CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 12 luglio 2005 [1]

I — Introduzione

1. Dinanzi al Conseil d'État francese pendono alcuni ricorsi diretti contro un decreto che istituisce, per i dipendenti di taluni centri sociali e medico sociali, un regime di equivalenza delle ore prestate in tali centri, ai fini del computo delle ore di lavoro effettivo.

2. In ambito nazionale, tale sistema trova fondamento nel Code du travail (Codice del lavoro), ma il problema risiede nella sua compatibilità con la direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro [2].

3. Vi è inoltre una complicazione aggiuntiva, dato che, in sede di recepimento della suddetta normativa comunitaria, la Francia ha adottato misure più favorevoli per i dipendenti, sulle quali può incidere la soluzione che verrà data alle questioni pregiudiziali in esame.

II — Ambito normativo

A — *La normativa comunitaria*

1. Antecedenti

4. Da decenni ormai nei paesi europei esiste, grazie anche ad un contesto internazionale

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 307, pag. 18. Dopo essere stata più volte modificata, tale direttiva è stata sostituita dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88/CE (GU L 299, pag. 9), che reca lo stesso titolo, e, per quanto interessa nel presente procedimento, ha un contenuto simile, se non identico, alla prima direttiva.

favorevole [3], la tendenza a ridurre la durata della giornata lavorativa. Questo fattore incide sul mercato del lavoro e, di conseguenza, anche sulle relative libertà fondamentali.

5. Tuttavia, bisogna aspettare fino agli anni settanta per assistere alla comparsa nella Comunità europea, ad opera del Consiglio, dei primi interventi in materia: la raccomandazione 22 luglio 1975, 75/457/CEE [4], che invita gli Stati membri ad adottare le quaranta ore settimanali e le quattro settimane di ferie, e la risoluzione 18 dicembre 1979 sulla ristrutturazione del tempo di lavoro [5], che invitava a ridurre il ricorso sistematico alle ore di straordinario e il volume annuale di lavoro, nonché ad applicare strumenti di flessibilità. Fu inoltre presentata una seconda proposta di raccomandazione in materia, del 23 settembre 1983 [6], che non è andata a buon fine per la natura controversa dei temi trattati, in un'epoca di crisi della politica sociale [7].

6. L'Atto Unico europeo [8], che ha introdotto l'art. 118 A nel Titolo III del Trattato di Roma [9], e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, approvata il 9 dicembre 1989 durante il Consiglio europeo di Strasburgo [10], la quale ha riconosciuto che la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro svolgono un ruolo importante in vista del ravvicinamento delle condizioni di vita dei lavoratori dipendenti, hanno dato avvio al processo che ha portato all'adozione della direttiva 93/104 [11].

3 — È di particolare rilevanza in tale contesto l'azione dell'Organizzazione internazionale del lavoro, la cui prima convenzione, la n. 1/1919 ha affrontato la questione dell'orario di lavoro nell'industria; dopo la prima, molte altre convenzioni si sono susseguite in materia, come ad esempio, la n. 14/1921, sul riposo settimanale; la n° 30/1930, riguardante l'orario di lavoro negli esercizi commerciali e negli uffici; la n°47/1935, sulle quaranta ore settimanali. Su un altro piano, l'art. 24 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo del 1948, enuncia che «Ogni persona ha il diritto al riposo ed al tempo libero, incluse ragionevoli limitazioni delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite» e l'art. 7, lett. d) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, approvato nel 1966, riconosce il diritto «al riposo, al tempo libero, ad una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite, nonché ad una remunerazione per i giorni festivi».

4 — GU L 199, pag. 32.

5 — GU 1980, C 2, pag. 1.

6 — Proposta di raccomandazione del Consiglio sulla riduzione e la ristrutturazione del tempo di lavoro (GU C 290, pag. 4).

7 — In merito a tale evoluzione del contesto comunitario, v. Arrigo, G., *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè ed., Milano, 2001, pagg. 200-205.

8 — GU 1987, L 169, pag. 1.

9 — Come ha ricordato l'avvocato generale Léger nelle conclusioni presentate nella causa Regno Unito/Consiglio (decisa con sentenza 12 novembre 1996, a cui farò riferimento più dettagliatamente in prosieguo), «prima dell'adozione dell'Atto unico europeo non esistevano disposizioni specifiche in materia di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori» (paragrafo 28). Il Trattato conteneva soltanto due riferimenti espliciti alle condizioni di lavoro, precisamente, negli artt. 117 e 118, ma, il primo non attribuiva alla Comunità una competenza in materia sociale ed il secondo, a tenore della sentenza 9 luglio 1987, cause riunite 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 e 287/85, Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito/Commissione (Racc. pag. 3203, punto 14), aveva una portata limitata (nota 8 delle citate conclusioni).

10 — COM(89) 471 def.

11 — Ciononostante, la direttiva del Consiglio 14 ottobre 1991, 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (GU L 288, pag. 32), aveva messo in evidenza il carattere essenziale, all'interno del rapporto di lavoro, dell'elemento temporale, in quanto prevede che «la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro» debba essere comunicata ai lavoratori [art. 2, n. 2, lett. i)].

2. Il diritto primario

7. L'art. 118 A del Trattato CE [12] (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136-143 CE) obbligava gli Stati membri ad adoperarsi per «promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori», e per incoraggiare «l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso, delle condizioni esistenti in questo settore» (n. 1).

8. A tal fine, la detta disposizione attribuiva al Consiglio la competenza ad adottare, deliberando a maggioranza qualificata, direttive contenenti le prescrizioni minime, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti a livello nazionale (n. 2), aggiungendo che tali direttive non avrebbero impedito «che ciascuno Stato membro mantenga e stabilisca misure (...) per una maggiore protezione delle condizioni di lavoro».

9. L'attuale art. 136 CE persegue «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro» e l'art. 137 CE impegna la Comunità a sostenere e a completare l'azione degli Stati membri volta al «miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori» [n. 1, lett. a)], nonché al miglioramento delle «condizioni di lavoro» [n. 1, lett. b)].

10. Lo stesso art. 137 CE conferma la competenza del Consiglio ad adottare, nei settori a cui si riferisce, prescrizioni minime applicabili progressivamente [n. 2, lett. b)], senza compromettere la possibilità che vengano mantenute o stabilite a livello nazionale «misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione» (n. 4, secondo trattino).

3. La Direttiva 93/104

11. Il 12 giugno 1989 il Consiglio ha emanato la direttiva 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro [13], che, secondo la sentenza BECTU [14], ha stabilito i principi generali in questo campo, principi poi sviluppati da una serie di direttive

12 — Introdotto dall'art. 21 dell'Atto Unico europeo.

13 — GU L 183, pag. 1.

14 — Sentenza 26 giugno 2001, causa C-173/99 (Racc. p. I-4881, punto 5).

specifiche, tra le quali figura la direttiva 93/104 [15], sul cui fondamento normativo è sulla cui disciplina e opportuno soffermarsi.

a) Fondamento normativo

12. La direttiva ha come fondamento l'art. 118 A del Trattato CE, la cui formulazione, essendo il frutto di un compromesso, ha dato adito a notevoli dubbi interpretativi circa i limiti dell'azione comunitaria [16].

13. La direttiva è stata approvata a maggioranza qualificata con l'opposizione del Regno Unito, che si è rivolto alla Corte di giustizia chiedendo il suo annullamento o, in subordine, quello dell'art. 4, dell'art. 5, nn. 1 e 2, dell'art. 6, n. 2, e dell'art. 7. Il primo motivo dedotto contestava l'erroneità del fondamento giuridico prescelto; il ricorrente ha inoltre invocato la violazione del principio di proporzionalità, lo sviamento di potere e alcuni vizi di forme sostanziali; secondo il Regno Unito, la direttiva avrebbe dovuto fondarsi sull'art. 100 del Trattato CE (divenuto art. 94 CE) o sull'art. 235 del detto Trattato CE (divenuto art. 308 CE), che richiedono l'unanimità in seno al Consiglio.

14. Con la sentenza 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito/Consiglio [17], la Corte ha respinto il ricorso, sebbene abbia annullato l'art. 5, n. 2 [18], riconoscendo che l'organizzazione dell'orario di lavoro fosse oggetto di una direttiva emanata ai sensi dell'art. 118 A del Trattato, in quanto le nozioni di «ambiente di lavoro», «sicurezza» e «salute» in essa contenute dovevano essere interpretate in senso ampio, in modo da

15 — Tra le direttive specifiche, occorre ricordare: la direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU L 145, pag. 4); la direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/81/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES (GU 1998, L 14, pag. 9). Tra le direttive di settore, ricordiamo: la direttiva del Consiglio 21 giugno 1999, 1999/63/CE, relativa all'accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FST) (GU L 167, pag. 33); la direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/79/CE, relativa all'attuazione dell'accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile concluso da Association of European Airlines (AEA), European Transport Workers' Federation (EFT), European Cockpit Association (ECA), European Regions Airline Association (ERA) e International Air Carrier Association (IACA) (GU L 302, pag. 57) e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 marzo 2002, 2002/15/CE, concernente l'organizzazione dell'orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto (GU L 80, pag. 35).

16 — Banks, K., «L'art. 118 A, élément dynamique de la politique sociale communautaire», in *Cahiers de droit européen*, n° 5-6, 1993, pag. 537.

17 — Racc. pag. I-5755.

18 — Tale disposizione prevedeva che «il periodo minimo di riposo di cui al primo comma comprende in linea di principio la domenica». La sua invalidità è stata attribuita al fatto che il Consiglio aveva omesso di spiegare per quale motivo la domenica, come giorno di riposo settimanale, presentasse un nesso più importante con la salute e la sicurezza dei lavoratori rispetto ad un altro giorno della settimana (punto 37).

comprendere «tutti i fattori, fisici o di altra natura» pertinenti (punto 15) [19].

15. Da tale pronuncia si ricava l'idea che «l'organizzazione dell'orario di lavoro non è necessariamente intesa come uno strumento della politica dell'occupazione» (punto 28), ma viene considerata nell'ottica di una sua possibile incidenza favorevole sull'ambiente di lavoro (punto 29).

b) Contenuto

16. La direttiva instaura una disciplina apparentemente semplice e generica, ma in realtà complessa [20].

17. Ai sensi dell'art. 1, essa stabilisce prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute (n. 1), poiché si applica «ai periodi minimi di riposo giornaliero, riposo settimanale e ferie annuali nonché alla pausa ed alla durata massima settimanale del lavoro» [n. 2, lett. a)] e «a taluni aspetti del lavoro notturno, del lavoro a turni e del ritmo di lavoro» [n. 2, lett. b)].

18. L'art. 2 precisa che, ai sensi della direttiva, «si intende per:

1) *"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;

2) *"periodo di riposo"*: qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro;

3) *"periodo notturno"*: qualsiasi periodo di almeno 7 ore, definito dalla legislazione nazionale e che comprenda in ogni caso l'intervallo fra le ore 24 e le ore 5;

(...)».

19 — Alonso Olea, M., «¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?», in *Revista española de derecho del trabajo*, nº 93, gennaio/febbraio, 1999, pag. 5 e segg., risponde negativamente alla domanda proposta, dissentendo pertanto dalla pronuncia giurisprudenziale summenzionata. Altre critiche sono state espresse da Ellis, E., «Case C-84/94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council, Judgment of 12 November 1996, not yet reported», in *Common Market Law Review*, nº 34, 1997, pag. 1057; e da Poulpiquet, V., «La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne», in *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 4, ottobre/dicembre 1999, pagg. 726 e segg. A favore si è espresso, Kenner, J., «A distinctive legal base for social policy? The Court of Justice answers a "delicate question"», in *European Law Review*, nº 22, 1997, pag. 586, secondo il quale la Corte di giustizia riconoscerebbe l'autonomia della politica sociale all'interno dei Trattati.

20 — Arrigo, G., op. cit., pag. 233.

19. Di seguito, vengono enunciati alcuni criteri relativi al prolungamento dei suddetti periodi, tenuto conto dell'intervallo preso a riferimento.

— Il riposo giornaliero è regolato dall'art. 3:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici, nel corso di ogni periodo di 24 ore, di un periodo minimo di riposo di 11 ore consecutive» [21].

— La settimana viene presa in considerazione in due ambiti:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici, per ogni periodo di 7 giorni, di un periodo minimo di riposo ininterrotto di 24 ore a cui si sommano le 11 ore di riposo giornaliero previste all'art. 3.

21 — Come fa notare Teyssié, B., *Droit européen du travail*, Litec ed., Parigi, 2001, pag. 184, viene lasciata da parte la determinazione dei giorni festivi, argomento strettamente legato alle pratiche religiose ed alla storia di ciascuno Stato.

Il periodo minimo di riposo di cui al primo comma comprende in linea di principio la domenica.

Se condizioni oggettive, tecniche o di organizzazione del lavoro lo giustificano, potrà essere fissato un periodo minimo di riposo di 24 ore» (art. 5).

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori:

1) la durata settimanale del lavoro sia limitata mediante disposizioni legislative, regolamentari o amministrative oppure contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali;

2) la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di 7 giorni non superi 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario» (art. 6).

— Le ferie annuali sono contemplate dall'art. 7:

«1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali.

2. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro».

20. Di seguito, gli artt. 8-12 sono dedicati al lavoro notturno e l'art. 13 al ritmo di lavoro.

21. Gli artt. 15, 16 e 17 contribuiscono a giustificare gli aggettivi «flessibile» [22] o «troppo elastica» [23], che sono stati attribuiti alla direttiva [24]:

— L'art. 15 stabilisce che «la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre misure legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza o della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori».

— L'art. 16 descrive i periodi di riferimento, dando agli Stati membri la facoltà di prevedere:

«1) per l'applicazione dell'articolo 5 (riposo settimanale), un periodo di riferimento non superiore a 14 giorni;

2) per l'applicazione dell'articolo 6 (durata massima settimanale del lavoro), un periodo di riferimento non superiore a quattro mesi;

I periodi di ferie annue, concesse a norma dell'articolo 7, ed i periodi di assenza per malattia non vengono presi in considerazione o sono neutri ai fini del computo della media;

22 — Riberio, M. de F., «O tempo de trabalho no direito comunitário», in Oliveira Pais, S. e Ribeiro, M. de F., *Dois temas de direito comunitário do trabalho (Incumprimento das directivas comunitárias/O tempo de trabalho no direito comunitário)*, Publicações Universidade Católica, Oporto, 2000, pagg. 120 e 121.

23 — Rocella, M., Aimo, M., e Izzi, D., *Diritto Comunitario del Lavoro*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 1999, pag. 906.

24 — Secondo Supiot, A., «Alla ricerca della concordanza dei tempi (le disavventure europee del "tempo di lavoro")», *Lavoro e Diritto*, anno 11, nº 1, inverno 1997, pag. 16, la direttiva detta nella prima parte alcune regole (artt. 1-16) che vengono poi private di obbligatorietà nella seconda parte (artt. 17 e 18).

3) per l'applicazione dell'articolo 8 (durata del lavoro notturno), un periodo di riferimento definito previa consultazione delle parti sociali o mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale o regionale fra le parti sociali.

Il periodo minimo di riposo settimanale di 24 ore prescritto a norma dell'articolo 5 non viene preso in considerazione per il computo della media se cade nel periodo di riferimento in questione».

— L'art. 17 permette alle autorità nazionali di derogare alle norme comunitarie, entro alcuni limiti. In conclusione, ai sensi del n. 2, «per via legislativa, regolamentare o amministrativa o mediante contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali», è possibile derogare alle disposizioni degli artt. 3, 4, 5, 8 e 16:

«b) per le attività di guardia, sorveglianza e permanenza caratterizzate dalla necessità di assicurare la protezione dei beni e delle persone, in particolare, quando si tratta di guardiani o portinai o di imprese di sorveglianza;

c) per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione, in particolare, quando si tratta:

i) di servizi relativi all'accettazione, al trattamento e/o alle cure prestate da ospedali o stabilimenti analoghi, da case di riposo e da carceri;

(...)».

22. Infine, è opportuno segnalare che l'art. 18 ammette che uno Stato membro non esiga il rispetto del limite massimo delle 48 ore settimanali, purché sottoponga tale eccezione a specifiche condizioni, tra le quali figura l'obbligo del datore di lavoro di chiedere ed ottenere il consenso del lavoratore interessato [n. 1, lett. b), sub i), primo trattino].

B.— *La legislazione francese*

1. Il Code du travail

23. Parte di tale normativa è dedicata alla durata della prestazione lavorativa, in cui

l'orario di lavoro è distinto dal riposo [25]. Le disposizioni del codice sono state modificate con legge 13 giugno, 1998 n. 98-461 [26], e con legge 19 gennaio 2000 n. 2000-37 [27].

a) L'orario di lavoro

24. Ai sensi dell'art. L. 212-1, nei luoghi di lavoro e in relazione alle professioni menzionate nell'art. L. 200-1, nonché con riguardo alle aziende artigianali o cooperative e alle loro pertinenze, la durata del lavoro effettivo dei lavoratori subordinati stabilita dalla legge ammonta a trentacinque ore settimanali (primo comma), con il divieto di superare il limite di dieci ore giornaliere, salvo che, con decreto, vengano stabilite eccezioni (secondo comma).

25. L'art. L. 212-2 permette di adottare, con decreto emanato dal Consiglio dei Ministri, le modalità di applicazione dell'art. L. 212-1, disciplinando in particolare la distribuzione dell'orario di lavoro, i periodi di riposo, le eccezioni e, tra gli altri aspetti, le misure di controllo (primo comma).

26. L'art. L. 212-4, primo comma, definisce la nozione di lavoro effettivo come il periodo durante il quale il dipendente è a disposizione del datore di lavoro e si conforma ai suoi ordini senza dedicarsi a proprie occupazioni personali. Nel secondo comma l'intervallo per consumare i pasti e le pause sono considerati parti del lavoro effettivo, sempreché vengano soddisfatte le suddette condizioni; altrimenti, tali periodi possono essere retribuiti su base convenzionale o contrattuale. Subito dopo il terzo comma, che riguarda gli intervalli dedicati al cambio di tenuta, il quarto comma permette di istituire «una durata equivalente alla durata stabilita per legge per professioni e per posti determinati che comportano periodi di inattività»; tali periodi sono retribuiti in base agli usi o ai contratti collettivi.

27. L'art. L. 212-4 bis contempla i cosiddetti periodi di «reperibilità», in cui il dipendente, pur non essendo a disposizione permanente ed immediata del datore di lavoro, è tenuto ad essere reperibile nella sua abitazione o nei

25 — Sulle norme più recenti del diritto francese riguardanti questa materia, v. Favennec-Héry, F., «L'évolution de la réglementation du temps de travail en France», Yota Kravaritou (ed.), *The Regulation of Working Time in the European Union (Gender Approach)/La réglementation du temps de travail dans l'Union européenne (Perspective selon le genre)*, Presses Interuniversitaires Européennes, Bruxelles, 1999, pagg. 221-228. Per quanto riguarda le norme anteriori che, considerate globalmente, presentavano un panorama assai complesso, v. Barthélémy, J., *La durée et l'aménagement du temps de travail*, Parigi, 1989, pag. 11 e segg.

26 — JORF del 14 giugno 1998, pag. 9029.

27 — JORF del 20 giugno 2000 (pag. 975). Tale legge ha risposto all'esigenza di trasporre le norme della direttiva 93/104, in quanto, come è stato accertato con sentenza 8 giugno 2000, causa C-46/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-4379), la direttiva non era stata recepita entro il termine stabilito.

paraggi al fine di poter effettuare, all'occorrenza, una prestazione a favore dell'impresa, nel qual caso solo tale intervento è calcolato come lavoro effettivo.

28. Ai fini del calcolo delle ore di lavoro effettive, l'art. L. 212-7, secondo comma, stabilisce una durata massima settimanale di quaranta quattro ore su un periodo di riferimento di dodici settimane consecutive, con l'obbligo di non superare le quarantotto ore lavorative nella stessa settimana.

b) Il periodo di riposo

29. L'art. L. 220-1 stabilisce che il riposo minimo giornaliero non debba essere inferiore a undici ore consecutive (primo comma), sebbene siano possibili alcune distinzioni in relazione a determinate attività (secondo comma).

30. A norma dell'art. L. 221-4, il riposo settimanale non può scendere al di sotto delle ventiquattro ore consecutive, cui si sommano le ore di riposo giornaliero (primo comma).

2. Il decreto n° 2001-1384

31. Tale decreto è stato adottato il 31 dicembre 2001 sul fondamento dell'art. L. 2121-4 del Code du travail, al fine di stabilire l'equivalenza della durata legale del lavoro prestato nei centri sociali e medico-sociali gestiti da privati senza fini di lucro [28].

32. Esso consta di quattro disposizioni:

— L'art. 1 definisce l'ambito di applicazione della normativa, estendendolo 1) ai centri gestiti da privati senza fini di lucro, menzionati all'art. L 312-1, punti 1°, 2°, 4°, 5° e 8° del Code de l'action sociale et des familles; e 2) agli impieghi a tempo pieno degli addetti alla rieducazione, del personale infermieristico e degli operatori tecnico-sanitari nonché delle persone che, avendo la stessa qualifica, li sostituiscano nei locali del servizio di guardia assumendo la responsabilità della sorveglianza notturna.

28 — JORF del 3 gennaio 2002, pag. 149.

— A norma dell'art. 2, ai fini del computo della durata del lavoro prestato in tali luoghi e lavori, ciascun periodo di nove ore di sorveglianza notturna effettuato nei locali del servizio di guardia equivale a tre ore di lavoro effettivo, con l'aggiunta di mezz'ora per ogni ulteriore periodo di sessanta minuti.

— A tenore dell'art. 3, il periodo di presenza nel locale del servizio di guardia si estende dal momento in cui le persone ospitate dal centro vanno a dormire sino al loro risveglio, conformemente agli orari di servizio e senza superare le dodici ore.

— Infine, l'art. 4 attribuisce la competenza dell'esecuzione delle precedenti disposizioni ai ministri del Lavoro, della Solidarietà, della Giustizia e degli Interni.

III — Fatti, causa principale e questioni pregiudiziali

33. Il sig. Abdelkader Dellas, la Confédération générale du travail, la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT e la Fédération nationale de l'action sociale Force Ouvrière hanno impugnato il decreto n° 2001-1384 dinanzi alla Section du contentieux del Conseil d'État, sostenendo che l'art. L. 212-4 del Code du travail è stato applicato in maniera errata, che vi è stato un errore manifesto di valutazione, che viene violato l'obiettivo legale della riduzione dell'orario di lavoro e il principio di uguaglianza con le strutture di carattere pubblico, nonché che viene violato l'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali; infine, i ricorrenti sostengono che l'istituzione di un regime di equivalenze disattende gli obiettivi della direttiva 93/104.

34. Nel ricorso di annullamento proposto, è stato ammesso l'intervento dell'Union des fédérations et syndicats nationaux d'employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, social et médico-social (UNIFED), a sostegno dell'Amministrazione.

35. Il citato organo giurisdizionale ha sospeso il procedimento e, prima di statuire, ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, tenuto conto dell'oggetto della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, che è, a tenore dell'art. 1, n. 1, quello di stabilire prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, la definizione dell'orario di lavoro da essa enunciata debba ritenersi applicabile unicamente alle soglie comunitarie che

essa fissa o, in via generale, si riferisca anche alle soglie accolte dai diritti nazionali, segnatamente al fine di assicurare la trasposizione della suddetta direttiva, quand'anche tali ultime soglie possano essere state fissate, come nel caso della Francia e con un intento di protezione dei dipendenti, a un livello di maggiore tutela di quelle della direttiva.

2) In quale misura un regime di equivalenza strettamente proporzionale che prende in considerazione la totalità delle ore di presenza, applicando a queste ultime un meccanismo di ponderazione relativo alla minore intensità del lavoro fornito durante i periodi di inattività, possa considerarsi compatibile con gli obiettivi della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

36. Hanno presentato osservazioni scritte, entro il termine a tal fine stabilito dall'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia, il sig. Abelkader Dellas, la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, la UNIFED, i governi tedesco, belga, olandese e francese, nonché la Commissione.

37. All'udienza del 12 maggio 2005 sono intervenuti, per svolgere osservazioni orali, i rappresentanti della Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, dei governi francese e olandese e della Commissione.

V — Analisi delle questioni pregiudiziali

38. Il Conseil d'État chiede alla Corte di esaminare due aspetti della direttiva 93/104: primo, se le nozioni in essa contenute si proiettino sui limiti da essa stabiliti, oppure sui limiti indicati nelle norme nazionali di attuazione; inoltre, se essa permetta di istituire un regime di equivalenza che ponderi l'intensità del lavoro.

39. Prima di esaminare la giurisprudenza direttamente applicabile alla fattispecie, occorre esporre alcune riflessioni relative al modo in cui il tempo influisce sul lavoro e al computo di quest'ultimo; con tali elementi sembra più facile esaminare le questioni pregiudiziali, cominciando dalla seconda, dato che, solamente ove si giunga al convincimento della compatibilità del sistema proporzionale con il diritto comunitario sarebbe rilevante esaminarne i limiti; altrimenti, l'esame richiesto sarebbe privo di utilità [29].

29 — Come dicono Johansson, A., e Meyer, F., «La légalité des heures d'équivalence en question (A propos de l'arrêt du Conseil d'État du 3 décembre 2003)», in *Droit ouvrier*, aprile 2004, pag. 157, la prima questione è periferica

A — *L'orario di lavoro*

1. Limiti della giornata lavorativa

40. «Esiste un'uguaglianza di base. A prescindere dalle coordinate sociali, una giornata è composta per tutti da ventiquattro ore. Tecnicamente, il tempo è qualcosa che non si può fabbricare» [30]. Questa idea spiega l'importanza particolare che il fattore temporale riveste, sia all'interno del contratto di lavoro, sia con riguardo alle relative prestazioni, poiché determina la durata dell'uno e delle altre, e, al contempo, configura alcuni aspetti importanti dello status giuridico del lavoratore dipendente, considerato come singolo e collettivamente [31].

41. L'attività lavorativa, come tutte le altre attività, si dispiega nel tempo. La sua durata, giornaliera o settimanale, viene limitata in base a criteri economici, comprendendo le ore necessarie per percepire un salario con cui il lavoratore possa soddisfare le sue «esigenze naturali» [32]. Tuttavia, il datore di lavoro assume il lavoratore per conseguire un lucro, dovendo immettere beni e servizi sul mercato.

42. Considerando questi due punti, la giornata di lavoro si prolunga per il tempo necessario affinché il valore ottenuto con lo sforzo compiuto, insieme agli altri fattori di produzione, assicuri la sussistenza di una parte, e al contempo provveda al finanziamento ed al profitto dell'altra.

43. Tuttavia, se, sul piano economico, sembra indispensabile stabilire una soglia minima al di sotto della quale il guadagno del datore di lavoro decresce fino ad azzerarsi, sotto il profilo sociale e giuridico si richiede l'indicazione di una soglia massima delle ore di lavoro per tutelare la salute dei dipendenti.

44. Vari elementi confluiscono verso tale obiettivo: finanziari — che comprendono i livelli di occupazione e salariali; tecnici, come il maggiore o il minor grado di automatizzazione dell'industria; e istituzionali, come risultato della contrattazione collettiva o

30 — Anisi, D., *Creadores de escasez*, Alianza Ed., Madrid, 1995.

31 — Supiot, A., «À la recherche de la concordance des temps (à propos de la Directive européenne "Temps de travail" n° 93/104 du 23 novembre 1993)», in *The Regulation*, op. cit., pagg. 108-111, rileva che l'orario consente di restringere i poteri del datore di lavoro sul dipendente e di valutare il rendimento di quest'ultimo; complessivamente, esso serve per stabilire il ritmo di lavoro.

32 — Marx, K., *Il Capitale*, libro I, Terza sezione, capitolo VIII: «La giornata lavorativa»; insiste su tale idea nel libro III, Settima sezione, capitolo XLVIII: «come il selvaggio deve lottare contro la natura per soddisfare i suoi bisogni, per trovare sostentamento per vivere e riprodurre la vita, così deve fare anche l'uomo civile e lo deve fare in tutte le forme di società e sotto tutti i possibili sistemi produttivi».

della legislazione[33]. In tale ultimo contesto, una delle prime manifestazioni dell'intervento dello Stato nei rapporti di lavoro si è concretizzata nell'imposizione di un limite massimo della giornata lavorativa, con l'istituzione di un regime comune, di altri regimi speciali e di un complesso di esclusioni, che, storicamente, è passato dalle oltre quattromila ore di lavoro pro capite all'anno, proprie dei primi decenni del XIX secolo, ad una media annuale compresa attualmente tra le 1 600 e le 1 900 ore[34].

45. La fissazione della detta soglia serve, per di più, a separare la prestazione di lavoro ordinaria da quella straordinaria, il che ha importanti conseguenze, in quanto ai lavori inusuali viene applicato uno status particolare[35].

2. Il computo dell'orario di lavoro

46. Dopo aver sottolineato quanto sia importante definire il periodo in cui il lavoratore espleta i suoi obblighi, occorre precisare i momenti che lo delimitano.

47. Tradizionalmente, l'orario di lavoro veniva calcolato in base a fasi, più o meno ampie o continuate, in cui il dipendente svolgeva un lavoro «effettivo», laddove tale concetto veniva identificato con la produttività, dalla quale dipendeva anche la retribuzione.

48. Successivamente, sono entrate nel computo le pause destinate alla consumazione dei pasti o al cambio degli abiti, così come la semplice permanenza sul luogo di lavoro o le ore in cui il lavoratore rimane a disposizione del datore di lavoro, sebbene le caratteristiche di tali circostanze non venissero ancora definite con precisione[36].

49. Ridurre il computo ai casi in cui il compito svolto dal dipendente arreca un guadagno al datore di lavoro comporta numerosi inconvenienti, a causa delle diverse forme della prestazione lavorativa, dei diversi metodi di organizzazione dell'attività e dei continui cambiamenti dei mezzi tecnici, che condizionano e modificano le modalità di adempimento delle attività lavorative.

50. Lo stesso accade se il calcolo viene effettuato tenendo conto del grado di subordinazione al datore di lavoro o della presenza sul luogo di lavoro.

33 — Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, 22ª edizione, Tecnos, Madrid, 2001, pag. 342.

34 — Riechmann, J., y Recio, A., *Quien parte y reparte... (el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo)*, Icaria, Barcellona, 1997, pag. 10.

35 — Merino Senovilla, H., *El trabajo...a tiempo parcial*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pagg. 166 e 167.

36 — García Ninet, J. I., «La jornada de trabajo», in Borrajo Dacruz, E. (dir.), *El Estatuto de los trabajadores, Comentarios a las leyes laborales*, volume VII, Edersa, Madrid, 1982, pagg. 90 e segg.

51. Pertanto, si ritiene più adeguato un meccanismo di valutazione ampio, che eviti una casistica dettagliata, rinunci a definire ogni attività o ogni mansione e ostacoli l'accertamento di soluzioni sproporzionate e ingiuste [37].

B — *La giurisprudenza applicabile*

52. La Corte di giustizia ha già in precedenza esaminato alcuni aspetti della direttiva 93/104: oltre ad essersi pronunciata, nella sentenza Regno Unito/Consiglio, già commentata, sul suo fondamento normativo, essa ne ha precisato la finalità ed ha interpretato le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo», contenute nell'art. 2 [38]. Rivestono una particolare importanza le sentenze BECTU, dianzi citata, Simap [39], Jaeger [40] e, in misura minore, Wippel [41].

1. L'oggetto della direttiva 93/104

53. In via di principio, la direttiva 93/104 intende migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori dipendenti mediante un ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti, in particolare, la durata del lavoro. Ciò risulta sia dai considerando primo, quarto, settimo e ottavo della direttiva, sia dall'art. 118 A del Trattato, che ne costituisce il fondamento normativo [42].

54. Tale armonizzazione è diretta a garantire una maggior tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, di modo che questi ultimi godano di periodi minimi di riposo — giornaliero, settimanale e annuale —, e di pause adeguate, prevedendo altresì un limite massimo settimanale [43]. Tale protezione costituisce un diritto sociale conferito ad ogni lavoratore in quanto limite minimo necessario per assicurare la tutela nelle materie di cui sopra [44], e si applica senza distinzioni ai lavoratori a tempo pieno e a quelli a tempo parziale [45].

37 — Merino Senovilla, H., op. cit., pagg. 168 -170.

38 — La giurisprudenza ha esaminato anche altre disposizioni della direttiva. Per esempio, negli ultimi anni, la sentenza 4 ottobre 2001, causa C-133/00, Bowden e a. (Racc. pag. I-7031), ha esaminato l'applicazione dell'art. 1, n. 3, rispetto ai dipendenti del settore del trasporto su strada; nella citata sentenza BECTU è stato trattato l'art. 7, n. 1, che disciplina le ferie annuali, ed è stato precisato che tale istituto configura un diritto inderogabile considerandosi contraria al diritto comunitario una normativa nazionale in base alla quale il diritto alle ferie cominci a maturare solo dopo che sia trascorso un periodo minimo di lavoro ininterrotto con lo stesso datore di lavoro (punti 43 e segg.); la sentenza 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a. (Racc. pag. I-7831), in cui la Corte si è nuovamente pronunciata sulla durata del detto riposo; e, infine, la sentenza 18 marzo 2004, causa C-342/01, Merino Gómez (Racc. pag. I-2605), ha interpretato il suddetto art. 7, n. 1 «nel senso che, in caso di coincidenza tra le date del congedo di maternità di una lavoratrice e quelle delle ferie annuali della totalità del personale, i dettami della direttiva concernenti le ferie annuali retribuite non possono considerarsi rispettati» (punto 33).

39 — Sentenza 3 ottobre 2000, causa C-303/98, Simap (Racc. pag. I-7963).

40 — Sentenza 9 settembre 2003, causa C-151/02, Jaeger (Racc. pag. I-8389).

41 — Sentenza 12 ottobre 2004, causa C- 313/02, Wippel (Racc. pag. I-9483).

42 — Sentenze BECTU (punto 37); Jaeger (punto 45) e Wippel (punto 46).

43 — Sentenze Simap (punto 49); BECTU (punto 38); Jaeger (punto 46) e Wippel, (punto 47).

44 — Sentenze BECTU (punto 47) e Wippel (punto 47).

45 — Sentenza Wippel (punto 48).

2. Le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo»

55. Le prestazioni dei medici facenti parte delle unità di pronto soccorso, vuoi secondo un regime di presenza fisica nei centri sanitari, vuoi in base al sistema della «reperibilità», hanno fornito alla Corte di giustizia l'opportunità di elaborare alcuni criteri relativi alla portata delle definizioni contenute nella direttiva 93/104.

56. Nella sentenza SIMAP, da un lato, è stato affermato che le nozioni di cui all'art. 2, nn. 1 e 2, si contrappongono (punto 47); dall'altro, si è inteso distinguere la situazione dei medici che, per l'esercizio delle loro funzioni, sono fisicamente presenti e prestano servizio di guardia negli ospedali, in quanto per loro il periodo di permanenza in ospedale deve essere «interamente considerato» rientrante nell'orario di lavoro (punti 48, 49 e 52), dalla situazione dei medici che, sebbene pronti per essere contattati, non sono tuttavia obbligati ad essere presenti nei centri sanitari, in quanto a questi ultimi viene computato solo il tempo «relativo alla prestazione effettiva del servizio» (punto 50).

57. Un prima generalizzazione di tali criteri è stata operata nell'ordinanza 3 luglio 2001, causa C-241/99, CIG [46], in cui è stato stabilito che, sotto il profilo soggettivo, era interessato il personale medico ed infermieristico che opera nei centri di guardia medica, nelle unità di pronto soccorso e in altri servizi addetti alle urgenze extraospedaliere, talché l'intero periodo trascorso in uno qualsiasi di questi centri dev'essere «interamente considerato come ricompreso nell'orario di lavoro e, se del caso, come lavoro straordinario ai sensi della direttiva 93/104».

58. Nella sentenza Jaeger sono stati ribaditi questi stessi principi, in relazione ai servizi di guardia prestati all'interno di un ospedale da medici autorizzati a riposare nei momenti in cui non sia richiesto il loro intervento. Dopo aver riportato svariati punti della sentenza Simap e aver rilevato le analogie tra le attività esaminate in ambedue i casi, la Corte ha affermato che le nozioni contemplate «non devono essere interpretate in funzione delle prescrizioni delle varie normative degli Stati membri, ma sono nozioni di diritto comunitario che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alla finalità» della direttiva la cui piena efficacia e applicazione uniforme può essere garantita solo da «una siffatta interpretazione autonoma» (punto 58), senza che siano ammesse eccezioni di sorta (punti 81 e 91). Pertanto «il fatto che la nozione di orario di lavoro si riferisca alle "normative e/o prassi nazionali" non significa che gli Stati membri possano definire unilateralmente la portata di tale nozione», essendo vietato loro «subordinare a qualsivoglia condizione il

46 — Racc. pag. I-5139, punti 33 e 34.

diritto dei lavoratori a che i periodi di lavoro e, correlativamente, quelli di riposo, siano tenuti in debito conto» (punti 59 e 82).

59. La Corte ha poi aggiunto che, poiché «il fattore determinante» per valutare la presenza degli elementi caratteristici dell'orario di lavoro risiede nel fatto che i lavoratori sono obbligati ad essere fisicamente presenti nel luogo indicato dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione di quest'ultimo per poter fornire la loro opera in caso di necessità (punto 63), non possono essere considerati periodi di riposo i periodi durante i quali il lavoratore non presta alcuna attività professionale (punto 65). D'altra parte, gli «equivalenti periodi di riposo compensativo», ai sensi dell'art. 17, nn. 2 e 3, della direttiva, si caratterizzano per il fatto che, durante tali periodi, il lavoratore non è soggetto, nei confronti del datore di lavoro, «ad alcun obbligo che possa impedirgli di dedicarsi, liberamente e senza interruzioni, ai suoi propri interessi» (punto 94).

60. Questo stesso orientamento è stato seguito nella sentenza Pfeiffer e a. [47], in cui erano in discussione i periodi di permanenza degli addetti al pronto soccorso nell'ambito di alcune attività di aiuto che comportano fasi di inattività più o meno prolungate tra gli interventi di urgenza. La Corte ha dichiarato che tali periodi «devono (...) essere presi integralmente in considerazione nel momento della determinazione dell'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale» (punti 93-95).

3. Corollario

61. Secondo la Corte di giustizia, la direttiva 93/104 intende migliorare la sicurezza e la salute e dei lavoratori; per conseguire tale obiettivo, essa fa leva su una concezione binaria del tempo — di lavoro e di riposo –; il primo esige la presenza cumulativa di alcuni elementi, ossia, che il lavoratore sia presente sul posto di lavoro, a disposizione del datore di lavoro, e che presti la propria attività [48]; mentre il secondo viene definito in contrapposizione al primo.

62. Quanto all'orario di lavoro, si sottolinea che si tratta di una normativa che è stata pensata soprattutto, ma non esclusivamente [49], in funzione dei suddetti valori,

47 — Sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01 (Racc. pag. I-8835).

48 — In Francia esistono pareri divergenti sulla questione a se la Cour de cassation adotti una identica concezione (Barthélémy, J., *La notion de durée du travail et la civilisation de l'information*, JCP ed. G 1998 — I — 114, pagg. 375-379) o se invece sostenga un'interpretazione più estensiva, che non richiede la presenza simultanea dei suddetti tre criteri (Bélier, B., «Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination», in Droit social, 1998, pag. 5340 e segg.; Moizard, N., *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée (L'exemple du droit du travail français)*, vol. II, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Marsiglia, 2000, pag. 583).

49 — Arrigo, G., *op. cit.*, p. 216.

per garantire al lavoratore una difesa contro i rischi del riposo insufficiente, dello sforzo di durata eccessiva o dell'organizzazione irregolare di quest'ultimo.

63. Per contro, il periodo di riposo si caratterizza per l'assenza di subordinazione al datore di lavoro.

C — *Il regime di equivalenza alla luce della giurisprudenza*

64. Il sistema di ponderazione francese [50] permette, entro certi limiti, di inserire nel computo del «lavoro effettivo» [51] alcuni periodi di attesa trascorsi in determinati centri. Tale sistema si giustifica in base all'esistenza di fasi di inazione inerenti ad un'attività [52] o, con le parole del Conseil d'État, a causa del carattere intermittente o della minore intensità della prestazione, caratteristica di taluni settori [53].

65. Pertanto, non viene ignorato il binomio orario di lavoro /periodo di riposo, poiché i periodi trascorsi nei locali del servizio di guardia non si considerano, giuridicamente, periodi di riposo, venendo essi calcolati come parte della giornata lavorativa, ma con un valore minore.

66. Tale metodo di calcolo del periodo trascorso sul luogo di lavoro non rientra nell'interpretazione della direttiva 93/104 data dalla giurisprudenza, in quanto le ore prestate nell'esercizio di un'attività lavorativa devono essere considerate interamente come ore di lavoro, senza detrazioni di sorta [54].

D — *Soluzione proposta*

67. L'impossibilità di valutare in modo diverso le ore trascorse sul luogo di lavoro,

50 — Taluni autori collocano l'origine di tale sistema nella legge 21 giugno 1936 sulle quaranta ore; v. per esempio, Morand, M., «Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire», in *Semaine sociale Lamy*, n° 1138, 6 ottobre 2003, pag. 6; altri, tra i quali Johansson, A., e Meyer, F., *op. cit.*, pag. 154, lo fondano su un provvedimento del 1942 emanato dal Governo di Vichy, sostenendo che sarebbe impossibile giustificare il regime delle equivalenze in base al diritto nazionale, conformemente alla definizione di lavoro effettivo data dal Code du travail (pagg. 155 e 156).

51 — Morel, F., *Temps de travail — Durée, réduction et aménagement*, ed. Revue fiduciaire, Parigi, 2003, pag. 58 e segg.

52 — In questo stesso senso si esprime Gatumel, D., *Le droit du travail en France (principes et approche pratique du droit du travail)*, Édition Francis Lefebvre, 4ª ed., Parigi, 1993, pag. 215.

53 — Morand, M., *op. cit.*, pag. 6, sostiene che il regime francese delle equivalenze somiglia a quello della normativa tedesca esaminata nella sentenza Jaeger, in quanto equipara il periodo di guardia all'orario di lavoro in funzione della durata media delle prestazioni richieste (pag. 8).

54 — Dello stesso parere, tra gli altri, Morel, F., *op. cit.*, pag. 342; Morand, M., *op. cit.*, pag. 144; Johansson, A., e Meyer, F., *op. cit.*, pagg. 157 e 158.

tenendo conto del rendimento del dipendente, deriva dal fatto che la Corte di giustizia esige che perché si configuri la nozione di orario di lavoro ricorrano cumulativamente i tre criteri di cui all'art. 2, n. 1, della direttiva 93/104, il che sfocia in un confronto bipolare, che ostacola l'incorporazione di nuovi concetti e ignora le evoluzioni più recenti dei rapporti di lavoro dando luogo anche ad altri problemi, esposti nelle osservazioni scritte degli Stati membri che sono intervenuti nel presente procedimento, poiché porta ad ignorare i periodi di inattività nella prestazione lavorativa, a prescindere dal risultato della prestazione e a disconoscere altre categorie, impedendo di configurare un terzo periodo, intermedio o «grigio» [55].

68. Tale interpretazione si è allontanata da quella proposta, nelle cause SIMAP e Jaeger, dagli avvocati generali i quali avevano suggerito di prendere in considerazione in forma autonoma gli elementi enunciati nella disposizione menzionata.

69. Nella prima delle due cause summenzionate, l'avvocato generale Saggio ha esposto che [56], sebbene la formula dell'art. 2 induca a ritenere che, ai fini del computo dell'orario di lavoro, debbano essere presi in considerazione unicamente i tempi in cui si è in presenza di tutti i criteri ivi indicati, se si tiene conto delle generiche espressioni utilizzate in tale disposizione, si giunge ad un risultato diverso, poiché l'applicazione congiunta dei tre criteri considerati mal si concilia con gli scopi della direttiva (paragrafo 34), ed ha altresì messo in guardia contro le conseguenze pratiche che scaturirebbero dal cumulo dei tre criteri (paragrafo 35).

70. Nelle conclusioni che ho presentato nella causa Jaeger ho espresso lo stesso parere (paragrafo 28), tuttavia ho precisato che la presenza di uno solo dei criteri non era sufficiente per imputare determinati periodi all'orario di lavoro (paragrafo 29). Ho sostenuto che i periodi in cui il dipendente è presente sul posto di lavoro, a disposizione del suo datore, costituiscono orario di lavoro anche qualora egli non eserciti le sue funzioni, dato che la distribuzione di compiti al personale in ogni momento spetta al datore di lavoro. Lo stesso può dirsi per il tempo in cui il dipendente si trovi al lavoro ed eserciti la sua attività, senza essere a

55 — Waquet, P., «Le temps de repos», in *Droit social*, 2000, pag. 288, menziona un «tiers temps»; anche Ray, V. J.-E., «Les astreintes, un temps du troisième type», *Droit social*, 1999, pag. 250. Da parte sua, Barthélémy, J., «Temps de travail et de repos: l'apport du droit communautaire», *Droit social*, 2001, pag. 78, parla di un «temps gris».

56 — Baron, F., «La notion de temps de travail en droit communautaire», in *Droit social*, 2001, p. 1098, ritiene che l'avvocato generale Saggio abbia utilizzato argomenti assai convincenti e si rammarica del fatto che la Corte non abbia seguito la tesi da lui proposta, che appariva preferibile in quanto a chiarezza, nei limiti in cui la direttiva 93/104 è, prima di tutto, intesa a tutelare i lavoratori. Nello stesso senso, Morel, F., «Travail et repos: quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national?», in *Droit social*, 2004, pag. 143 , che, parimenti, ritiene preferibile la tesi sostenuta dall'avvocato generale.

disposizione del datore di lavoro, godendo di ampia autonomia al fine di ottenere un risultato concreto, nonché per il tempo in cui egli è a disposizione del datore ed esercita le sue funzioni, però al di fuori del luogo di lavoro (paragrafo 30) [57].

71. Per di più, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha alimentato l'inquietudine del legislatore comunitario, il quale ha deciso di modificare le norme vigenti [58]. In tal senso, la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/88 [59], mira ad introdurre due nuovi concetti: il «servizio di guardia», durante il quale il lavoratore è obbligato a tenersi a disposizione, sul proprio luogo di lavoro, o in altro luogo determinato dal datore di lavoro, al fine di svolgere il proprio lavoro abituale e/o talune attività o taluni compiti associati al fatto di essere in servizio (art. 2, punto 1 *bis*), e il «periodo inattivo del servizio di guardia», che comporta la stessa disponibilità di cui sopra, anche se il lavoratore non svolge alcuna prestazione associata al servizio (art. 2, punto 1 *ter*). Si considera orario di lavoro «l'intero periodo del servizio di guardia», tuttavia, «sulla base di contratti collettivi o di accordi tra le parti sociali ovvero per via legislativa o regolamentare i periodi inattivi del servizio di guardia possono essere calcolati in modo specifico per rispettare la durata massima settimanale del lavoro stabilita dall'articolo 6» (art. 2 *bis*) [60].

72. La possibilità di autorizzare, per via legislativa o convenzionale, che le ore «inattive» vengano calcolate in modo specifico, darebbe copertura al sistema delle equivalenze.

73. Tutti questi ragionamenti mi portano a ribadire le tesi esposte nelle precedenti conclusioni, in cui ho proposto alla Corte di giustizia di rendere flessibili le nozioni, di modo che, per la configurabilità di un periodo come orario di lavoro non sia richiesto il cumulo di tutti i criteri enunciati all'art. 2, n. 1, della direttiva 93/104, sebbene neppure un solo criterio basti.

57 — Secondo Morel, F., op cit., pag. 143, tale ragionamento presentava il vantaggio della flessibilità e della logica.

58 — Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni e alle parti sociali a livello comunitario relativa al riesame della direttiva 93/104 [COM(2003) 843 def], in particolare, al punto 3.2 «Le conseguenze della giurisprudenza della Corte» (pagg. 22 e 23). Nel suo Parere in merito alla suddetta Comunicazione (GU 2004, C 302, pag. 74), il Comitato economico e sociale asserisce che «la sorpresa provocata dalle decisioni della Corte, sia presso le istituzioni europee che negli Stati membri» si può spiegare con il fatto che «la portata della definizione di orario di lavoro» di cui alla direttiva 93/104 «non sembra esssere stata né analizzata né dibattuta in maniera soddisfacente» (punto 3.2.4).

59 — COM(2004) 607 def. Nella relazione introduttiva si legge che «l'interpretazione data dalla Corte di giustizia delle disposizioni della direttiva nelle varie cause pregiudiziali ai sensi dell'articolo 234 del trattato ha inciso profondamente sulla nozione di "orario di lavoro" e di conseguenza sulle disposizioni fondamentali della direttiva. La Commissione ha dunque ritenuto utile e opportuno analizzare gli effetti della giurisprudenza, in particolare delle sentenze nelle cause SIMAP e Jaeger, relative alla classificazione come orario di lavoro dei servizi di guardia dei medici effettuati in base al regime di presenza fisica nei centri ospedalieri» (punto 3); senza nulla togliere al fatto che, come ha confessato il rappresentante della Commissione all'udienza, i cambiamenti proposti obbediscono ad una volontà politica: tendere una mano agli Stati membri affinché godano di una maggiore discrezionalità. Nel momento in cui sono state scritte le presenti conclusioni, la proposta in oggetto è stata modificata dal Parlamento europeo in prima lettura, ragione per cui mi riferisco al testo approvato l'11 maggio 2005 da tale istituzione [Risoluzione del Parlamento europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (COM (2004)0607 — C6-0122/2004 — 2004/0209(COD)], che si può consultare sul sito www.europarl.eu.int

60 — In tal senso, Barthélémy, J., «Temps de travail...», cit., pagg. 77 e 78.

74. Qualora tale suggerimento venisse accolto, ciò inciderebbe sul computo della giornata lavorativa, di modo che il regime proporzionale risulterebbe compatibile con la normativa comunitaria, senza la necessità di attendere l'annunciata modifica della legislazione.

75. Gli argomenti esposti non evitano tuttavia che il regime di equivalenze crei alcuni inconvenienti, dato che, in quanto esso implica una finzione giuridica (tendente a ridurre il valore della mera presenza sul luogo di lavoro in attesa di entrare in attività, data la presunta minor produttività di tale prestazione) occorre concretizzare i criteri che determinano la percentuale di riduzione della durata del lavoro.

76. D'altro canto, dare un'eccessiva flessibilità alle suddette nozioni rende molto labile il confine che le separa, a sostegno di accordi diretti ad estendere la giornata lavorativa; infatti, anche se i limiti imposti risulterebbero formalmente rispettati — il lavoro effettivo, per quanto lo si possa estendere [61], non li oltrepasserebbe — in realtà verrebbero trasgrediti, con l'effetto di compromettere la tutela dei lavoratori interessati. A tal riguardo, la stessa rappresentante del governo francese ha ammesso, all'udienza, che a volte il limite massimo settimanale stabilito dalla direttiva viene superato.

77. Inoltre, l'interessato non dispone liberamente del tempo in cui rimane nel locale adibito al servizio di guardia. L'adempimento del contratto di lavoro gli richiederà, a seconda dei casi, una, due o più prestazioni, essendo impossibile prevederne il numero esatto. Vi saranno inoltre casi in cui la notte trascorrerà tranquillamente, senza che sia necessario prestare alcuna attività. È difficile ridurre le molteplici opzioni ed i fattori concomitanti ad una formula proporzionale equitativa.

78. In tale prospettiva, il computo dell'orario di lavoro valica i confini di un'operazione aritmetica. La sua formulazione implica un contorno di garanzie per la parte più debole, delineando un regime giuridico che riflette un'evoluzione volta al costante miglioramento delle condizioni di lavoro. Con la fissazione di elementi di corrispondenza, si abbandona l'orientamento protezionista e si trattano le prestazioni in modo civilistico, presupponendosi un'uguaglianza sostanziale [62].

79. Infine, la portata limitata della direttiva 93/104 rende sconsigliabile affrontare altre dispute, come quella intorno all'utilità del

61 — Favennec-Héry, F., «Les 35 heures: injonction ou incitation», in *Droit social*, 1997, pag. 1073 e segg.

62 — Con riferimento agli impieghi a tempo parziale, v. Merino Senovilla, H., op. cit., pagg. 173 e 174.

sistema proporzionale per definire il livello retributivo [63], a cui fanno riferimento alcune delle osservazioni scritte presentate nel procedimento pregiudiziale in esame. Non è qui in gioco la facoltà di disciplinare le modalità di calcolo della retribuzione per i periodi di minore intensità di lavoro [64]. In ogni caso, come ha dichiarato la Corte di giustizia nelle sentenze ricordate in precedenza, le conseguenze finanziarie non impediscono l'applicazione delle norme comunitarie; il quinto 'considerando' della direttiva esprime con sufficiente chiarezza «che il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori (...) rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico».

E — *L'applicazione delle nozioni comunitarie*

80. La direttiva 93/104 indica come durata massima dell'orario di lavoro il limite di quarantotto ore su un periodo di sette giorni (art. 6). Le altre disposizioni riguardano il riposo: quello giornaliero (art. 3), le pause (art. 4), il riposo settimanale (art. 5) e annuale (art. 7); ciò si spiega con l'esigenza di tutelare il dipendente contro i propri atti, eludendo la tendenza naturale a lavorare di più per incrementare la busta paga [65]. Per il lavoro notturno la rigorosità aumenta, in quanto la prestazione non può superare le «otto ore in media per periodo di ventiquattro ore», e sono imposte ulteriori garanzie (art. 8-11).

81. Le norme nazionali di attuazione possono garantire un livello di protezione maggiore, per accertare il quale occorre procedere ad una valutazione globale e non analitica — norma dopo norma —, giacché, altrimenti, il sistema risulterebbe distorto ed i suoi elementi alterati.

82. Da tale impostazione discende che l'orario di lavoro settimanale è interamente penetrato dalle nozioni comunitarie, che hanno natura strutturale; non si può ammettere che uno Stato lo riduca con un sotterfugio, in contrasto con tali nozioni.

83. Sebbene siano previste deroghe alle norme comunitarie in materia [66], nessuna di

63 — Circa la compatibilità relativamente a tali aspetti, si vedano Morand, M., *op. cit.*, pag. 9, e Morel, F., *op. cit.*, pag. 144, che la estendono ad altri campi, come le ore straordinarie o il riposo compensativo. Secondo tali autori, l'art. 212-4 del Code du travail non obbliga a retribuire tutte le ore di equivalenza ed a prenderle in considerazione agli effetti del salario minimo interprofessionale.

64 — Come ha dichiarato il rappresentante olandese all'udienza, si tratta di un aspetto irrilevante ai fini della discussione.

65 — Waquet, P., «En marge de la loi Aubry: travail effectif et vie personnelle du salarié», in *Droit social*, 1998, pagg. 963-969.

66 — Di carattere generale (per via legislativa, regolamentare o amministrativa), collettivo (mediante contratti collettivi) e individuale (in forza di accordi con i lavoratori) — art. 17 –.

esse riguarda l'art. 2, per cui gli Stati non hanno il potere discrezionale di modulare le nozioni contenute in questa disposizione. Allo stesso modo, l'autorizzazione ad offrire un livello di tutela maggiore non giustifica la distorsione di elementi normativi fondamentali.

84. In sintesi, le definizioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo» sono di carattere fondamentale, sono di applicazione generale e condizionano le altre disposizioni della direttiva. Pertanto, tali definizioni non rientrano nella libera disponibilità dei legislatori nazionali, che possono sì disciplinare alcuni aspetti dell'orario di lavoro, ma devono rispettare i dettami fondamentali della legislazione comunitaria.

VI — Conclusione

85. In considerazione delle riflessioni che precedono, suggerisco alla Corte di giustizia di risolvere le questioni pregiudiziali poste dal Conseil d'État (Francia) nei seguenti termini:

«1) La direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, non osta ad un regime di equivalenza che, ai fini della sicurezza e della salute sul lavoro, prende in considerazione tutte le ore di presenza del dipendente nel luogo di lavoro, ma che, tuttavia, tiene conto della minor intensità del lavoro prestato durante i periodi di inattività.

2) Le nozioni di cui all'art. 2 della citata direttiva devono essere in ogni caso rispettate dalle disposizioni nazionali che le applicano».