



LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

**Sul principio di proporzionalità quantitativa
della retribuzione al “lavoro prestato”
ex art. 36 Cost.**

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano

vol. 8, no. 1, 2022

ISSN: 2421-2695





LaBoUR & Law Issues
Rights | Identity | Rules | Equality

Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al “lavoro prestato” *ex art. 36 Cost.*

MARIA TERESA CARINCI
Università degli Studi di Milano
Ordinaria di Diritto del Lavoro
mariateresa.carinci@unimi.it

ABSTRACT

The article seeks to answer the following question: since Article 36 of the Constitution requires remuneration to be proportionate to the amount of work performed, should remuneration necessarily be calculated on a time basis? The A. answers the question positively by first examining the characteristics of work performance and then its object.

Keywords: remuneration; work performance; proportionality; object of the obligation; working time.

<https://doi.org/10.6092/issn2421-2695/15121>

Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al “lavoro prestato” ex art. 36 Cost.

SOMMARIO: 1. Premessa: le due domande a cui rispondere. – *Parte Prima: il criterio di misurazione* – 2. Il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive vincolato ad un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo fra prestazione di lavoro e retribuzione. – 3. Il tempo è il criterio di misura del “lavoro prestato” in considerazione del carattere continuativo e subordinato della prestazione dedotta in obbligazione. – 4. La questione della misura quantitativa della prestazione per i lavoratori “senza tempo”. – *Parte Seconda: l’oggetto di misurazione*. – 5. Il “lavoro prestato” oggetto di misurazione. – 6. La “disponibilità” nella struttura dell’obbligazione propria del contratto di lavoro somministrato e del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata ed il principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione ex art. 36 Cost. – 7. Conclusione.

1. Premessa: le due domande a cui rispondere

Sono ormai passati diversi anni da quando la dottrina giuslavoristica ha iniziato a interrogarsi su quali siano le ricadute sul tempo di lavoro causate dal passaggio dal fordismo al toyotismo (produzione “*just in time*”). E ciò non solo sotto il profilo della organizzazione del lavoro (a causa delle mutate esigenze del sistema produttivo, che da orari standardizzati e tendenzialmente fissi ha richiesto sempre più spesso orari modulabili ed adattabili a seconda del variare della domanda – esigenza poi soddisfatta tramite il D.Lgs. 66/2003 –), ma anche sotto il *profilo del valore del lavoro*.

È stato, infatti, sottolineato come il nuovo sistema di produzione – in quanto caratterizzato dalla continua adattabilità dell’organizzazione del lavoro alle mutevoli esigenze del mercato – abbia spinto se non al superamento, quanto meno all’attenuazione dell’idea (propria della produzione fordista) per cui il valore del lavoro sia sempre identico ed uniforme per tutto il tempo della durata della prestazione lavorativa, a favore della valorizzazione, in conseguenza della diversa “densità” dell’attività resa dal lavoratore nei singoli *slot* temporali, della specifica utilità per il datore di lavoro della prestazione resa nelle varie unità di tempo (con conseguente riconoscimento di un diverso compenso al lavoratore⁽¹⁾). Chiare le parole di chi, fra i primi, ha studiato il tema: «Rispetto all’interesse creditorio del datore la qualità dell’attività lavorativa prestata nei singoli momenti temporali della giornata è profondamente diversa: ve ne sono alcuni nei quali si condensa un massimo di utilità per l’imprenditore ed altri nei quali, viceversa, il tasso di soddisfazione dell’interesse creditorio è ben più modesto»⁽²⁾.

⁽¹⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, DLRI, 1986, n. 31, 433 ss.; B. Caruso, *La retribuzione e l’orario di lavoro “alla corte” della flessibilità (le manovre sull’orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, QDLRI, 1995, 17, 79 ss. V. in seguito G. Bolego, *Flessibilità dell’orario di lavoro e proporzionalità della retribuzione*, LD, 1998, I, 71 ss.; F. Bano, *Il tempo come criterio di verifica dell’adempimento*, RGL, 1998, I, 132 ss.

⁽²⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 468.

Da qui l'affiancamento al parametro tradizionale del tempo come criterio di commisurazione della retribuzione di altri elementi volti alla valutazione "qualitativa" della prestazione, quali l'intensità del lavoro, la specializzazione, la disponibilità a lavorare in determinate fasce orarie, ecc. (3).

Posta in questi termini la questione dell'individuazione del valore del lavoro – e dunque del calcolo della retribuzione in base non solo al tempo, ma anche ad altri parametri di tipo qualitativo – non pone particolari problemi giuridici. Infatti l'art. 36 Cost., che nel nostro sistema pone i principi e criteri *inderogabili* per individuare la retribuzione dovuta, dispone che la retribuzione deve essere «proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato», con ciò ammettendo che il relativo calcolo possa avvenire non solo utilizzando un parametro temporale quantitativo, ma *anche* elementi di tipo qualitativo.

D'altra parte già il codice civile contemplava periodi temporali dotati di un particolare valore qualitativo (si pensi al lavoro straordinario o al lavoro notturno), mentre la contrattazione collettiva da sempre considera e valorizza, accanto al criterio temporale, parametri qualitativi fra i quali primario rilievo riveste quello della professionalità del lavoratore (posto che, come noto, le tabelle contrattuali diversificano la retribuzione dovuta in base all'inquadramento del lavoratore).

Senonché in quelle prime prospettazioni dottrinali erano già poste questioni che in seguito, complici le possibilità operative offerte dalle nuove tecnologie informatiche, sarebbero divenute centrali.

In primo luogo già allora si prefigurava uno scenario di progressivo rovesciamento di prospettiva, con il passaggio dalla iniziale riaffermata centralità del criterio quantitativo/temporale di misurazione della retribuzione alla preminenza invece di criteri qualitativi *fino alla completa sostituzione del parametro temporale con quello qualitativo* (tramite la previsione di una retribuzione "per obiettivi" o "di risultato") (4).

(3) Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 470: "La tradizionale concezione che fa del tempo il parametro fondamentale di misurazione economico-giuridica del lavoro subordinato [...] mostra evidenti segni di crisi, incalzata dalla emersione di una ulteriore serie di fattori di "valutazione qualitativa" della prestazione". Negli stessi termini B. Caruso, *op. cit.*, 82.

(4) Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 471: "In termini giuridici tutto ciò si traduce nel superamento del valore preminente del tempo come referente delle strategie retributive, dei criteri di classificazione e dei meccanismi delle carriere nonché come criterio applicativo dei parametri costituzionali di proporzionalità della retribuzione [...]". E ancora: "[...] Prende forma una linea evolutiva che registra l'emersione, sul piano del contratto di lavoro e delle sue tipologie, di concetti come l'utilità, la densità, la compiutezza o addirittura il risultato della prestazione lavorativa, che arricchisce gli interessi dedotti in contratto, non più commisurabili in termini esclusivamente quantitativo-temporali". Cfr. altresì B. Caruso, *op. cit.*, 82: "[...] in questo modo la retribuzione finisce per avere come riferimento non più, o comunque non solo, l'unità di durata temporale (l'unità di tempo-lavoro)".

Certo già all’epoca l’ordinamento ben conosceva *alcune limitate figure di lavoratori subordinati*, generalmente di alta qualifica e quindi ben pagati (come i dirigenti, il personale direttivo, i lavoratori c.d. della conoscenza) ⁽⁵⁾, per così dire “senza tempo”, se è vero che il loro compenso non era (e non è) calcolato in base ad un parametro temporale, ma in modo forfettario.

La situazione però oggi sta cambiando. Non tanto perché sempre più spesso un numero crescente di lavoratori si vede affiancare alla retribuzione a tempo – che rimane pur sempre al centro, almeno per ora, delle tabelle poste dalla contrattazione collettiva ⁽⁶⁾ – una retribuzione parametrata sulla base del raggiungimento di “obiettivi”, “risultati”, *target* e via dicendo, ma *perché lo stesso legislatore sembra avvalorare l’idea che quest’ultima modalità di calcolo possa addirittura soppiantare in toto la retribuzione a tempo.*

Il caso più eclatante sembra essere quello del lavoro agile, che, com’è noto, costituisce una semplice modalità di esecuzione del contratto di lavoro subordinato (v. art. 18, 1 co., l. 81/2017), ormai grandemente diffusa e che proprio per questo può interessare rapporti in cui sono dedotte le più svariate tipologie di mansioni (di alto, medio o persino basso contenuto professionale) e quindi potenzialmente destinatarie di retribuzioni anche basse ⁽⁷⁾. Con riguardo a tale figura la legge, nel prevederne la variante organizzata “per fasi cicli ed obiettivi e senza precisi vincoli di orario” ⁽⁸⁾, suggerisce l’idea che questa figura possa essere svincolata dalla fissazione (e misurazione) della durata della prestazione ⁽⁹⁾ (per lo meno nelle fasi in cui essa è resa a distanza) con la conseguenza che la retribuzione dovrebbe essere individuata *solo sulla base degli obiettivi da raggiungere.*

Certo è necessario chiarire in cosa consista l’“obiettivo” cui rapportare la retribuzione, tanto nel lavoro agile, come nelle altre figure di lavoro subordinato che adottino tale modalità di calcolo della retribuzione.

⁽⁵⁾ L’elemento è rilevante, come verrà illustrato al par. 4, in conseguenza della lettura congiunta dei principi di sufficienza e di proporzionalità *ex art. 36 Cost.* accolta in giurisprudenza.

⁽⁶⁾ È così ancora per es. per i lavoratori agili, cfr. i risultati di una ricerca condotta sul campo nel settore ITC nella provincia di Milano, su cui per questo profilo S. Di Molfetta, R. Mezzini, *La contrattazione collettiva ed i nodi irrisolti in materia di lavoro agile*, in *q. Riv.*, 2021, II.

⁽⁷⁾ In queste ipotesi dunque la violazione del principio di proporzionalità – letto secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza (v. par. 4) in connessione a quello di sufficienza – conduce molto più facilmente alla violazione del principio di “equa retribuzione”.

Con riferimento ai nuovi scenari indotti dalle nuove tecnologie v. le osservazioni di A. Tursi, *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, *DRI*, 2022, 2, 464 ss.

⁽⁸⁾ Ai sensi dell’art. 18, 1 c. l. 81/2017 il lavoro agile può essere organizzato sia in base ad un orario di lavoro, sia sulla base di “fasi, cicli o obiettivi”.

⁽⁹⁾ Ai sensi dell’art. 18, 1 c. l. 81/2017 il tempo di lavoro deve essere però contenuto “nei limiti della durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale”.

Al riguardo se si vuole rimanere fedeli, com'è necessario, al modello contrattuale posto dall'art. 2094 c.c. ⁽¹⁰⁾, va in ogni caso escluso che il riferimento all' "obbiettivo" possa trasformare l'obbligazione di lavorare da una obbligazione "di attività" ad una obbligazione "di risultato" ⁽¹¹⁾, traslando così sul lavoratore i rischi giuridici di quella utilità del lavoro che discende da una determinata organizzazione del processo produttivo ⁽¹²⁾ e va ribadito, al contrario, che il lavoratore è tenuto come di consueto ⁽¹³⁾ a rendere lavoro ⁽¹⁴⁾ subordinato come tale "organizzabile" ⁽¹⁵⁾ tramite il potere direttivo datoriale.

⁽¹⁰⁾ Si ricorda che per legge il lavoro agile è una semplice "modalità di esecuzione di un rapporto di lavoro subordinato" (art. 18, 1 c., l. 81/2017).

⁽¹¹⁾ La distinzione fra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato è discussa. Si v. per una ricapitolazione del dibattito v. C. Cester, *Obbligazione di lavoro e diligenza*, in C. Cester, M. G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104 c.c.*, in P. Schlesinger (già diretto da, F.D. Busnelli continuato da) *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, 35 ss., il quale a pagina 38 chiarisce la distinzione fra le due categorie ai fini dell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione: "le prime [obbligazioni di mezzi] si intendono quelle che si limitano ad imporre all'obbligato una data condotta: condotta che, seppur significativa non di un mero sforzo volontaristico ma di un comportamento esteriormente rilevante, viene tuttavia definita come semplice mezzo rispetto ad interessi del creditore ulteriori e diversi rispetto a quelli dedotti nel rapporto obbligatorio; le seconde [obbligazioni di risultato] si intendono quelle nelle quali al debitore è imposto di raggiungere, mediante un certo comportamento, un ulteriore risultato e l'interesse protetto dal creditore è, appunto, il conseguimento di questo risultato ulteriore". È in questo specifico significato che la distinzione è richiamata nel testo.

⁽¹²⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 469; altresì E. Ghera, *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 173.

⁽¹³⁾ È qui presupposta l'idea che il contratto di lavoro subordinato sia caratterizzato, secondo la visione tradizionale, dall'obbligazione di lavorare in modo subordinato, cioè eterodiretto (cfr. per tutti M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 322 ss.; per riferimenti alla giurisprudenza più recente v. A. Garilli, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, in M.P. Aimò, A. Fenoglio, D. Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Università degli Studi di Torino-ESI, 2021, 510 ss.). Questa lettura, pur maggioritaria ad oggi in dottrina e giurisprudenza, non è condivisa da tutti (v. M. Barbieri in questo stesso numero).

Per la precisazione per cui la subordinazione include in sé sia la subordinazione-eterodirezione che la subordinazione-continuità (intesa come semplice dipendenza o vincolo di disponibilità continuativa al controllo del creditore) cfr. E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in E. Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, 2006, 134 e nota 34; già Id., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, DLRI, 1988, 628. Ma su questo punto v. *Parte seconda* di questo scritto.

Per la diversa prospettiva che (sulla scorta di C. Cost. 12 febbraio 1996, n. 30) incentra il contratto di lavoro subordinato sulla alienità dell'organizzazione e del risultato del lavoro v. M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 65/2008; A. Garilli, *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, cit., 502 ss. ove molti riferimenti. Cfr. altresì M. Napoli, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1995, 1109 ss. che ritiene elementi qualificanti del contratto collaborazione, continuità e dipendenza (intesa quest'ultima come alienità dell'organizzazione in cui è inserito il lavoratore).

⁽¹⁴⁾ Ma v. *Parte seconda* del presente scritto per quanto riguarda più precisamente l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore.

⁽¹⁵⁾ Se infatti secondo una nota tesi il contratto di lavoro è da ritenere contratto di organizzazione (cfr. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966; aderisce all'opinione M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2001), nel senso che a tale contratto l'ordinamento assegna la funzione di determinare l'esistenza stessa dell'organizzazione del lavoro, con la conseguenza che sul piano del contratto rileva l'interesse del datore all'organizzazione del lavoro altrui, ma non l'interesse finale dell'organizzazione al profitto (tesi poi circoscritta da F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 51, precisando come sulla posizione debitoria del lavoratore non si riflette l'organizzazione nel suo complesso, ma solo quella frazione di essa in cui il lavoratore è stato o potrebbe essere inserito), in seguito è stato giustamente osservato che nel contratto di lavoro il coordinamento il datore

Fermo questo assunto di fondo, si dovrà allora chiarire se l'ordinamento permetta di sostituire al criterio temporale altri parametri di misurazione quantitativa dell'attività di lavoro e con essa della retribuzione. È chiaro in ogni caso che la risposta a questa domanda non può evincersi dal solo dettato dell'art. 36 Cost., il quale si limita ad imporre che la retribuzione sia commisurata (non solo alla qualità ma anche) alla quantità del lavoro prestato, ma richiede di considerare l'elemento di confronto, cioè le caratteristiche della prestazione di lavoro.

La prima parte di questo scritto sarà dunque dedicata a rispondere a questo interrogativo.

Nel caso in cui si dovesse concludere (e questo è ciò che si cercherà di dimostrare *infra*) che il tempo è necessario criterio di misura della prestazione di lavoro e con essa della retribuzione, emergerebbe subito una seconda questione, per altro intrecciata alla prima e, cioè, quale sia l'oggetto della misurazione tramite il tempo e, dunque, l'oggetto dell'obbligazione di lavorare (*id est* quel lavoro prestato *ex art. 36 Cost.*) sulla cui base parametrare la retribuzione.

Al riguardo una parte della dottrina ha sottolineato come nel nuovo sistema della produzione "*just in time*" non solo non tutte le attività rivestono lo stesso valore, ma ve ne sono alcune che, in quanto non dotate di quella "compiutezza minimale" idonea ad inserirle utilmente nel processo produttivo, non ricadono nell'ambito della "prestazione di lavoro" ⁽¹⁶⁾, con la conseguenza di non dover essere incluse nella misurazione del tempo di lavoro e quindi nel calcolo della retribuzione.

In effetti oggi, in via di fatto, le nuove tecnologie permettono di isolare con grande precisione le varie condotte, naturalisticamente intese, che caratterizzano il lavoro cui si impegna il lavoratore. Detto ciò, però, la questione è squisitamente giuridica: quali attività rientrano – in virtù della struttura sua propria – nell'oggetto dell'obbligazione di lavoro e di conseguenza vanno misurate ai fini della quantificazione della retribuzione?

Si pensi per fare qualche esempio a: i periodi di attesa dell'incarico da parte dei *riders* delle piattaforme di *food delivery* (ove li si ritenga lavoratori subordinati); il tempo impiegato dal lavoratore per indossare gli indumenti da lavoro (il cd. "tempo tuta"); il tempo di "reperibilità" per gli addetti al pronto intervento per la riparazione di linee di telecomunicazione o quello di "disponibilità" per i medici di guardia nei reparti ospedalieri.

di lavoro non lo attende quale autonoma e spontanea tensione del lavoratore verso la realizzazione del risultato dell'organizzazione stessa, ma lo esercita tramite la sottoposizione del contenuto della prestazione lavorativa al potere direttivo; di conseguenza il debito del lavoratore si sostanzia in una attività "coordinabile" non "coordinata" (in questo senso M. Grandi, *op. cit.*, 330 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, 469. Si tratta di attività da ricondurre quindi alle fasi di preparazione all'adempimento.

D'altra parte, nei due casi in cui il legislatore è intervenuto con riguardo ai tempi di attesa dell'incarico, nel lavoro somministrato a tempo indeterminato (art. 34 D.Lgs. 81/2015), o della chiamata, nel lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata (artt. 13 e 16 D.Lgs. 81/2015), ha definito il relativo compenso "indennità".

Qual è dunque l'oggetto dell'obbligazione che il lavoratore assume con il contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*? Un contratto quest'ultimo – è bene ricordarlo – non solo tipico – come più volte affermato dalla Corte costituzionale ⁽¹⁷⁾ – ma anche "indisponibile" sia da parte dell'autonomia privata (individuale e collettiva) sia, ove non sia rispettato il principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost., anche da parte della legge.*

Rispondere a questa seconda domanda richiede di indagare quale sia l'oggetto dell'obbligazione di lavoro dedotta nel contratto *ex art. 2094 c.c.*, analisi che verrà compiuta nella seconda parte di questo scritto.

Parte Prima: il criterio di misurazione.

2. Il contratto di lavoro subordinato è un contratto a prestazioni corrispettive vincolato ad un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo fra prestazione di lavoro e retribuzione

Come noto, tradizionalmente il contratto di lavoro subordinato viene classificato come un contratto oneroso di scambio a prestazioni corrispettive: lavoro *versus* retribuzione.

A differenza, tuttavia, di quanto previsto per la generalità dei contratti sinallagmatici nei quali l'equilibrio fra le prestazioni è lasciato alla libera determinazione dei contraenti ⁽¹⁸⁾, per il contratto di lavoro subordinato la Costituzione – al fine di tutelare la libertà e dignità del lavoratore, riequilibrandone la situazione di disparità economica rispetto al datore di lavoro – pone *una particolare regola limitativa* e, cioè, *vincola l'autonomia privata a rispettare un equilibrio oggettivo di tipo quantitativo* ⁽¹⁹⁾ *fra le due prestazioni principali* ⁽²⁰⁾.

È questo il significato dell'art. 36 Cost. – *norma considerata immediatamente precettiva ed inderogabile* – ai sensi del quale «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità (...) del suo lavoro»

Per il lavoro subordinato, dunque, il legame sinallagmatico fra lavoro e retribuzione che discende dal contratto è ulteriormente integrato tramite l'imposizione

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121; C. Cost. 31 marzo 1994, n. 115; C. Cost. 30 aprile 2015, n. 70.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M. Bianca, *Il contratto*, *Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1984, 460 ss.

⁽¹⁹⁾ Oltre che qualitativo, ma il tema non verrà trattato in questo scritto.

⁽²⁰⁾ Cfr. P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del lavoro*, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffrè, Milano, 2019, 81 e 82: "L'art. 36, c. 1 Cost. fa assurgere il diritto alla retribuzione a diritto di rango fondamentale integrando (o correggendo) obbligatoriamente in "senso sociale" il margine (spesso ampio) di discrezionalità di fissazione del salario che il datore di lavoro avrebbe a sua disposizione nella logica scambistica del mercato".

dall'esterno, ad opera dell'art. 36 Cost., di una regola che obbliga ad un equilibrio *quantitativo ed oggettivo* fra le due prestazioni principali (la prestazione di lavoro, da un lato, e la retribuzione, dall'altro), cosicché entrambe devono necessariamente essere *misurate secondo criteri quantitativi* al fine di stabilire fra esse *un equilibrio oggettivo*.

Ciò detto si tratta però di capire quali parametri di misurazione quantitativa possano essere utilizzati allo scopo. Il che concretamente significa, dato per scontato che, tradizionalmente, la quantità di retribuzione viene misurata in denaro, individuare il parametro (o i parametri) di misura oggettivo(i) per misurare la quantità della prestazione di lavoro.

3. Il tempo è il criterio di misura del "lavoro prestato" in considerazione del carattere continuativo e subordinato della prestazione dedotta in obbligazione

Secondo opinione consolidata il contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* è un contratto di durata ⁽²¹⁾ di tipo continuativo, e ciò per alcuni in virtù delle caratteristiche della prestazione di lavoro che lo connota.

Il lavoratore assume, infatti, non solo l'obbligazione di prestare un'attività che dura nel tempo, ma più specificamente *una prestazione continuativa in senso tecnico, poiché si impegna a svolgere il proprio lavoro in ogni momento per tutto il tempo convenuto*. Il tratto caratteristico peculiare della prestazione di lavoro subordinato è, dunque, la sua illimitata divisibilità *ratione temporis* ⁽²²⁾, cosicché ai fini dell'adempimento è giuridicamente rilevante il lavoro prestato momento per momento in tutto l'arco di temporale convenuto ⁽²³⁾.

Il vincolo ad una prestazione continuativa in senso tecnico, d'altra parte, è imprescindibile per permettere il dispiegarsi di quel potere direttivo che caratterizza il contratto di lavoro subordinato, i cui atti di esercizio possono incidere soltanto su una prestazione che perdura nel tempo ⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ "La classificazione in questa categoria della obbligazione di lavoro subordinato non risulta mai essere stata messa in discussione", così P. Ichino *Il tempo della prestazione di lavoro. Continuità giuridica e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984, 15 s.

⁽²²⁾ Cfr. P. Ichino, *Il tempo della prestazione di lavoro*, cit., 16 ss. e 29; Id. *Il contratto di lavoro*, t. 2, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2000, 286 s. A tale tesi aderisce R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè Milano, 1989, 62 ss. La tesi è stata però criticata, v. fra gli altri V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato, Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari 2008, 118 ss.; A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, t. 1, 1996, 186 ss.; L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, RIDL, 1990, I, 196 ss.

⁽²³⁾ Per una puntuale ricostruzione del dibattito sul punto cfr. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, cit., specie 77 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, op. cit., 286.

Ne deriva la consustanzialità fra il carattere continuativo e subordinato della prestazione ⁽²⁵⁾.

Certo la continuità della prestazione di per sé non è sufficiente a distinguere il contratto di lavoro subordinato dal contratto di lavoro autonomo, per la conclusiva ragione che il modello dell'art. 2222 c.c. ammette non solo prestazioni istantanee e periodiche, ma anche prestazioni propriamente continuative ⁽²⁶⁾.

In ogni caso – ed è questo l'aspetto rilevante ai nostri fini – seguendo tale lettura la continuità è aspetto necessario ed imprescindibile della prestazione di lavoro propria del contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* ⁽²⁷⁾; e, con essa, della causa del contratto ⁽²⁸⁾.

Se dunque con il contratto il lavoratore si obbliga ad una prestazione da svolgere momento per momento per un certo tempo, ciò significa che il tempo – in via diretta o indiretta, come nel caso del cottimo ⁽²⁹⁾ – *assurge a necessario criterio di determinazione della quantità della prestazione promessa* ⁽³⁰⁾, svolgendo così quella medesima funzione che il numero o la quantità ⁽³¹⁾ rivestono nelle obbligazioni aventi ad oggetto il dare cose generiche ⁽³²⁾.

⁽²⁵⁾ Secondo altri invece la continuità attiene *più strettamente* al rapporto cioè al profilo teleologico della prestazione e *quindi in definitiva alla causa del contratto, pur incidendo anche sul modo di essere della stessa*. Scrive al riguardo E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 67: “[...] nel lavoro subordinato, la durata o continuità attiene alla struttura della prestazione (delle opere) incidendo sul *modo di esecuzione e sulla determinazione quantitativa e qualitativa della stessa* [corsivo mio]: la continuità si colloca sul piano teleologico, attenendo essenzialmente al profilo programmatico o della causa del contratto, e deve intendersi in senso non materiale ma *ideale*, come dipendenza o *disponibilità funzionale* del prestatore all'impresa altrui”; Id., *Intervento*, *op. cit.*, 173: “La continuità è infatti l'indice rivelatore dell'elemento causale tipico del contratto di lavoro subordinato per cui il rischio del risultato – il rischio della utilità o produttività del lavoro, da non confondere evidentemente con il rischio d'impresa (cioè il rischio della combinazione dei fattori produttivi) - è a carico del datore di lavoro”; Id., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto*, *op. cit.*, 134; Id., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, *op. cit.*, 630. In senso adesivo v. L. Nogler, *op. cit.*, 199.

Cfr. anche M. Grandi, *op. cit.*, 325: “Nel rapporto di lavoro subordinato [...] la persistenza nel tempo [riguarda] la situazione stessa di subordinazione nel suo significato fondativo di dipendenza dell'obbligato dal potere di direzione e di organizzazione dell'altro contraente, in conformità alla causa del contratto di lavoro. Questa situazione si esprime nella disponibilità continuativa del prestatore, funzionale allo scopo proprio del risultato organizzativo atteso dall'utilizzatore della prestazione lavorativa, il quale deve poter contare, in vista della programmazione di questo risultato, sulla continuativa possibilità di dirigere e coordinare, in vista della collaborazione, l'attività prestatoria”.

⁽²⁶⁾ Cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)*, RDC, 1969, I, 545 ss.; A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, *op. cit.*, 188 ss.

⁽²⁷⁾ P. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 27 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, *op. cit.*, 286.

⁽²⁸⁾ Per i riferimenti alla dottrina che ritiene la continuità più che carattere della prestazione, invece elemento del rapporto e quindi della causa del contratto cfr. nota 25.

⁽²⁹⁾ Cfr. per tutti G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in RGL, 1968, I, 3 ss.

⁽³⁰⁾ E così di determinazione dell'oggetto del contratto *ex art. 1346 c.c.* Cfr. V. Bavaro, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 17; Id., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 188.

⁽³¹⁾ Ovviamente l'altro elemento che permette di individuare l'oggetto dell'obbligazione sono le mansioni, cfr. per questa precisazione M. Napoli, *op. cit.*, 1110.

⁽³²⁾ Cfr. G. Oppo, *Obbligazioni e negozio giuridico, Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992, 240: “Nei contratti di durata *la prestazione è determinata in funzione della durata stessa*, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto. La durata funge [...] da *nota individuatrice* della prestazione e non da modalità accessoria di essa. [...] *la durata ricorre nelle nostre ipotesi come elemento individuatore della (entità quantitativa della)*

Tale conclusione esce, poi, ulteriormente corroborata se si pone mente all'altro carattere che contraddistingue la prestazione di lavoro: la subordinazione.

Con il contratto di lavoro subordinato, infatti, il lavoratore si impegna per un certo tempo a lavorare *sotto la direzione del datore di lavoro* e, così facendo, vincola *prima di tutto e necessariamente il proprio tempo a favore della controparte*. Il tempo in questa diversa prospettiva assume dunque la veste di parametro di misura quantitativo della compressione della libertà personale che il lavoratore, con il contratto, accetta.

Come è stato icasticamente scritto “nella corrispettività tra retribuzione e prestazione il tempo continua a giocare una parte essenziale, perché il tempo è ancora misura della soggezione, che è appunto quel tempo vincolato, in cui non si può utilizzare il proprio “tempo” né in modo giocoso, né altrimenti lucroso”⁽³³⁾.

Se è vero, dunque, che il lavoratore subordinato, tramite il contratto, vincola sempre ed inevitabilmente una certa quantità di tempo proprio a favore di altri – così rinunciando, come persona, ad una parte del proprio tempo di vita –, ne deriva, in ossequio all'art. 36 Cost. – che impone di tutelare la libertà e dignità della persona che lavora da fenomeni di sfruttamento⁽³⁴⁾ –, che il solo criterio oggettivo che individua la prestazione quantitativamente dovuta e simultaneamente permette di misurare quantitativamente la compressione della libertà personale dell'individuo è proprio e solo il tempo.

4. La questione della misura quantitativa della prestazione per i lavoratori “senza tempo”

Se si concorda con il ragionamento fin qui seguito, pare necessario chiedersi se il principio che impone di utilizzare il tempo per individuare la proporzione quantitativa fra retribuzione e lavoro possa subire deroghe o eccezioni con riferimento a particolari figure di lavoratori subordinati.

prestazione nel senso [...] che le prestazioni si determinano in funzione della durata e non questa in funzione di quelle” (corsivo mio). Nello stesso senso R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, Utet Torino, 1965, 297 e 599. Cfr. altresì E. Ghera, F. Liso, voce *Mora del creditore* (dir.lav.), *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 977 e 978.

⁽³³⁾ Così M. V. Ballestrero, *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Genova 4-5 aprile 1986*, Giuffrè, Milano, 1987, 167. Cfr. altresì V. Bavaro, *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 23.

⁽³⁴⁾ Cfr. V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 180 ss., che pone giustamente in luce la stretta connessione nel corpo dell'art. 36 Cost. fra principi in tema di “equa retribuzione” e limitazioni del tempo di lavoro: “Non è per caso [...] che la disciplina del tempo è inserita nell'ambito della previsione sull'equo salario, come se non ci fosse spazio per collocarla altrove (per esempio in fondo all'art. 32 Cost.). Una simile scelta vale a significare che la garanzia del diritto ad una retribuzione equa non varrebbe se, per raggiungere tale livello, il soggetto fosse obbligato ad una prestazione eccessivamente prolungata”.

Come detto, infatti, l'ordinamento conosce i cd. "lavoratori senza tempo", cioè figure di lavoratori subordinati sottratti in larga parte alla disciplina limitativa (e quindi alla misurazione) dell'orario e la cui retribuzione non è quindi calcolata sulla base del tempo di lavoro (quali per es.: dirigenti, personale direttivo, lavoratori dello spettacolo, docenti universitari, ecc. ⁽³⁵⁾).

Norma cardine oggi ⁽³⁶⁾ per individuare la categoria è l'art. 17, c. 5, D.Lgs. 66/2003 ai sensi del quale, pur "nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori", una serie di disposizioni contenute nel decreto stesso limitative della durata della prestazione ⁽³⁷⁾ e prescrittive di pause e riposi ⁽³⁸⁾ "non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi". La stessa norma enumera, poi, a titolo esemplificativo alcune figure di lavoratori escluse dal computo dell'orario fra i quali: i dirigenti, il personale direttivo ed altre figure dell'azienda dotate di potere di decisione autonomo, la manodopera familiare, i lavoratori a domicilio, i telelavoratori, ecc.

Al di là del problema riguardante la *ratio* di tali esclusioni – che non essendo unitaria rende più complesso individuare i contorni della categoria ⁽³⁹⁾ –, è tuttavia certo che la disposizione in parola – come del resto tutto il D.Lgs. 66/2003 considerata la base giuridica delle direttive di cui è attuazione (dir. 93/104/CE; dir. 2000/34/CE) – ha finalità di individuazione dell'orario a fini di tutela della salute e sicurezza e non è deputata in alcun modo ad incidere sui parametri di calcolo della retribuzione.

La regola generale che vuole che la retribuzione sia misurata in proporzione al tempo di lavoro non è dunque derogata dall'art. 17, c. 5, D.Lgs. 66/2003; né d'altra parte lo potrebbe, visto il fondamento di quella regola – derivante, come detto, dalla lettura congiunta di un imperativo costituzionale e dalle caratteristiche imprescindibili della prestazione che connota il contratto di lavoro subordinato ⁽⁴⁰⁾ – destinata per ciò a conformare imperativamente il lavoro subordinato in quanto tale.

⁽³⁵⁾ Cfr. B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, *op. cit.*, ove in particolare v. i contributi di F. Siotto, A. Loffredo, M.D. Santos Fernandez, S. Naimoli, A. Tandoi, M. Lombardi, sulle diverse figure di lavoratori "senza tempo", ma nella prospettiva della qualificazione del rapporto.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, 442 ss.

⁽³⁷⁾ In particolare l'art. 3 che fissa la durata dell'orario normale di lavoro; l'art. 4 che individua la durata massima dell'orario; l'art. 5 e gli artt. 12-13 che pongono limiti rispettivamente al lavoro straordinario e notturno.

⁽³⁸⁾ In particolare l'art. 7 che pone il diritto al riposo giornaliero; l'art. 8 che individua il diritto alle pause.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. Ricci, *op. cit.*, 445 ss.

⁽⁴⁰⁾ Tipo imposto e per ciò – lo si ricorda – immutabile dall'autonomia privata, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, cfr. nota 17.

Se si considera poi il piano meramente fattuale, è difficile sostenere che la misurazione del tempo di lavoro dei lavoratori “senza tempo” sia impossibile: le nuove tecnologie permettono oggi, infatti, di misurare la durata del lavoro in qualunque luogo sia compiuto, anche a distanza. Piuttosto la questione sul piano giuridico è un’altra e, cioè, la precisa individuazione dell’oggetto di misurazione, dunque la nozione di “prestazione di lavoro” sulla quale ci si soffermerà nella seconda parte di questo scritto.

Il fatto che con riferimento ai “lavoratori senza tempo”, comunque, la violazione del principio di proporzionalità quantitativa – conseguente vuoi alle previsioni della contrattazione collettiva, vuoi alle determinazioni del contratto individuale, vuoi in alcuni casi a specifiche previsioni di legge ⁽⁴¹⁾ – non abbia dato luogo ad un contenzioso giudiziario ⁽⁴²⁾, trova ragione nel consistente livello dei compensi spesso riconosciuti *fino ad oggi* a molte di tali figure di lavoratori a causa della loro alta professionalità, compensi che quindi in concreto ben difficilmente avrebbero potuto porre problemi di violazione del canone costituzionale di “giusta retribuzione” ⁽⁴³⁾ secondo la lettura sincretica dei due principi di proporzionalità e sufficienza fatta propria dalla giurisprudenza ⁽⁴⁴⁾.

Lo scenario, tuttavia, sta cambiando: l’allargamento della categoria dei (pretesi) lavoratori “senza tempo” (si pensi alla figura dei lavoratori agili) rende oggi importante riaffermare l’inderogabilità del principio di necessaria proporzione quantitativa in base al tempo fra lavoro e retribuzione ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Cfr. le varie ipotesi di “lavoratori senza tempo” analizzate in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

⁽⁴²⁾ La conseguenza del ragionamento è la nullità (con riparametrazione della retribuzione ex art. 36 cost. e art. 2099 c.c.) delle clausole dei contratti individuali e collettivi che non tengano conto della durata del tempo di lavoro e della incostituzionalità (per violazione dell’art. 36 Cost. e dell’art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento di lavoratori tutti ugualmente subordinati ex art. 2094 c.c.) di quelle disposizioni di legge che fissino parametri per il calcolo della retribuzione sganciati dal tempo di lavoro.

⁽⁴³⁾ Cfr. per una simile considerazione B. Caruso, *op. cit.*, 106.

⁽⁴⁴⁾ Com’è noto la giurisprudenza consolidata individua la retribuzione dovuta ex art. 36 Cost. nelle tariffe salariali fissate dai CCNL con riferimento alla retribuzione base, all’indennità di contingenza ed alla tredicesima mensilità con esclusione dei compensi aggiuntivi, degli scatti di anzianità e di altre mensilità aggiuntive. In tal modo i giudici utilizzano come parametro retributivo il CCNL, ma riducono la retribuzione proporzionata in esso prevista (e declinata sulla base dell’inquadramento del lavoratore) solo ad alcune voci rispetto a tutte quelle previste (“retribuzione minima”). A tale compenso contrattual-collettivo minimo viene poi comparata la retribuzione in concreto percepita dal lavoratore comprensiva questa volta di tutti i compensi acquisiti. Tale lettura finisce per comprimere il canone di proporzionalità ad una “proporzionalità minima” e così in qualche modo per “occultarlo” quando si abbiano di fronte retribuzioni elevate. Per gli orientamenti della giurisprudenza in merito alla lettura dell’art. 36 Cost. cfr. T. Treu, *Commento all’art. 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti Economici*, Tomo I, Art. 35-40, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 72 ss.; più di recente P. Pascucci, *op. cit.*, 95 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. nello stesso senso, anche con riguardo al lavoro agile, P. Pascucci, *op. cit.*, 110 ss. e in part. 118 ss.

Parte Seconda: l'oggetto di misurazione.

5. Il “lavoro prestato” oggetto di misurazione

È ora il momento di affrontare la seconda questione che ci si è proposti di analizzare, ovvero quale sia l'oggetto dell'obbligazione di lavoro, cioè di quel “lavoro prestato” che il principio di proporzionalità quantitativa posto dall'art. 36 Cost. impone di misurare.

Si tratta di una questione di non poco conto: ragionare in un modo o nell'altro ha, infatti, come effetto di dilatare o restringere la nozione di “lavoro” e con essa l'estensione o la riduzione del tempo da misurare, con importanti ricadute sulla quantificazione della retribuzione.

Se – come già osservato – di fatto le nuove tecnologie permettono ormai di rilevare con grande precisione ed in ogni momento il comportamento attivo o di attesa del lavoratore, la discussione va tuttavia mantenuta sul piano strettamente giuridico per indagare quale sia l'oggetto dell'obbligazione assunta. E ciò avendo a mente quel principio di indisponibilità del tipo – più volte riaffermato dalla Corte costituzionale⁽⁴⁶⁾ – che caratterizza il contratto di lavoro *ex art. 2094 c.c.* in cui l'obbligazione di “prestare lavoro” è dedotta: la “prestazione” di lavoro non è modificabile dall'autonomia privata individuale e collettiva, pena rimettere alla libera scelta delle parti la decisione circa il campo di applicazione delle regole – al contrario inderogabili – poste a tutela del lavoratore; la “prestazione”, d'altra parte, non può essere incisa arbitrariamente neppure dalla legge, pena la violazione del principio di ragionevolezza posto dall'art. 3 Cost.

Non è possibile in questa sede dar conto approfonditamente delle riflessioni dedicate dalla dottrina all'oggetto dell'obbligazione di lavoro⁽⁴⁷⁾, tema centrale sia per individuare il tipo del lavoro subordinato, sia per fissare i contorni dell'esatto adempimento e per ripartire le responsabilità fra le parti del rapporto⁽⁴⁸⁾. Basti dire che, superato l'iniziale dibattito circa la riconducibilità dell'obbligazione di lavoro nell'ambito delle obbligazioni di *patti* (di “lasciar fare” in vista di una facoltà di godimento altrui), di dare (le “energie lavorative”) o di fare – protrattosi anche dopo l'avvento del codice civile e la tipizzazione da esso operata del contratto di lavoro subordinato –, la dottrina ha ritenuto in larga maggioranza che il lavoratore assuma un obbligo di fare o di contegno, cioè l'obbligo di svolgere un'attività⁽⁴⁹⁾ e non semplicemente di “mettersi a disposizione” della controparte.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. nota 17.

⁽⁴⁷⁾ Per una ricostruzione delle varie posizioni v. V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 140 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. una puntuale ricostruzione del dibattito v. C. Cester, *op. cit.*, 8 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. fra gli altri F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 35 ed., 189; M. Grandi, *op. cit.*, 335 ss. (e più di recente Id., *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, *ADL*, 2004, 740 ss.); M. Napoli, *op. cit.*, 1109 ss.; C. Cester, *op. cit.*, 15 ss.

In seguito, tuttavia, il dibattito si è nuovamente riaperto nell'ambito di riflessioni dedicate alla mora del creditore. Al riguardo una parte della dottrina, al fine di individuare i contorni della responsabilità datoriale per il rifiuto della prestazione offerta dal lavoratore (*ex artt. 1206 e 1207 c.c.*), ha sostenuto che oggetto dell'obbligazione di lavorare sia la mera "messa a disposizione" delle energie lavorative e non l'effettiva esplicazione di un'attività⁽⁵⁰⁾. Ragionare in questi termini, infatti, riduce di molto l'area di incidenza della mora, a favore del fisiologico operare dello scambio lavoro-retribuzione: se il lavoratore con lo "stare a disposizione" ha già pienamente adempiuto alla propria obbligazione ne consegue che il rifiuto datoriale (che innesca la mora) può venire in considerazione solo in ipotesi del tutto marginali (cioè solo quando non sia accettata la "disponibilità" offerta⁽⁵¹⁾). In questa lettura, d'altra parte, divengono irrilevanti gli eventi impeditivi che colpiscono il sostrato organizzativo⁽⁵²⁾ poiché, essendo l'adempimento già avvenuto con lo "stare a disposizione", essi non possono in alcun modo ridondare in impossibilità di una prestazione già eseguita⁽⁵³⁾.

Tuttavia, come è stato osservato fin dai primi studi sul tema⁽⁵⁴⁾, non è possibile definire quale sia l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore utilizzando le regole in materia di mora del creditore. Esse, infatti, in quanto regole trasversali applicabili ad un ampio spettro di obbligazioni corrispettive, *presuppongono risolta a monte la questione dell'oggetto della specifica obbligazione*. Partire dunque dalla prospettiva della mora del creditore risulterebbe fuorviante⁽⁵⁵⁾.

Ritornando allora al cuore della questione, mi sembra che la soluzione più convincente sia quella offerta da chi – pur fedele all'idea dell'obbligazione di fare del lavoratore – sottolinea "la natura strettamente normativa del contenuto del vincolo

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. De Angelis, *Spunti civilistici in materia di prestazione di lavoro*, RGL, 1973, I, 79 ss.; M. Bin, *Sospensione del rapporto per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, RTDPC, 1978, 52 ss. La posizione era già stata sostenuta da G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964, 76 ss., (anche sulla scorta dell'art. 6, ult. co., r.d.l. 1825/1924 che prevedeva che: "Nel caso di sospensione dal lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale ..."), cfr. 84: "il datore di lavoro paga non soltanto l'esecuzione effettiva di una certa attività, ma piuttosto al fine di avere a propria disposizione una persona su quei lavori che egli ritenga opportuni. In sostanza egli paga per avere qualcuno ai suoi ordini, mentre il dipendente ha in ogni caso diritto alla retribuzione come compenso per la limitazione di libertà che gli deriva dal fatto di essere subordinato ad altri". L'A. ha poi rivisto la propria posizione cfr. G. Cattaneo, voce *Mora del creditore*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di) *Comm. Cod. Civ., Libro quarto. Delle obbligazioni*, Zanichelli Bologna-Il Foro It., Roma, 1973, 72 ss. Per la posizione secondo la quale al contrario l'obbligazione di lavoro consiste in una obbligazione di fare cfr. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè Milano, 1965, 37 ss.; E. Ghera, F. Liso, voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 980; V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 156 ss.; E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione*, Cedam, Padova, 1990, 110 ss.

⁽⁵¹⁾ Per es. nel caso di annuncio di una serrata, così C. Cester, *op. cit.*, 17.

⁽⁵²⁾ Per l'opposta opinione che pur nell'ambito di costruzioni differenti conferiscono rilievo ad eventi impeditivi che colpiscono il sostrato organizzativo v. G. Ghezzi, *op. cit.*, 56 ss.; E. Ghera, F. Liso, *op. cit.*, 981 ss.; V. Speciale, *op. cit.*, 225 ss.; E. Balletti, *op. cit.*, 109 e 257 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. infatti coerentemente G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, *op. cit.*, 160.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, *op. cit.*, 16 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, 146 osservando come – contrariamente a quanto sostenuto da G. Ghezzi nella sua opera monografica – la questione dell'individuazione dell'oggetto dell'obbligazione non è affatto uno "pseudoproblema".

stesso (e non la sua dimensione sociologica o naturalistica)” con la conseguenza che “la prestazione dovuta ben può identificarsi con comportamenti di *facere differenziabili nel loro coefficiente di attività e nel loro modo di porsi in relazione al soddisfacimento dell’interesse del datore*”⁽⁵⁶⁾ (corsivo mio).

In tal modo il fulcro del ragionamento si sposta dal contenuto del “*facere*” del lavoratore (che può includere le più varie “attività” utili al creditore, fino a quelle di attesa e custodia, ai periodi di “reperibilità” e “disponibilità”⁽⁵⁷⁾) *alle modalità di quel facere*. La subordinazione, per così dire, illumina di sé la prestazione del lavoratore⁽⁵⁸⁾.

Secondo questa impostazione, infatti – a mio parere condivisibile – costituisce oggetto dell’obbligo di lavorare ogni prestazione che, a prescindere dal contenuto, *sia caratterizzata dall’essere subordinata, cioè vincolata – tramite l’esercizio del potere direttivo*⁽⁵⁹⁾ – *alle dinamiche mutevoli dell’organizzazione* o, secondo la formula da altri proposta, “organizzabile”⁽⁶⁰⁾.

Ricade in tal modo pienamente nell’area dell’obbligazione primaria di prestare *ex art. 2094 c.c.* – e non tra le obbligazioni secondarie o accessorie⁽⁶¹⁾ – ogni attività *subordinata* del lavoratore; e vi ricade per tutta la sua estensione temporale, come richiesto del resto da quella strutturale “compenetrazione” fra subordinazione e continuità di cui si è detto in precedenza⁽⁶²⁾. Ne consegue che il tempo della prestazione subordinata, qualunque sia il suo contenuto specifico, deve essere considerato ai fini del calcolo della retribuzione quantitativamente proporzionata *ex art. 36 Cost.*⁽⁶³⁾.

È questa del resto la lettura oggi accolta nel diritto vivente.

È noto, infatti, come all’esito di un lungo percorso⁽⁶⁴⁾ – sviluppatosi per interpretare la nozione di “orario di lavoro”, in contrapposizione a quella di “tempo di riposo”⁽⁶⁵⁾, entrambe poste dalla dir. 2003/88/CE al fine di tutelare la salute del

⁽⁵⁶⁾ Così M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 337. In senso adesivo C. Cester, *op. cit.*, 21 ss.

⁽⁵⁷⁾ Per la distinzione v. *infra* nota 69.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in questo ordine di idee V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari, 2008, specie 188 che identifica nel tempo-lavoro l’oggetto del contratto: “*Il tempo è la sostanza oggettiva del contratto di lavoro subordinato. È l’essenza del lavoro. È parametro ontologico del lavoro subordinato proprio quando il lavoro si fa oggetto di un rapporto giuridico patrimoniale; di un rapporto in cui il creditore ha a disposizione (una parte de) il tempo del debitore per la produzione di un bene o servizio. Questo è il Tempo-lavoro. Una formula che [...] enfatizza al massimo il grado di identificazione onto-giuridica fra il tempo ed il lavoro come oggetti del contratto; una formula – il tempo-lavoro identificativa del lavoro subordinato*”.

⁽⁵⁹⁾ Inteso in senso ampio, potendo le direttive essere attuali, potenziali o incorporate nella stessa organizzazione

⁽⁶⁰⁾ Cfr. L. Zoppoli, *op. cit.*, 148.

⁽⁶¹⁾ In questo diverso ordine di idee v. C. Cester, *op. cit.*, 22 ss.; V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, *op. cit.*, 250 ss.; Id., *I tempi preparatori della prestazione lavorativa: una nozione di “confine”*, DRI, 2022, di prossima pubblicazione.

⁽⁶²⁾ V. *supra* par. 3.

⁽⁶³⁾ Salva ovviamente la possibilità di applicazione *anche* del parametro di proporzionalità qualitativa.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto da ultimo cfr. S. Magagnoli, *I criteri interpretativi della nozione di orario di lavoro alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale*, RIDL, 2022, I, 99 ss.; G. Ricci, *La “scomposizione” della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RGL, 2021, n. 1, 324 ss.

⁽⁶⁵⁾ Ai sensi dell’art. 2 della Dir. è “orario di lavoro”: qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali”; è “tempo di riposo”. I due concetti si escludono a vicenda, cfr. fra le altre

lavoratore ⁽⁶⁶⁾– la Corte di Giustizia abbia ritenuto che l’elemento cardine per definire se un dato periodo rientri nel concetto di “orario” non dipende dal contenuto dell’attività (che può anche essere diversa da quella abituale ⁽⁶⁷⁾ oppure consistere nel semplice “stare a disposizione” ⁽⁶⁸⁾, cd. “periodi di disponibilità” ⁽⁶⁹⁾), né dall’intensità dell’impegno richiesto al lavoratore ⁽⁷⁰⁾, ma dalla coerenza del vincolo che lega il lavoratore all’organizzazione, in via prioritaria di tipo geografico (riferito, cioè, al luogo in cui il lavoratore deve permanere ⁽⁷¹⁾) e, in via secondaria, anche solo di tipo temporale (i cd. “periodi di reperibilità”), da accertare sulla scorta di elementi indiziari quali per es. la brevità del lasso di tempo per rispondere alla chiamata o la frequenza degli interventi richiesti ⁽⁷²⁾. Quello che conta per qualificare come “orario” un certo periodo di tempo – e in conseguenza per poter considerare “prestazione di lavoro” l’attività che in esso si dispiega – per la Corte è, dunque, *solo la limitazione subita dal lavoratore* che, in virtù dell’impegno assunto, è *impedito nel gestire il proprio tempo e nel dedicarsi, quindi, liberamente ai propri interessi personali e sociali* ⁽⁷³⁾.

Ciò detto, non si può, però, non sottolineare come dalle pronunce della Corte di giustizia emergano ancora molte incertezze, specie con riguardo ai “periodi di

C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 55. Ne consegue che la direttiva non prevede categorie intermedie fra “tempo di lavoro” e “tempo di riposo”, cfr. C. Giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 43.

⁽⁶⁶⁾ La disciplina della retribuzione esula dal raggio della direttiva (cfr. fra le altre C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritoriala D.*, par. 31-33; C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 26; C. Giust. 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 38-39); tuttavia le ricadute sulla retribuzione della definizione della nozione eurounitaria di “orario” sono inevitabili nel nostro sistema in considerazione del disposto dell’art. 36 Cost.

⁽⁶⁷⁾ Che può consistere anche in una attività di formazione (cfr. C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritoriala D.*, par. 42 e 46).

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 59-60. Il principio è stato ribadito più volte v. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 34-35; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 34-35.

⁽⁶⁹⁾ Per una prima distinzione – alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia – fra “periodi di disponibilità” e “periodi di reperibilità” v. M. Ferraresi, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell’orario di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 110 ss. In base all’evoluzione successiva di quella giurisprudenza si può ritenere che i “periodi di disponibilità” siano quelli caratterizzati dal permanere del lavoratore in un certo luogo definito dal datore di lavoro pronto ad eseguire gli ordini, i “periodi di reperibilità” quei periodi di tempo in cui il lavoratore è disponibile a rispondere in un certo lasso temporale alle chiamate del datore di lavoro.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. C. Giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*, par. 43.

⁽⁷¹⁾ Se in origine la Corte aveva dato particolare rilievo all’elemento spaziale, ritenendo determinante che il lavoratore fosse vincolato a rimanere a disposizione nel luogo di lavoro (Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*, par. 48; C. Giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, par. 64-65), questo elemento è andato via via scolorendo, ammettendosi che il lavoratore possa svolgere l’attività anche in luogo diverso da quello abituale (C. Giust., 28 ottobre 2021, C-909/19, *Unitatea Administrativ Teritoriala D.*, par. 45) o anche rimanere in attesa presso il proprio domicilio (C. Giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 60-63), con la precisazione però che in quest’ultimo caso devono ricorrere stringenti vincoli temporali (v. fra le altre C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 34-36; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 43).

⁽⁷²⁾ Cfr. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 37-54; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 39-55. V. anche C. Giust., 11 novembre 2021, C-214/20, *Dublin City Council*, par. 38-39.

⁽⁷³⁾ Cfr. C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *Radiotelevizija Slovenija*, par. 38; C. Giust. Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *Stand Offenbach am Main*, par. 44.

reperibilità” (74), circa l’intensità del vincolo ed il conseguente grado di compressione della libertà del lavoratore richiesti per qualificare un dato periodo di tempo come “orario di lavoro”.

Si tratta tuttavia di una questione che – una volta accolta l’idea che qualunque attività o “disponibilità” possa costituire oggetto dell’obbligazione di lavoro – non può che essere risolta sulla base della nozione di subordinazione e, cioè, riconducendo tutto quel tempo in cui il lavoratore è esposto (in via di fatto o potenzialmente) alle direttive datoriali nell’area dell’obbligazione e, dunque, del “tempo di lavoro” (75).

Ne consegue che la giurisprudenza nazionale – in virtù dell’obbligo di conformazione all’interpretazione del diritto euro-unitario assunta dalla Corte di Giustizia – dovrebbe non solo respingere l’idea dell’esistenza di “tempi terzi” fra “orario di lavoro” e di “riposo” (come in effetti fa riguardo ai periodi di “reperibilità” (76), di “disponibilità” (77), al “tempo tuta” o “di vestizione” (78)), ma soprattutto, preso atto che la “prestazione di lavoro” può assumere i più diversi contenuti (l’esecuzione di una attività, di alcune limitate mansioni o anche l’“essere a disposizione”), deve condurre il ragionamento alla luce del carattere subordinato del vincolo assunto dal lavoratore, verificando cioè se nel periodo di tempo considerato egli sia soggetto (in via attuale o potenziale) agli atti di esercizio del potere direttivo.

Se il vincolo di prestare subordinatamente sussiste, non potrà certo avere rilievo la frequenza con cui in concreto il potere direttivo è esercitato e neppure l’intensità che, per contratto, caratterizza l’impegno assunto dal lavoratore (desunto dalla brevità dei tempi di reazione al comando datoriale). Seguendo questa logica i cd. “tempi preparatori all’adempimento” – come tali non rientranti nell’obbligazione lavorativa e, dunque, da qualificare come “tempi di riposo” – sono destinati quasi a scomparire, riducendosi ad ipotesi estremamente circoscritte, nel corso delle quali il lavoratore non è soggetto al potere direttivo del datore e dunque non è esposto a modifiche unilaterali circa la durata e la quantità del suo impegno (79).

L’intensità del vincolo di subordinazione ed il conseguente grado di compressione della libertà del lavoratore può valere, semmai, per modulare la retribuzione sul piano della *proporzionalità qualitativa*, fermo rimanendo però, anche in questo caso, il rispetto del canone di *proporzionalità quantitativa della retribuzione (nonché di sufficienza)* ex

(74) Sul punto v. S. Bellomo, L. Rocchi, *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, RIDL, 2021, II, 336 ss.

(75) Cfr. le giuste notazioni di S. Magagnoli, *op. cit.*, 105 s.

(76) Cfr. Cass. 19 dicembre 2019, n. 34125; Cass. 27 ottobre 2021, n. 30301, sulla quale T. Maserati, *Reperibilità, disponibilità e determinazione unilaterale del luogo di lavoro: i più recenti approdi euro-unitari della giurisprudenza di legittimità*, DRI, 2022, in corso di pubblicazione.

(77) Cfr. fra le altre Cass. 9 ottobre 2018, n. 24828, relativa ai periodi “di attesa” durante i quali l’autista di un autotreno, rimanendo sul camion, trasferiva la guida ad un collega; v. anche per fattispecie analoga Cass. 2 marzo 2009, n. 5023; Cass. 14 ottobre 2015, n. 20694 relativamente ai “tempi di attesa” dei trasportatori nelle fasi di carico e scarico della merce. Sulla stessa falsariga Cass., 29 maggio 2017, n. 13466.

(78) Cfr. fra le altre Cass., sez. IV, 7 giugno 2021, 15763; Cass., sez. lav., 7 maggio 2020, n. 8623.

(79) Per questa lettura, mi pare, C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP. C.D.S.L.E. “Massimo D’Antona”, 123/2011, 13 ss. Per l’opposta opinione fra gli altri gli Autori citati alla nota 62.

art. 36 Cost. ⁽⁸⁰⁾. Il tempo, dunque, è necessario criterio di misura della retribuzione anche per i periodi di “reperibilità e “disponibilità” durante i quali il lavoratore sia soggetto al potere di eterodirezione della controparte.

Il ragionamento appena condotto in generale non può che essere riproposto con riferimento a specifiche tipologie di rapporti di lavoro subordinato caratterizzate da fasi di “disponibilità” o “reperibilità”, come il lavoro agile (che costituisce una semplice modalità di svolgimento di un normale contratto di lavoro subordinato) nei periodi in cui il lavoratore, in qualunque luogo si trovi, deve essere “disponibile” ad eseguire gli ordini datoriali, pur di contenuto ridotto (leggere e/o rispondere alle mail, contattare un cliente, contattare il datore di lavoro per organizzare il lavoro per il giorno successivo); come il rapporto di lavoro dei *riders* (quando siano lavoratori subordinati) in quelle fasi in cui assumono l’impegno a rimanere a disposizione, in un luogo o ovunque si trovino, in attesa dell’incarico da parte della piattaforma.

Lo stesso ragionamento va mantenuto fermo, come subito si dirà, anche con riferimento ad alcune ipotesi contrattuali specificamente disciplinate dalla legge, quali il lavoro somministrato a tempo indeterminato ed il lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata.

6. La “disponibilità” nella struttura dell’obbligazione propria del contratto di lavoro somministrato e del contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata ed il principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione ex art. 36 Cost.

Se si condividono le conclusioni raggiunte circa l’oggetto dell’obbligazione del lavoratore subordinato – che, lo si ribadisce, nella visione qui accolta può includere qualunque attività contraddistinta da subordinazione (sia di “fare”, che di “disponibilità a fare”) ⁽⁸¹⁾ –, ne deriva che né il contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato ⁽⁸²⁾, caratterizzato da fasi di disponibilità del lavoratore all’invio fra una missione e l’altra (v. art. 30, secondo periodo, D.Lgs. 81/2015), né il contratto di lavoro intermittente ⁽⁸³⁾ con obbligo di risposta, caratterizzato dall’aver il lavoratore “garantito

⁽⁸⁰⁾ Problema reale vista l’esiguità dei compensi previsti dalla contrattazione collettiva, spesso nei termini di una “indennità”, per i “periodi di disponibilità” e di “reperibilità”, come sottolinea M. Ferraresi, *op. cit.*, specie 118 ss.

⁽⁸¹⁾ V. *supra* par. 3

⁽⁸²⁾ Cfr. per questa opinione già V. Speciale, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in F. Liso, U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, 289.

⁽⁸³⁾ Il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata (art. 14, 4 co., D.Lgs. 81/2015) assume al più le vesti di contratto normativo volto al più a porre le condizioni per la successiva stipulazione di contratti di lavoro subordinato, cfr. R. Voza, *Il lavoro intermittente*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Seconda ed., vol. II, Utet-Wolter Kluwers,

al datore di lavoro la propria disponibilità a rispondere alle chiamate" (v. art. 13, 4 co., D.Lgs. 81/2015) ⁽⁸⁴⁾ presentano per questo aspetto deviazioni o tratti di specialità rispetto al tipo di cui all'art. 2094 c.c. ⁽⁸⁵⁾.

In sostanza l'allargamento interpretativo – rispetto alla visione tradizionale – dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa permette di includere nel suo spettro anche quelle fasi di "disponibilità" che in queste due particolari figure contrattuali di lavoro subordinato caratterizzano, per legge, la complessiva prestazione promessa ⁽⁸⁶⁾.

Da ciò deriva che l'"indennità" individuata dalla legge quale prestazione corrispettiva dei periodi di disponibilità – a carico del somministratore nel contratto di somministrazione (v. art. 34, 1 co., secondo periodo, D.Lgs. 81/2015), a carico del datore di lavoro nel contratto di lavoro intermittente, v. art. 16 D.Lgs. 81/2015) –, in quanto volta appunto a compensare il "lavoro" reso in forma subordinata (nella sua componente di "disponibilità"), è da considerare a tutti gli effetti retribuzione ⁽⁸⁷⁾.

Né è possibile ragionare diversamente una volta ammessa l'assenza di tratti di specialità rispetto all'art. 2094 c.c. – almeno per questo aspetto – delle due figure contrattuali in discussione, salvo violare quel principio di indisponibilità del tipo che presidia, anche nei confronti della legge, il contratto di lavoro subordinato in quanto tale e che non consente variazioni di disciplina in assenza di una "ragionevole giustificazione" (come richiesto dall'art. 3 Cost.) ⁽⁸⁸⁾.

Il principio di proporzionalità quantitativa posto dall'art. 36 Cost., in quanto criterio di misura necessario ed inderogabile della retribuzione del lavoratore subordinato, deve conformare, allora, anche tali "indennità" (in realtà retribuzione) che devono quindi essere parametrare al tempo di "disponibilità" del lavoratore. Una quantificazione delle "indennità" che non tenga in debito conto la durata dell'impegno richiesto al lavoratore non può che comportare la nullità della clausola contrattuale (individuale e collettiva) che statuisca in modo difforme.

7. Conclusione

Volendo tirare a questo punto le fila del ragionamento, è possibile rispondere come segue alle due domande che ci si è posti all'inizio di questo scritto.

Milano, 2007, 1415 sulla scia di P. Bellocchi, *Le aporie del lavoro intermittente*, *ADL*, 2005, 572 ss. che però al contempo riconosce al contratto normativo di lavoro intermittente funzioni derogatorie alle norme di legge.

⁽⁸⁴⁾ Per una ricostruzione delle posizioni dottrinali in alla obbligazione che caratterizza il lavoro intermittente v. R. Romei, *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato a pubblico*, VII ed. 2017, 507 ss. V. da ultimo V. Pinto, *Lavoro intermittente*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del Lavoro*, Wolter Kluwer, Milano, 2020, 2752 ss.

⁽⁸⁵⁾ Per ampi riferimenti alla dottrina nelle varie "stagioni" di regolazione legislativa dei due contratti v. A. Occhino, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giapicchelli, Torino, 2010, 215 ss.

⁽⁸⁶⁾ Giunge a conclusioni simili A. Occhino, *op. cit.*, pur ragionando sulla disciplina precedente delle due figure contrattuali in parola (v. rispettivamente 221 per il lavoro somministrato e 229 per il lavoro intermittente).

⁽⁸⁷⁾ Cfr. P. Pascucci, *op. cit.*, 131 ss. Si tratta comunque di opinione diffusa fra chi ha preso in esame le due diverse tipologie contrattuali.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. nota 17.

Da un lato, *quanto ai criteri di misurazione quantitativa della retribuzione*, in virtù della lettura congiunta della regola di proporzionalità retributiva oggettiva *ex art. 36 Cost.* e delle caratteristiche della prestazione promessa dal lavoratore *ex art. 2094 c.c.*, l’“equa retribuzione” imposta dalla Costituzione va sempre *misurata in base al tempo*.

Dall’altro lato, *quanto al lasso temporale da prendere in considerazione ai fini della misurazione*, esso deve riguardare tutta l’estensione della “prestazione” promessa, includendo in essa, in dipendenza dell’oggetto dell’obbligazione assunta dal lavoratore, ogni attività (sia essa di “fare” o di “disponibilità a fare”) *soggetta al potere direttivo datoriale*.

Bibliografia

- Alessi C., *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP. C.D.S.L.E. "Massimo D'Antona, 123/2011.
- Ballestrero M. V., *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 163 ss.
- Balletti E., *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione*, Cedam, Padova, 1990.
- Bano F., *Il tempo come criterio di verifica dell'adempimento*, in RGL, 1998, I, 129 ss.
- Bavaro V., *Tesi sullo statuto giuridico del tempo nel rapporto di lavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 13 ss.
- Bavaro V., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008.
- Bellocchi P., *Le aporie del lavoro intermittente*, in ADL, 2005, 567 ss.
- Bellomo S., Rocchi L., *Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018*, in RIDL, 2021, II, 336 ss.
- Bianca M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, 3, Giuffrè, Milano, 1984.
- Bin M., *Sospensione del rapporto per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, in RTDPC, 1978, 52 ss.
- Bolego G., *Flessibilità dell'orario di lavoro e proporzionalità della retribuzione*, in LD, 1998, I, 53 ss.
- Caruso B., *La retribuzione e l'orario di lavoro "alla corte" della flessibilità (le manovre sull'orario di lavoro come strumento di flessibilizzazione della retribuzione)*, in QDLRI, 1995, 17, 79 ss.
- Cattaneo G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Giuffrè, Milano, 1964.
- Cattaneo G., voce *Mora del creditore*, in Scialoja e Branca (a cura di) *Comm. cod. civ., Libro quarto. Delle obbligazioni*, Zanichelli Bologna-II Foro It., Roma, 1973, 72 ss.
- Cester C., *Obbligazione di lavoro e diligenza*, in C. Cester, M. G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro. Art. 2104 c.c.* in P. Schlesinger già diretto da, F. D. Busnelli continuato da, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, 5 ss.
- Corrado R., *Trattato di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 1965.
- De Angelis L., *Spunti civilistici in materia di prestazione di lavoro*, in RGL, 1973, I, 79 ss.
- De Luca Tamajo R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in GDLRI, 1986, n. 31, 433 ss.
- Di Molfetta S., Mezzini R., *La contrattazione collettiva ed i nodi irrisolti in materia di lavoro agile*, in LLI, 2021, II, 112 ss.
- Ferrante V., *I tempi preparatori della prestazione lavorativa: una nozione di "confine"*, in DRI, 2022, di prossima pubblicazione.
- Ferrante V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Ferraresi M., *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, in RIDL, 2008, I, 93 ss.
- Garilli A., *La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*, in P. Aimo, A. Fenoglio, D. Izzi (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella*, Università degli Studi di Torino-ESI, 2021, 503 ss.
- Ghera E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006.
- Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002.
- Ghera E., Liso F., voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. Dir.*, XXVI, 1997, 977 ss.
- Ghera E., *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in GDLRI, 1988, 621 ss.
- Ghera E., *Intervento*, in *Il tempo di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Genova 4-5 aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 70 ss.
- Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

- Giugni G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in RGL, 1968, I, 3 ss.
- Grandi M., *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in ADL, 2004, 725 ss.
- Grandi M., voce *Rapporto di lavoro*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 313 ss.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, Tomo II, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, 2000.
- Ichino P., *Il tempo della prestazione di lavoro. Continuità giuridica e collocazione temporale della prestazione lavorativa subordinata*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.
- Loffredo A., *Autodeterminazione della prestazione, poteri e tempo: dirigenti e lavoro a progetto*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 53 ss.
- Lombardi M., *I tempi del tempo: sul legame interrotto fra tempo e subordinazione nel lavoro in ambito universitario*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 93 ss.
- Magagnoli M., *I criteri interpretativi della nozione di orario di lavoro alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale*, in RIDL, 2022, I, 99 ss.
- Marazza M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2001.
- Maserati T., *Reperibilità, disponibilità e determinazione unilaterale del luogo di lavoro: i più recenti approdi euro-unitari della giurisprudenza di legittimità*, in DRI, 2022, in corso di pubblicazione.
- Naimoli S., *"Visibile" e "invisibile" nel rapporto di lavoro nello spettacolo: tempi e subordinazione*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 71 ss.
- Napoli M., *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo II, Giuffrè Milano, 1995, 1057 ss.
- Nogler L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in RIDL, 1990, I, 182 ss.
- Occhino A., *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010.
- Oppo G., *Obbligazioni e negozio giuridico*, *Scritti giuridici*, III, Cedam, Padova, 1992, 201 ss.
- Pascucci P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in *La retribuzione. Atti del XIX Congresso Nazionale di Diritto del lavoro*, Palermo, 17-19 maggio 2018, Giuffrè, Milano, 2019, 59 ss.
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.
- Perulli A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e prestazioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Giuffrè, Milano, Tomo I, 1996.
- Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Pinto V., *Lavoro intermittente*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del Lavoro*, Wolter Kluwer, Milano, 2020, 2752 ss.
- Ricci G., *La "scomposizione" della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in RGL, 2021, I, p. 321 ss.
- Ricci G., *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Roccella M., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 65/2008.
- Romei R., *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato a pubblico*, VII ed. 2017, 507 ss.
- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 35 ed.
- Santos Fernandez M. D., *L'idoneità qualificatoria del tempo nel telelavoro subordinato*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 61 ss.
- Siotto F., *Il paradigma tempo tra subordinazione e lavoro immateriale*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 39 ss.

M.T. CARINCI, *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*

- Spagnuolo Vigorita L., *Impresa, rapporto di lavoro, continuità (Riflessioni sulla giurisprudenza)*, in RDC, 1969, I, 545 ss.
- Speziale V., *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in F. Liso, U. Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, p. 287 ss.
- Speziale V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.
- Tandoi A., *La subordinazione "vincolata" nel lavoro sportivo*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi del lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 83 ss.
- Tursi A., *Le metamorfosi del tempo di lavoro*, in DRI, 2022, 2, 464 ss.
- Treu T., *Commento all'art. 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), *Rapporti Economici*, Tomo I, Art. 35-40, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, 72 ss.
- Voza R., *Il lavoro intermittente*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Seconda ed., vol. II, Utet-Wolter Kluwers, Milano, 2007, 1400 ss.
- Zoppoli L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991.