguardia dell’integrità psico-fisica del lavoratore.

Su questa direttrice, si è giustappunto edificata anche la legislazione eurounitaria in materia, attraverso la concretizzazione⁷, mediante direttiva - “figlia” - 93/104/CE (oggi, 2003/88/CE), dei principi generali per la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori espressi dalla direttiva - “madre” - 89/391/CEE.

Tuttavia, il prodotto dell’intreccio normativo⁸ volto a «fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante un ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell’orario di lavoro [...] facendo godere a questi ultimi periodi minimi di riposo - in particolare giornaliero e settimanale»⁹, continua a poggiare su di una strutturata nozione di “orario di lavoro” che, almeno alla lettera, appare decisamente restrittiva o, comunque, parzialmente inadeguata all’evoluzione dei moderni e, al contrario, destrutturati, contesti organizzativi della produzione.

Per vero, fra i “modelli” attualmente rinvenibili¹⁰ e incisi dagli effetti - talvolta *disruptive* - del progresso tecnologico, alcuni si pongono, già oggi, ben oltre i tradizionali confini spazio-temporali dell’organizzazione del lavoro, tratteggiando ambienti inediti, «a basso tasso di fisicità e ad alto grado di porosità»¹¹.

In particolare, il massivo ricorso¹², a scopo di “ordine pubblico”¹³, a variamente declinate situazioni di lavoro a distanza ovvero la - in certa misura correlata - espansione del capitalismo delle piattaforme, hanno permesso (talvolta imposto) di far “vibrare” lo spazio e il tempo nel rapporto subordinato oltre i vincoli tradizionali del potere direttivo¹⁴, creando, in esito, non pochi problemi di raccordo rispetto a una definizione - presupposto alla tutela - di “orario di

⁵ Per una comprensione dell’importanza della limitazione alla durata dell’orario di lavoro rispetto alla tutela della persona-lavoratore, e del travagliato percorso di rivendicazione, si rimanda a F. ENGELS, *La situazione della classe operaia in Inghilterra*, 1845.

⁶ In questo senso, particolarmente significativo appare il fatto che, la prima convenzione OIL, peraltro ratificata anche dall’Italia, verta proprio sulla “Durata del lavoro” (Washington, 28 ottobre 1919).

⁷ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, ECLI:EU:2020:796, par. 39.

⁸ Sul rapporto di interdipendenza giuridica fra direttiva “madre” e “figlia”, anche in termini di effettività, Corte giust., sent. 14 maggio 2019, causa C-55/18, *Federacion de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, ECLI:EU:C:2019:402, pt. 62. «A tal riguardo, l’instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell’orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore rientra nell’ambito dell’obbligo generale, per gli Stati membri e i datori di lavoro, di cui all’articolo 4, paragrafo 1, e all’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 89/391, di istituire un’organizzazione e i mezzi necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori [...]».

⁹ Da ultimo, Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, ECLI:EU:C:2021:182, pt. 25.

¹⁰ Particolarmente efficaci e aderenti alla realtà appaiono i tre scenari proposti da B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*, in *WP D’Antona*, 439-2021, pp. 8-14.

¹¹ P. CAMPANELLA, *Smart working e salute e sicurezza del lavoratore: soggetti, metodi e contenuti delle tutele*, in *I Seminari della consulta giuridica CGIL*, 4-2021, p. 103.

¹² Il mercato del lavoro 2020 - Una lettura integrata, ISTAT, p. 25 e pp. 43-63.

¹³ F. CARINCI, *Dall’ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in (a cura di M. MARTONE) *Il lavoro da remoto*, La Tribuna (2020), p. 47.

¹⁴ M. BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica* (2020), Vol. I, (a cura di) V. FILÌ, p. 175.

lavoro”¹⁵ qualificata da ben tre, giuridicamente coevi, elementi caratterizzanti la fattispecie: 1. spaziale (essere sul posto di lavoro); 2. di autorità (essere a disposizione del datore di lavoro) e 3. professionale (essere nell’esercizio della propria attività o delle proprie funzioni)¹⁶.

2. Dalla “lettera” alle fattispecie concrete: nuove esigenze interpretative

Di guisa che, perseguire l’inderogabile¹⁷ obbiettivo del “riposo adeguato”, che sottende disposizioni¹⁸ di importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare¹⁹, ha postulato una progressione interpretativa della Corte di giustizia, teleologicamente orientata e, giocoforza, affrancata dal tenore letterale della norma²⁰.

Percorso esegetico obbligato e, in un certo qual modo, “aggravato”, da un lato, dalla necessità di assicurare al prestatore, “versante” debole della relazione²¹, un pieno ed effettivo godimento delle posizioni soggettive - di sicurezza - a esso riconosciute²², dall’altro, poiché le limitazioni alla durata della prestazione rappresentano una fattispecie attratta, mediante direttiva²³, nel campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (art. 31, p. 2), rappresentando, dunque, un “diritto” collegato direttamente al rispetto della dignità umana, tutelata in modo più ampio nel Titolo I della medesima²⁴.

¹⁵ Articolo 2, direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro.

¹⁶ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 56.

¹⁷ Sull’impossibilità legislativa degli Stati membri di venir meno all’impegno di garantire, a tutti i lavoratori, un “riposo adeguato” si rimanda a Corte giust., ord. 4 marzo 2011, causa C-258/10, *Nicușor Grigore c. Regia Națională a Pădurilor Romsilva - Direcția Silvică București*, ECLI:EU:C:2011:122, pt. 45.

¹⁸ In particolare si intende fa riferimento ai già citati diritti alla limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie retribuite, rispettivamente artt. 3, 5, 6 e 7 direttiva 2003/88/CE.

¹⁹ V. Corte giust., sent. 10 settembre 2015, causa C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)*, ECLI:EU:C:2015:578, pt. 24 e giurisprudenza ivi citata.

²⁰ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 57.

²¹ Anche in materia di “orario di lavoro”, lo squilibrio relazione del contratto subordinato rappresenta per la Corte di giustizia una premessa ineludibile e condizionante. Cfr. Corte giust., sent. 14 maggio 2019, causa C-55/18, *Federacion de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) c. Deutsche Bank SAE*, cit., pt. 44 e 45.

²² Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 43.

²³ Come è noto e come risulta espressamente dall’articolo 51 della Carta di Nizza, la «CDFUE può essere invocata, quale parametro interposto, [...] soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo». Da ultimo, C. Cost. 26 novembre 2020, n. 254, “Considerato in diritto”, *sub* 2.2.

²⁴ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 41.

Sicché, pur inculcate all'interno di un sistema autonomo²⁵ e stabilmente “binario”²⁶²⁷, da delineare secondo criteri oggettivi²⁸, la nozione di “orario di lavoro” e la complementare fattispecie negativa del “riposo”, hanno subito, progressivamente, le esigenze di chiarificazione, implicate da non consuete modalità - comunque - esecutive del rapporto.

In particolare, uno *step* significativo e di sviluppo esegetico si rinviene nella sentenza *Tyco*²⁹, inerente ai lavoratori c.d. “itineranti” ossia privi di luogo di lavoro fisso o abituale e, segnatamente, sulla computabilità - o meno - del tempo di spostamento da questi impiegato nel tragitto domicilio-clienti (e viceversa)³⁰.

Nell'occasione, pur condizionata dalla pregressa e unilateralmente mutata struttura organizzativa datoriale³¹, la Corte restituisce una definizione sostanzialmente espansa della fattispecie, servendosi, allo scopo, di una rinnovata chiave di lettura: il criterio di “funzionalità”.

Per vero, attraverso simile approccio, i tre elementi costitutivi la fattispecie (§ 1.), almeno secondo una loro rilettura calibrata rispetto alle tipicità della prestazione svolta, si ritengono, comunque, sussistenti.

In particolare, «quanto al primo, secondo il quale il lavoratore deve essere nell'esercizio delle sue attività o delle sue funzioni, la Corte ha ritenuto [tali i lavoratori], in quanto essi costituiscono lo strumento necessario per l'esecuzione delle loro prestazioni tecniche nel luogo in cui si trovano tali clienti. Quanto al secondo, secondo il quale il lavoratore deve essere a disposizione del datore di lavoro durante tale periodo, ha rilevato che i lavoratori durante i tragitti sono sottoposti alle istruzioni del loro datore di lavoro, che può cambiare l'ordine dei clienti oppure annullare o aggiungere un appuntamento, sicché essi non hanno la possibilità di disporre liberamente del loro tempo e di dedicarsi ai loro interessi. Quanto al terzo, secondo il quale nel periodo preso in considerazione il dipendente dev'essere al lavoro, ha rilevato che gli spostamenti sono intrinseci alla qualità di lavoratore che non ha un luogo di lavoro fisso od abituale»³².

²⁵ Come tipicamente avviene nel diritto dell'unione, al fine di assicurare piena efficacia e applicazione uniforme, le nozioni essenziali della fattispecie (o la fattispecie stessa) oggetto di disciplina/tutela sono, esplicitamente o per mezzo di successiva interpretazione giurisprudenziale, sottratti alla discrezionalità dei singoli Stati membri. Cfr. Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. 30 e giurisprudenza ivi citata.

²⁶ Corte giust., sent. 10 settembre 2015, causa C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)*, cit., pt. 26.

²⁷ Sul punto risulta di notevole interesse le perplessità espresse dall'Avv. Generale Pitruzzella, Conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. da 52 a 54 dove, in particolare, osserva che: «[...] nell'eventuale introduzione di una «zona grigia» tra lavoro e riposo intravedo qualche rischio in termini di applicazione concreta in tutti i Paesi, e dunque di certezza del diritto».

²⁸ Corte giust., sent. 10 settembre 2015, causa C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)*, cit., pt. 27.

²⁹ Corte giust., sent. 10 settembre 2015, causa C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)*, cit.

³⁰ *Ibidem*, p. 21.

³¹ *Ibidem*, p. 30, 33, 39 e 41. Effettivamente, nei passaggi anzidetti, la pronuncia in esame fa “perno” sul fatto che nel precedente assetto organizzativo, il lavoratore, una volta giunto presso l'ufficio regionale e messo alla guida del veicolo, veniva considerato in orario di lavoro, ivi compreso il tempo di viaggio verso il primo cliente della giornata. Pertanto, «la natura di tali spostamenti non è mutata in seguito all'eliminazione degli uffici regionali. Solo il punto di partenza di tali spostamenti è stato modificato».

³² Per spiegare il criterio di “funzionalità” alla prestazione, particolarmente efficace risulta la sintesi operata da Trib. Bari 22 settembre 2020, n. 2595.

Slancio ulteriore, giunge dalla successiva sentenza *Matzak*³³, concernente i periodi di “guardia” a cui sono sottoposti i vigili del fuoco belga, professionisti e volontari.

In specie, muovendo nuovamente da un criterio di “funzionalità”, comunque richiesto nelle valutazioni del caso concreto³⁴, la Corte «ha ritenuto che un servizio di reperibilità come quello del sig. Matzak dovesse essere considerato nella sua interezza come orario di lavoro in quanto, pur non effettuato sul luogo di lavoro, era soggetto a vincoli geografici (reperibilità in un luogo determinato dal datore [il domicilio]) e temporali (obbligo, una volta richiamato, di ritornare sul posto di lavoro entro un periodo di tempo molto limitato [8 minuti]) tali da limitare in modo molto significativo la libertà del lavoratore di dedicarsi, nel tempo di riposo, ai propri interessi personali e sociali»³⁵.

Nella sostanza, in fase di concretizzazione della fattispecie normativa, cogliendo un disequilibrio di rilevanza all’interno della medesima, dalla coesistenza di due soli elementi della nozione di “orario di lavoro”, la Corte del Lussemburgo «ha dedotto la sussistenza del terzo: essere presente in un luogo determinato dal datore di lavoro e essere a disposizione per lo svolgimento di attività lavorativa, integrano anche l’esercizio della propria attività lavorativa [qualora e solo se] il tempo di reazione alla chiamata sia particolarmente limitato»³⁶.

3. La preminenza dell’elemento di “autorità”

Di recente³⁷, sempre incalzata sul tema della “reperibilità”, la trattazione interconnessa³⁸ di due casi concreti oggetto di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), consente alla Corte di muovere ancora oltre, aggiungendo l’ulteriore tassello³⁹ di considerare come decisivo - e *de facto* unico - elemento necessario alla realizzazione della fattispecie quello “autoritativo” ovvero che «il lavoratore sia a disposizione del datore di lavoro e debba intervenire per svolgere la propria effettiva attività lavorativa in un tempo molto breve»⁴⁰.

In sorta, nella sentenza *Radiotelevizija Slovenija*, il lavoratore doveva essere raggiungibile per telefono e, in caso di necessità, pervenire al proprio luogo di lavoro entro un’ora⁴¹, mentre, nella sentenza *Stadt Offenbach am Main*, il prestatore, svolgente le funzioni di vigile del fuoco, doveva poter raggiungere i limiti della città, ove si trova la sua sede di servizio, entro un termine pari a 20 minuti, con la tenuta da intervento e il veicolo di servizio

³³ Corte giust., sent. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, ECLI:EU:C:2018:82.

³⁴ Per vero, l’incidenza del criterio “funzionale” sembra emergere nettamente in alcuni passaggi della pronuncia. «Si è ritenuto, inoltre, che la presenza fisica e la disponibilità del lavoratore sul luogo di lavoro durante le ore di guardia, in vista della prestazione dei suoi servizi professionali, deve essere considerata rientrante nell’esercizio delle sue funzioni, anche se l’attività effettivamente svolta varia secondo le circostanze». *Ibidem*, pt. 57.

³⁵ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 66.

³⁶ *Ibidem*, par. 68.

³⁷ Il riferimento è alle “contestuali” sentenze Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit. e Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-580/19, *RJ c. Stadt Offenbach am Main*, ECLI:EU:C:2021:183.

³⁸ Non solo condividono la medesima data di pubblicazione, ma la C-344/19 funge da ripetuto sostegno nell’*iter* motivazionale della C-580/19, mentre, quest’ultima, compare a più riprese nelle Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit.

³⁹ Così era anche l’auspicio dell’Avvocato Generale. Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit, par. 92.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. 21.

messo a sua disposizione dal datore, avvalendosi, peraltro, dei suoi diritti in deroga al codice della strada e di precedenza connessi a suddetto veicolo⁴².

Di tutta evidenza come, fattore nuovo rispetto al caso *Matzak*, risulta la carenza ulteriore del vincolo del lavoratore rispetto a una certa “sede fisica” di attesa e, di conseguenza, dell’insussistenza fattuale del criterio “spaziale”.

Pertanto, secondo i giudici del Lussemburgo, nelle fattispecie inquadrabili in periodi di guardia o di prontezza, ivi compresi quelli in regime di reperibilità, dirimenti risultano le restrizioni - legali, contrattuali o da prassi interne - imposte al lavoratore, dal datore e di natura tale da pregiudicare in modo oggettivo e assai significativo la facoltà, per quest’ultimo, di gestire liberamente, nel corso dei periodi in questione, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti e di dedicare questo tempo ai propri interessi⁴³.

Sicché, al fine di valutare la sussistenza della persistente soggezione quale presupposto alla “computabilità”, la Corte, dall’alto del suo monopolio interpretativo (art. 19 TUE), esorta il giudice nazionale a «prendere in considerazione le conseguenze che causa, sulla facoltà per il lavoratore di gestire liberamente il proprio tempo, la brevità del termine entro il quale egli deve, in caso di intervento necessario, rimettersi al lavoro, ciò che, di norma, gli impone di raggiungere il proprio luogo di lavoro»⁴⁴.

Inoltre, assunta la necessità di individuare la fattispecie mediante concreta e oggettiva analisi⁴⁵ del caso particolare, qualora il di “tempo reazione” non risulti talmente breve da compromettere, in senso assoluto, ogni residuo esercizio di disponibilità del proprio tempo⁴⁶ ovvero, come nella sentenza *Stadt Offenbach am Main* (20 minuti per raggiungere i limiti della città), «non potendo considerarsi prossimo a una reazione “immediata” ma neppure pienamente idoneo a consentire al lavoratore una programmazione di un periodo di riposo in attesa della chiamata»⁴⁷, i giudici della corte di giustizia suggeriscono, *de facto*, l’utilizzo di un metodo tipologico che consenta di valutare e soppesare “indici” supplementari e rilevatori del requisito di “autorità”.

In questo senso, impregiudicata differente e più ampia ricognizione di “altri vincoli”⁴⁸ imposti al lavoratore, di particolare interesse risultano le indicazioni pratiche fornite dalla Corte rispetto ai casi oggetto di rinvio.

Per vero, da un lato, come suggerito dall’avvocato generale e, in certa misura, dal tenore letterale delle fonti⁴⁹, si esclude, poiché eccessivamente soggettivo, la procedibilità di criteri

⁴² Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-580/19, *RJ c Stadt Offenbach am Main*, cit., pt. 23.

⁴³ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. 37.

⁴⁴ *Ibidem*, pt. 47.

⁴⁵ Nello specifico, la Corte parla di «analisi concreta, che tenga conto, se del caso, degli altri vincoli che sono imposti al lavoratore, così come delle agevolazioni che gli sono concesse, nel corso del suo periodo di prontezza». *Ibidem*, pt. 49.

⁴⁶ Vedi gli 8 minuti della sentenza *Matzak*.

⁴⁷ Conclusioni dell’avvocato generale Pitruzzella rese in data 6 ottobre 2020, causa C-580/19, *RJ c Stadt Offenbach am Main*, ECLI:EU:C:2020:797, par. 75.

⁴⁸ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-580/19, *RJ c Stadt Offenbach am Main*, cit., pt. 48.

⁴⁹ Effettivamente, pur restando aspetto controverso e opinabile dal punto di vista “sostanziale”, la funzione espressamente prevista per il riposo è quella di «evitare che essi, a causa della 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» (art. 2, 9), direttiva 2003/88/CE). Mentre il richiamo di elementi espliciti inerenti alla “qualità” del tempo di “non lavoro” e in particolare a termini quali “relax e svago”,

legati alla “qualità” del tempo come «il carattere poco propizio per le attività di svago che presenta la zona dalla quale il lavoratore non può, in pratica, allontanarsi durante un periodo di [...] reperibilità, così come la natura difficilmente accessibile del suo luogo di lavoro»⁵⁰.

Dall'altro, pertinenti si considerano invece aspetti quali, l'esigenza di intervenire indossando l'uniforme⁵¹, la frequenza media di effettive prestazioni che sono normalmente realizzate dal lavoratore nel corso di ciascun periodo di guardia⁵² ovvero, in senso opposto, nell'ambito delle agevolazioni accordate al prestatore e presuntive di “libertà” dal vincolo datoriale, l'eventuale messa a disposizione di un veicolo di servizio che gli consente di fruire di diritti in deroga al codice della strada e di precedenza o, ancora, la facoltà di rispondere ai richiami del datore senza lasciare il luogo in cui si trova⁵³.

4. Il lavoro a distanza: potere di controllo, disconnessione e soggettivizzazione del tempo

Immediatamente percepibile come il “salto” interpretativo, a tutti gli effetti incentrato, proprio su un differente atteggiarsi del potere direttivo (§ 1., e nota 14), nel senso di consentire al creditore della prestazione, anche solo astrattamente, di interferire, in qualsiasi momento, sulle modalità di svolgimento della prestazione, così determinando una disponibilità permanente del lavoratore⁵⁴, sembra costituire premessa importante rispetto alle difficoltà di regolazione generate dalle prestazioni rese “a distanza”, dove l'utilizzo di nuove tecnologie e nuovi modelli organizzativi può, nella sostanza, scolorire il potere direttivo “tipico” - senza che per questo si elimini la subordinazione - a favore di nuove e aumentate forme espressive del potere di controllo⁵⁵.

Tanto che, nel confermare il carattere recessivo dei criteri “spaziali” e “professionali” rispetto alla preminenza della verifica del persistente assoggettamento a vincoli “oggettivi e assai significativi”, è la stessa Corte, *obiter dictum*, a suggerire indizi ulteriori a favore di una riferibilità dell'approccio in tema di “reperibilità” anche alle ipotesi di lavoro “remotizzato”, specialmente quello di esperienza “emergenziale”, osservando che «se il luogo di lavoro ingloba o coincide con il domicilio del lavoratore, il semplice fatto che [...] costui sia tenuto a restar[vi] al fine di potere, in caso di necessità, essere disponibile per il suo datore di lavoro, non è sufficiente per qualificare tale periodo come «orario di lavoro», ai sensi della direttiva 2003/88, [non implicando] necessariamente che egli debba restare lontano dal suo ambiente familiare e sociale, [essendo, al contrario], meno suscettibile di ostacolare la facoltà di detto lavoratore di gestire liberamente, nel corso di questo periodo, il tempo durante il quale i suoi servizi professionali non sono richiesti»⁵⁶.

sono riservati dalla giurisprudenza europea (Corte giust., sent. 20 luglio 2016, causa C-341/15, *Hans Maschek*, ECLI:EU:C:2016:576, pt. 34 e giurisprudenza ivi citata) al godimento delle “ferie”.

⁵⁰ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. 42.

⁵¹ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-580/19, *RJ c Stadt Offenbach am Main*, cit., pt. 49.

⁵² *Ibidem*, pt. 50 e 51.

⁵³ *Ibidem*, pt. 49.

⁵⁴ Sulle labili declinazioni di potere “direttivo” e di “controllo” nell'esecuzioni delle prestazioni rese a distanza, C. SPINELLI, *Lo smart working nel settore privato e le sfide per il futuro*, in *I Seminari della consulta giuridica CGIL*, 4-2021, p. 73 e ss.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁶ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. 43 e giurisprudenza ivi citata.

In sostanza, sembra potersi sostenere che, oltre il potere direttivo *stricto sensu*, certamente più confacente - in termini qualificatori - alle tradizionali esecuzioni “in presenza”, decisivo ai fini della realizzazione della fattispecie “orario di lavoro” risulta il permanere del lavoratore all’interno della propria sfera debitoria contrattuale, per mezzo del “controllo”, non in termini di verifica dell’esatto adempimento, bensì inteso come tempestiva esigibilità, da parte del datore (o della sua struttura organizzativa), della “reazione” professionale effettiva, accertamento da apprezzare fattualmente, anche i termini di valutazione “prospettica” (§ 3., vedi frequenza media di intervento) o, comunque, di “impatto” tale da comprimere - in concreto - i “margin” del subordinato atti a consentirgli di programmare la propria dimensione temporale extralavorativa.

Rispetto a questa comprensione, nemmeno risulta interferire il tema - allo stato “incompiuto”⁵⁷ - della “disconnessione” poiché, come testimoniato anche dalla recente iniziativa del Parlamento europeo⁵⁸, “assorbito” all’interno della questione “orario di lavoro” e, comunque, a essa strumentale⁵⁹.

Al contrario, una tale impostazione pare propedeutica a risolvere il dilemma inerente al suo significato “pratico”, in termini di obbligazioni datoriali, fra obbligo di *facere o non facere*⁶⁰, evidentemente a favore del secondo, ovvero significante la necessità che gli interessi del lavoratore non restino pregiudicati, anche indirettamente, all’interno della “connessa” rete organizzativa istituita dal datore per realizzare i propri scopi.

Di converso, sin qui giunti, si potrebbe asserire ancora oltre, sostenendo che la definizione “plastica” di “orario di lavoro”, non dovrebbe nemmeno includere periodi esterni a “vincoli” o esigenze etero-imposte, ancorché il lavoratore si trovi durante l’effettiva - ma libera - esecuzione della prestazione.

Tirando le fila, le recentissime pronunce della Corte, arricchite, in senso evolutivo, di qualche suggestione interpretativa, sembrano porre la disciplina eurounitaria, in materia di durata della prestazione, in modo favorevole, non solo rispetto a situazioni di “alterna” disconnessione, “obbligatoria” o “flessibile”⁶¹, ma, più in generale, in posizione giuridicamente non ostativa anche a - fauste - eventualità di soggettivazione del tempo di lavoro, consentendo dunque di abilitare, con pienezza, la persona-lavoratore a essere soggetto «controllore e non controllato dei processi, che può governare in gran parte il tempo delle operazioni che fa, che

⁵⁷ Nel “caso” italiano, allo stato, l’istituto della disconnessione resta confinato, in modo piuttosto “criptico”, all’interno della disciplina del “lavoro agile” (art. 19). Solo di recente, a parziale “complemento”, l’art. 2, c. 1-ter del D.L. 30 del 13 marzo 2021, convertito in L. 61-2021, ha disposto che «Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, e’ riconosciuto al lavoratore che svolge l’attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L’esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

⁵⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 21.01.2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)), in particolare, art. 1, p. 2.

⁵⁹ F. AVANZI, *La “disconnessione” della relazione subordinata*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3-2020, pp. 10-11.

⁶⁰ M. BIASI, *Brevi Spunti sul lavoro da remoto post-emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione (smart working)*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 2020-2021, p.17.

⁶¹ E. DAGNINO, *La regolazione dell’orario di lavoro nell’era del working anytime, anywhere*, in *WP Salus*, 5-2021, pp. 15-18.

autoregola - senza alzarsi dalla sedia e senza cambiare schermo - il tempo del lavoro e il tempo dei *loisir*»⁶².

5. Note brevi conclusive: retribuzione e prospettive di regolazione

Posto che, in futuro, con ragionevole probabilità, la Corte di giustizia sarà chiamata a dedicate pronunce, già ora, la sua evoluzione esegetica, - culminata con le due recenti e citate sentenze - spinta all'estremo delle sue capacità adattive e manipolando, nella sostanza, il tenore letterale della norma, sembra fornire presupposti conferenti a qualsivoglia genere di organizzazione lavorativa, ivi comprese quelle che comportano prestazioni "remotizzate".

Senza negare le non trascurabili difficoltà applicative, derivate dalla "parafrasi" interna di disposizioni europee disvelate per via giurisprudenziale⁶³ (il che prediligerebbe, a parere, interventi legislativi "a monte"), non vi è dubbio che "ridurre", all'uopo⁶⁴, la nozione di "orario di lavoro" alla rilevazione dell'elemento di "autorità", costituisce una premessa importante o, comunque, un "compresso" giuridico-applicativo teso a incidere su complessivi aspetti gestori del rapporto, oltre la tutela psico-fisica del lavoratore, la quale, per inciso, secondo i giudici del Lussemburgo, permane anche in periodi che, pur non costituendo "orario di lavoro" (ai sensi della direttiva), presuppongono necessariamente degli obblighi professionali⁶⁵.

Per vero, se, da un lato, è pacifico che la direttiva 2003/88 (eccezion fatta, in certa misura, per le ferie) non disciplini la questione della retribuzione dei lavoratori, aspetto che esula, ai sensi dell'articolo 153, paragrafo 5, TFUE, dalla competenza dell'Unione⁶⁶, dall'altro, è altresì incontestato che gli Stati membri sono autorizzati a fissare la retribuzione dei lavoratori in funzione della definizione delle nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo» di cui all'articolo 2 di tale direttiva⁶⁷.

Sicché, considerato il radicamento di quest'ultima impostazione⁶⁸ da parte dei meccanismi contrattuali nazionale di determinazione retributiva, risulta evidente come risolvere i problemi di "computabilità" - o meno - del tempo *work related* divenga questione tutt'altro che "incidentale", concernendo, evidentemente, una delle componenti essenziali dell'oggetto del sinallagma subordinato.

Tuttavia, a parere, posto che la regolazione del trattamento economico mediante diretta correlazione con la durata della prestazione esuli dagli scopi perseguiti dalla direttiva, il fatto che questo, per "decodifica" giurisprudenziale, divenga praticabile anche nei contesti lavorativi

⁶² B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, op. cit., pp. 42-43.

⁶³ In questo senso, particolarmente incisivo è il fatto che «l'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione, purché sussistano, peraltro, i presupposti per sottoporre al giudice competente una controversia relativa all'applicazione di detta norma». Cfr. Corte giust., sent. 17 marzo 2021, causa C-585/19, *Academia de Studii Economice din București*, ECLI:EU:C:2021:210, pt. 78.

⁶⁴ Sicché, a questo punto, sarà di particolare interesse comprendere la "reversibilità" o meno di tale operazione "riduzionistica"; sarà mantenuta in via definitiva oppure sarà utilizzata esclusivamente (e, nel caso, sulla base di quale presupposto) per fattispecie concretamente *sui generis*, forse, proprio per prestazioni rese a distanza?

⁶⁵ Corte giust., sent. 9 marzo 2021, causa C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit., pt. da 61 a 65.

⁶⁶ Corte giust., sent. 21 febbraio 2018, causa C-518/15, *Ville de Nivelles c. Rudy Matzak*, cit., pt. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, pt. 50.

⁶⁸ F. AVANZI, op. cit., pp. 9-12.

dove la fluidità della prestazione relativizza l'incidenza sulla medesima dello "spazio" e del "tempo" (se intesi tradizionalmente), non dovrebbe frenare le riflessioni sulla necessità di forme maggiormente evolute di "calcolo" del trattamento, magari (e preferibilmente) misurato sulla base delle competenze e delle responsabilità afferenti alla funzione, a prescindere dal fattore "tempo" che, peraltro, resta meccanismo foriero di potenziale discriminazione⁶⁹.

⁶⁹ Particolarmente interessante il concetto di "istituzionalizzazione" di "prassi", da parte della contrattazione collettiva, apparentemente "neutre" ma che, nella sostanza, creano disparità di genere. Sul punto, C. VIGLI, *Parità di genere nel mercato del lavoro e contrattazione collettiva nelle esperienze italiana ed europea*, in *WP Adapt*, 7-2021, pp. 32-41.